

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : Sciences Juridiques et Politiques

Présentée et soutenue par

DIAKITE Moussa

le 5 décembre 2016

L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

Directeur de thèse : Monsieur Gérard JAZOTTES, Professeur des Universités, Université Toulouse 1 Capitole

JURY

Rapporteurs Monsieur Pascal RUBELIN, Maître de conférences, Université de Poitiers
Monsieur Lionel MINIATO, Maître de conférences, Centre Universitaire Jean François-Champollion d'Albi

Suffragants Monsieur Gérard JAZOTTES, Professeur des Universités, Université Toulouse 1 Capitole
Monsieur Olivier STAES, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat »

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Gérard JAZOTTES, qui m'a permis de finaliser et soutenir ma thèse malgré toutes les difficultés rencontrées. Je tiens à lui exprimer toute ma gratitude.

Je tiens également à remercier l'ensemble du corps enseignant de cette Université et de tous les établissements d'enseignement que j'ai fréquentés.

Je remercie tout particulièrement mes parents et grands-parents pour leur soutien indéfectible tout au long de ces années de recherche.

Que l'aboutissement de ce travail me permette également d'exprimer toute ma reconnaissance et tout mon amour à ma compagne Céline HODARA et à ses parents pour leur soutien et réconfort.

SOMMAIRE

Principales abréviations.....	7
Introduction générale.....	11
Partie préliminaire : Identification de la notion d'arbitrage et de ses fondements en Afrique.....	29
Chapitre I : Etude de la notion d'arbitrage	29
Chapitre II : Présentation des différents types d'arbitrage	54
Chapitre III : Les sources du droit de l'arbitrage en Afrique	71
Conclusion de la partie préliminaire	112
Première partie : L'arbitrage Ohada et l'exigence de liberté dans la résolution des conflits	115
Titre I : La liberté dans l'arbitrage, garantie de la liberté et de l'égalité des parties ainsi que d'une justice équitable.....	117
Chapitre I : La liberté dans l'accès à l'arbitrage	119
Conclusion du chapitre I	166
Chapitre II : La liberté des parties d'aménager l'arbitrage	169
Conclusion du chapitre II	208
Conclusion du titre I.....	210
Titre II : La liberté ou l'autonomie de l'arbitre	213
Chapitre I : L'autonomie ou le pouvoir de l'arbitre au début de l'instance arbitrale.....	215
Conclusion du chapitre I	232
Chapitre II : L'autonomie ou les pouvoirs de l'arbitre dans la procédure arbitrale	233
Conclusion du chapitre II	253
Conclusion du titre II.....	255
Conclusion de la première partie.....	257
Deuxième partie : L'arbitrage Ohada et le gage de sécurité dans la résolution des conflits	259
Titre I : La sécurité dans le déroulement de la procédure arbitrale.....	261
Chapitre I : L'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres, gage de sécurité dans le déroulement de la procédure arbitrale.....	263
Conclusion du chapitre I	280
Chapitre II : La lutte contre les actes dolosifs dans l'arbitrage	281
Conclusion du chapitre II	314
Conclusion du titre I.....	315

Titre II : La sécurité de la décision arbitrale dans l'arsenal juridique Ohada	317
Chapitre I : L'exécution de la sentence arbitrale, gage de sécurité de l'arbitrage	319
Conclusion du chapitre I	357
Chapitre II : Les voies de recours contre la sentence arbitrale.....	359
Conclusion du chapitre II	374
Conclusion du titre II.....	375
Conclusion de la deuxième partie	376
Conclusion générale	377
Bibliographie.....	383
Table des matières	401

Principales abréviations

ACP/CEE	Afrique-Caraïbes-Pacifique/Communauté économique européenne
A.E.F.	Afrique Equatoriale Française
A.O.F.	Afrique Occidentale Française
Aff.	Affaire (s)
Al.	Alinéa (s)
Art.	Article (s)
A.U. /D.A.	Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage
A.U./D.S.C-G.I.E.	Acte Uniforme sur le droit des sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique
A.U. /D.C.G.	Acte Uniforme sur le droit commercial général
A.U. /P.C.	Acte Uniforme sur les procédures collectives
A.U./R.C.V.E.	Acte Uniforme sur le recouvrement des créances et les voies d'exécution
A.M.G.I.	Agence Multilatérale de Garantie des Investissements
A.F.A.	Association française d'arbitrage
B.I.C.C.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
B.U.	Bibliothèque Universitaire
Bull.	Bulletin
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambre civile
c.	Contre
C.	Code
C.A.C.N.I.Q.	Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec
C.A.G.	Centre d'arbitrage du GICAM
Cass.	Cassation
C.E.D.E.A.O.	Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest
C.C.I.	Chambre de commerce Internationale
C.C.I.A.D.	Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar
C.C.J.A.	Cour commune de justice et d'arbitrage
C. civ.	Code civil
C.P.C.C.	Code de procédure civile et commerciale
Cf.	Confer

Cie.	Compagnie
C.I.R.D.I.	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Civ.	Civil (e)
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Coll.	Collection
Comp.	Comparé
Comm.	Commentaire
Conclu.	Conclusion
Dec.	Décision
Direct.	Direction
Doc.	Document
Ed.	Edition
E.P.I.C.	Etablissements publics à caractère industriel et commercial
Fasc.	Fascicule
G.L.N.	Groupement pour le développement de la lecture numérique
Gaz. Pal.	Gazette du palais
I.B.A.	International Bar Association
I.C.D.R.	The International center for dispute resolution
I.C.S.I.D.	International Centre for Settlement of Investment Disputes
J.C.P.	Juris-classeur Périodique (la semaine Juridique), édition générale
J.D.I.	Journal du droit international
Jud.	Judiciaire
L.C.I.A.	London Court of international arbitration
M.A.R.C.	Mode alternatif de règlement des conflits
Obs.	Observations
O.C.A.M.	Organisation commune Africaine et Malgache
Ohada	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
Op. cit.	Opere citato
Ord.	Ordonnance
Ord. Réf.	Ordonnance de référé
P.	Page
Préc.	Précité /ée/és/ées
P.U.A.	Presses Universitaires d'Afrique

Publ.	Publication
P.U.F.	Presse Universitaire de France
R.A.	Règlement d'arbitrage
R.A.S.J.	Revue d'arbitrage des sciences juridiques
R.B.D.	Revue Burkinabé de droit
R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales
Rép.	République
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage (française)
Rev. Cmr. Arb.	Revue camerounaise de l'arbitrage
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires
s.	Suivant /e/s/es
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
Sté.	Société
T.	Tome
Tb.	Tribunal
T.B.S.	Tribunal fédéral suisse
T.G.I.	Tribunal de grande instance
T.P.I.	Tribunal de première instance
Trad.	Traduction
U.M.A.	Union du Maghreb Arabe
U.M.O.A.	Union Monétaire Ouest Africaine
Vol. :	Volume

Introduction générale

L'arbitrage, mécanisme de justice privée par lequel les litiges sont tranchés par un tiers, nommé arbitre, choisi par les parties, devient le mode par excellence de règlement des différends relatifs aux transactions dans le commerce international. Son développement s'explique essentiellement par la volonté des opérateurs économiques internationaux de se soustraire aux contraintes de la justice de droit commun. La volonté de recourir à l'arbitrage est un moyen pour les opérateurs économiques de se rassurer par rapport aux risques qu'ils prennent dans leurs activités. En effet, investir est en soi prendre des risques pour développer ses activités économiques. L'investissement est devenu un enjeu international qui détermine les relations entre les Etats. En effet, de nos jours, les relations internationales sont influencées par la mondialisation, ou planétarisation des échanges, qui se manifeste par la mise en place d'entités financières à l'intérieur desquelles les délimitations géographiques, vestiges de souverainetés jadis ô combien importants, aujourd'hui décadentes, n'ont qu'une signification politique.

L'établissement d'immenses ensembles économiques qui consacrent, presque toujours, l'unification économique des Etats parties, vise souvent à promouvoir « d'une part, le développement économique et social, d'autre part, l'investissement privé en rendant les marchés plus attractifs et les entreprises nationales ou communautaires plus compétitives »¹. C'est tout simplement ce que l'on appelle l'intégration économique d'un ensemble de pays, qui ont choisi une communauté de vie sur un espace communautaire soumis aux mêmes réglementations juridiques. Cette situation conduit tout de même à une libéralisation totale et à l'ouverture des marchés à une concurrence à outrance vue par certains comme un danger pour les producteurs locaux. Thomas Wälde semble aller dans ce sens en affirmant que « le terme de mondialisation signifie l'émergence d'une économie mondiale ouverte, compétitive et intégrée, délaissant des marchés nationaux ou régionaux isolés au profit de marchés mondiaux naissants. Les producteurs sont soumis à une concurrence intense, les frontières nationales et les multiples obstacles au commerce et à l'investissement [...] deviennent moins nombreux et perdent leur impact protectionniste [...] Cette situation idéale d'une économie mondiale

¹ A. MOULOUL, « L'intégration juridique des Etats de la S.A.D.C. et les perspectives d'adoption du droit des affaires de l'Ohada pour l'assainissement de l'environnement juridique des affaires », Actes de la « Première Conférence internationale sur les questions de l'intégration régionale et le droit de la S.A.D.C. », Université E. MONDLANE du Mozambique, Maputo du 23 au 25 avril 2008.

intégrée n'est pour l'instant pas atteinte sauf aux États-Unis grâce à 200 ans d'intégration économique »². Ce phénomène fait que le droit international des investissements s'inscrit dans « le cadre de ces évolutions qui accélèrent considérablement le processus de mondialisation des relations économiques »³. En d'autres termes, le vocable mondialisation est utilisé pour désigner en un mot l'intensification et l'accélération des échanges économiques, financiers et culturels à l'échelle du monde. Ainsi, les anglo-saxons emploient ce vocable pour désigner la globalisation économique, et la définissent comme « un processus visant à la fois la création d'un marché libre au plan mondial et la subordination de toute activité économique à une logique financière »⁴.

L'investissement privé suppose « un processus décisionnel et une relation directe entre les entreprises multinationales et les Etats, en tant qu'investisseurs et récipiendaires des investissements »⁵. L'ensemble des règlements qui régissent les investissements privés implique par conséquent un réel souci de pérenniser les rapports contractuels entre pays indépendants et firmes internationales. Ainsi la sphère juridico-économique des différentes étapes du processus d'investissement s'améliore inévitablement sous la houlette des faits et des comportements de ces différents acteurs majeurs. Ce processus a pour conséquence d'exercer des pressions permanentes sur les décideurs politiques, quels qu'ils soient, dans l'objectif de mettre en œuvre un cadre législatif qui uniformise les besoins et les potentialités de l'économie mondiale, « avec la garantie que leurs actions permettront à leur propre économie nationale de bénéficier du développement et de la croissance mondiale »⁶. Quant aux entreprises, aux prises avec leur logique première de profit commercial, elles obéissent bien évidemment à un réel souci de compétitivité. Leur quête de rentabilité et de compétitivité s'amorce alors avec le choix primordial des meilleurs sites d'établissement pour leurs activités.

C'est donc un nouveau paysage économique qui prévaut un peu partout dans le monde. Ce nouveau contexte économique exige forcément de nouvelles formes de régulation juridiques dans la mesure où « il ne peut y avoir mondialisation des échanges économiques

² T. WÄLDE, « Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie », I.H.E.I. Paris, Université Paris Assas, Ed. PEDONE, 2004, p. 12.

³ *Idem.*

⁴ C. MORAND, « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations », dans E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, « La mondialisation du droit », Ed. Litec, Dijon, 2000, p. 81.

⁵ C. R. ZORILA, « Evolution du droit international en matière d'investissements privés étrangers », Th. 2007, p. 5.

⁶ H. DEVILLE, « L'intégration des espaces économiques : Politiques commerciales et économiques », éd. Academica, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 17.

satisfaisante qu'accompagnée d'une universalisation du droit »⁷. L'universalisation du droit passe inévitablement par la mise en place d'instruments juridiques sous forme de traités ou de conventions.

Le continent africain ne saurait rester en dehors de ce processus. C'est la raison pour laquelle des organisations ont été créées⁸, avec comme objectifs de réaliser, dans un premier temps, l'intégration économique aux niveaux sous régional et régional, et dans un second temps, l'avènement de la Communauté Economique Africaine (C.E.A.) et l'Union Africaine (U.A.), qui pourront contribuer à l'intégration économique et juridique sur le plan continental.

Les traités fondateurs de quelques rares Communautés Economiques Régionales ont prévu et lancé les premiers instruments de l'intégration juridique et économique. Mais dans la grande majorité des cas, ces tentatives n'ont pas connu les succès escomptés. Cet échec est sans doute dû à l'insécurité juridique, judiciaire et la balkanisation juridique qui prévaut sur le continent africain. C'est en tout cas le constat auquel est arrivée la mission qui a été mise en œuvre en octobre 1991 pour diagnostiquer les difficultés du continent Africain à attirer les capitaux étrangers. Cette mission, présidée par le juge Kéba M'BAYE ancien vice-président de la Cour Internationale de Justice, était composée de sept membres et avait pour rôle de trouver le mal et d'y apporter des solutions. La mission n'a pas tardé à conclure que la fuite des capitaux était due à l'insécurité juridique et judiciaire qui caractérisait le milieu des affaires ainsi qu'à la balkanisation juridique. Ce constat est également fait par d'autres auteurs. Des spécialistes tels que Martin KIRSCH, en analysant la réglementation applicable au droit des sociétés dans les pays africains de la Zone Franc, ont ainsi pu écrire que « le constat unanime de la situation [...] pouvait se résumer par la formule suivante : insécurité juridique et judiciaire »⁹.

L'insécurité juridique s'explique essentiellement par la vétusté des textes juridiques en vigueur. La plupart d'entre eux datent en effet de l'époque de la colonisation et ne correspondent manifestement plus à la situation économique et aux réalités des marchés internationaux actuels. Très peu de réformes ont été entreprises jusqu'alors, chaque Etat légiférant sans tenir compte de la législation des Etats de ses sous-régions. A cela s'ajoute

⁷ R. M. FRISON, « Mondialisation économique et mondialisation juridique », *Le Monde*, Déc. 1996.

⁸ L'U.M.A. : Union du Maghreb Arabe, la C.E.D.E.A.O. : Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest ; et l'U.E.M.O.A. : Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, pour l'Afrique de l'Ouest ; le G.E.P.G.L. : Groupement Economique des Pays des Grands Lacs et la C.E.M.A.C. : Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale, pour l'Afrique Centrale. On peut également citer la C.O.M.E.S.A. : le Marché Commun de l'Afrique Orientale et Australe, la S.A.D.C. : la Communauté de Développement d'Afrique Australe etc.

⁹ M. KIRSCH, « Historique de l'Ohada », *Revu. Penant* n° spécial Ohada n° 827 mai - août 1998, p. 129.

l'énorme difficulté pour les justiciables, notamment pour les professionnels, de connaître les textes juridiques applicables, ceux-ci sont de plus difficilement cernés par les acteurs économiques, tant d'un pays à l'autre qu'à l'intérieur d'un même pays. S'ajoute à cela l'obsolescence des textes juridiques en vigueur, textes hérités du législateur de l'ancien colonisateur. En accédant à la souveraineté internationale, la plupart des anciennes colonies fédérées dans les grands ensembles A.O.F. (Afrique Occidentale Française)¹⁰ et A.E.F. (Afrique Equatoriale Française)¹¹ ont continué à appliquer les textes français en arguant de la règle de spécialité législative¹² ou de la continuité juridique. Il faut dire que juste après les indépendances, l'urgence pour les Etats africains était de continuer à fonctionner dans tous les domaines et à tous les niveaux de l'Etat, de sorte que la rénovation de l'arsenal juridique n'a pas été d'emblée ressentie comme constituant une urgence. De ce fait, la vie économique en Afrique a continué à être régie par le Code de commerce français de 1807, par la loi française de 1867 sur les sociétés anonymes (S.A.), celle de 1889 relative à la faillite, celle de 1925 sur les sociétés anonymes à responsabilité limitée (S.A.R.L.) etc. Au final, l'insécurité juridique, définie par Philippe TIGER comme étant « la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité si besoin était »¹³, constitue un frein à l'épanouissement des activités économiques au même titre que l'insécurité judiciaire.

L'insécurité judiciaire découle quant à elle de la dégradation de la façon dont est rendue la justice, tant en droit qu'en matière de déontologie. En Afrique, d'une manière générale, les opérateurs économiques ont coutume de dénoncer une situation qui leur est préjudiciable et qui est caractérisée notamment par la coexistence de textes contradictoires, la lenteur des procédures, l'imprévisibilité des tribunaux, la corruption des systèmes judiciaires et les difficultés d'exécution des décisions. L'insécurité judiciaire est en réalité la conséquence de l'insuffisance de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, notamment en matière économique et financière, mais aussi de la modicité des moyens humains et matériels dont sont généralement dotées les juridictions.

¹⁰ L'A.O.F. comprenait les territoires de la Guinée, de la Côte d'Ivoire, du Soudan, du Dahomey actuel Bénin, de la Haute Volta actuel Burkina Faso, de la Mauritanie, du Niger et du Sénégal. Dakar était la capitale administrative avant d'accéder à l'indépendance en 1960. Ces Etats, à l'exception de la Guinée, étaient membres de la Communauté (1958) qui s'est substituée à l'Union Française (1946).

¹¹ L'A.E.F. était composée de l'Oubangui-Chari actuel Centrafrique, du Tchad, du Moyen-Congo actuel Congo et du Gabon. Brazzaville en était la capitale administrative. Les territoires de cette fédération étaient également membres de la Communauté avant les indépendances de 1960.

¹² G. KENFACK-DOUJANI, « L'Arbitrage dans le système Ohada », Thèse, Paris 1, 2005, p. 8.

¹³ P. TIGER, « Le droit des affaires en Afrique, Ohada », Coll. Que sais-je ?, Ed. P.U.F., nov. 1999, p.2.

Cette situation a perduré plusieurs décennies après les indépendances malgré l'adoption par certains Etats de textes juridiques plus ou moins modernes, même si la plupart d'entre eux ont repris des dispositions s'inspirant du droit français de l'arbitrage. L'adoption de ces textes n'a cependant pas permis de déterminer effectivement et avec précision quels textes étaient applicables aux entreprises et dans le milieu des affaires. Ce mimétisme juridique débouchait inexorablement sur un manque de transparence quand il s'agissait de rendre une décision aux justiciables. Cet état de fait s'expliquait également par une application imprévisible des textes par les magistrats, générant ainsi une jurisprudence instable, du moins aléatoire d'un pays à un autre. Les justiciables étaient ainsi, dans leur grande majorité, perdus dans cette jungle juridique, d'autant plus que l'environnement de la justice était fortement méconnu dans ces pays. Comme l'écrit Philippe TIGER, l'insécurité judiciaire « se manifeste de façons très diverses : décisions contestables, décisions en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissance des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi... »¹⁴. Deux conséquences immédiates peuvent être identifiées : une jurisprudence instable et aléatoire, et des difficultés dans l'exécution des décisions des juridictions. Cet état de fait juridique et judiciaire a eu comme résultantes une profonde perte de confiance dans le système judiciaire des Etats africains et subséquemment la réticence des investisseurs.

Dans la mesure où « la sécurité juridique et judiciaire est l'une des conditions nécessaires pour instaurer de façon durable la confiance des investisseurs nationaux ou internationaux, développer un secteur privé dynamique et promouvoir les échanges commerciaux »¹⁵, d'une part, et qu' « il n'y a pas de développement économique et social durables sans un cadre juridique propice aux investissements »¹⁶ d'autre part, une harmonisation juridique s'imposait.

Il est indéniable que la balkanisation juridique, au même titre que les insécurités judiciaire et juridique, constituait une entrave réelle au développement économique. L'harmonisation du droit économique et l'amélioration du fonctionnement des systèmes

¹⁴ P. TIGER, « Le droit des affaires en Afrique, Ohada », *op. cit.*, p. 24.

¹⁵ Discours du ministre nigérien du commerce et de l'industrie à l'ouverture du séminaire de sensibilisation au droit harmonisé, organisé à Niamey le 09 juin 1998.

¹⁶ A. MOULOUL, « Comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Ohada) », article publié par le site, <http://studia.law.ubbcluj.ro>.

judiciaires dans les pays africains étaient donc considérées comme nécessaires pour restaurer la confiance des investisseurs, faciliter les échanges entre les pays et développer un secteur privé performant.

Plusieurs raisons militaient donc en faveur d'une harmonisation. Kéba M'BAYE en sa qualité de président de la mission ayant diagnostiqué les maux des économies africaines observe que « l'émiettement de notre droit commun est un facteur négatif de notre progrès qui ne peut être que commun »¹⁷, et que l'existence de plusieurs textes contradictoires due au fait qu'« au plan national des textes sont promulgués alors que d'autres, dans le même domaine, ne sont pas abrogés. Il en résulte des chevauchements et les opérateurs économiques restent dans l'incertitude de la règle de droit applicable ; cette insécurité juridique est un très sérieux handicap pour l'investissement... »¹⁸. Kéba M'BAYE expose alors son constat en ces termes : « Tout le monde est d'accord sur la nécessité de procéder à l'harmonisation. En effet, tout le monde est d'accord que le droit en vigueur n'est plus adapté, que les règles varient d'un pays à un autre, qu'il y a une incertitude indéniable dans le corpus juridique de chaque Etat, qu'une insécurité judiciaire, due notamment à la formation insuffisamment spécialisée des magistrats, à l'absence de système de formation continue, à des questions de déontologie, à l'indigence de l'information juridique, à la totale insuffisance de moyens mis à la disposition des services judiciaires et à bien d'autres causes... »¹⁹. La mission présidée par Kéba M'BAYE, après de multiples consultations et au vu de la nécessité d'apporter des solutions drastiques à la situation déplorable décrite plus haut, a ainsi produit un rapport de mission. Ce rapport suggérait une mise en place d'un nouveau droit régional des affaires qui soit unique, moderne, adapté à la situation économique des pays de la zone franc et appliqué avec diligence par une juridiction supranationale statuant en dernier ressort²⁰.

L'harmonisation des lois, synonyme d'intégration juridique, constitue un pilier du processus de croissance et de développement économiques. Car, si des Etats décident, à un moment donné, d'intégrer leurs économies partiellement ou totalement, l'objectif est d'abord de promouvoir leur développement économique, avec des répercussions positives sur le relèvement du niveau de vie des habitants de la région. La marche vers un droit régional harmonisé, en ce qu'elle participe du phénomène de décloisonnement des marchés, sous-tend utilement la marche vers la croissance économique.

¹⁷ K. M'BAYE, séminaire sur l'Ohada, tenu à Abidjan (Côte d'Ivoire) les 19 et 20 avril 1993.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ F. ONANA ETOUNDI, « La révision du Traité Ohada de Port Louis », *revu. Fr. arb.*, recueil Penant n°spécial Afrique, Oct. - déc. 2008, p. 396.

Le foisonnement de structures d'intégration juridique observé ces derniers temps en Afrique traduit la prise de conscience des Etats africains que la disparité des législations est un obstacle pour la réalisation d'un espace économique et social intégré. Mais les pays africains voient également dans ce cadre juridique harmonisé un moyen de rapprochement des peuples, objectif du reste poursuivi par l'Union Africaine. L'harmonisation des lois est un vecteur incontournable de cette intégration, de même qu'elle constitue un facteur de stabilité et de sécurité juridique et judiciaire de l'investissement en Afrique. On peut néanmoins redouter des contradictions dans les divers domaines du droit à harmoniser, tant la frontière entre les matières est mince et tant les conflits de compétence peuvent naître entre les structures chargées d'assurer le contrôle de l'interprétation et de l'application des lois harmonisées. On peut également s'interroger sur la volonté politique des Etats africains à conduire les différents processus d'harmonisation des lois à leur terme, notamment en honorant leurs engagements financiers. De notre point de vue, c'est par une espèce de dialectique permanente entre droit et économie que l'uniformisation des instruments juridiques en Afrique pourra atteindre les objectifs escomptés, et que les groupes régionaux pourront mieux assurer leur cohérence et leur homogénéité.

En résumé, la mondialisation de l'économie exige l'harmonisation des droits et des pratiques du droit. Cette exigence constitue, pour des pays en développement comme les nôtres, une priorité pour créer les conditions favorables à l'instauration d'un espace de sécurité juridique et judiciaire indispensable pour drainer des flux importants d'investissement. Investir est déjà en soi un risque, même s'il est calculé, mais s'il faut doubler ce risque premier inéluctable de celui d'un système juridique fluctuant, ondoyant et insaisissable, il n'y a pas beaucoup de chance de susciter l'attrait des investisseurs.

La situation qui vient d'être brièvement décrite n'est pas propre aux seuls Etats africains francophones. Elle prévaut sur l'ensemble du continent africain. Dès lors, l'harmonisation juridique à l'échelle continentale devient inéluctable. C'est dans ce contexte que l'expérience d'uniformisation du droit des affaires des Etats africains a été lancée à travers l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Ohada)²¹.

²¹ D. ABARCHI, « La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », R.B.D., n° 37, 2000, pp. 7 et s. ; P. K. AGBOYIBOR, « Récents développements du projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique », R.D.A.I., 1996, pp. 301 et s. ; M. BOLMIN, G.H. BOUILLET-CORDONNIER et K. MEDJAD, « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc », J.D.I., 1994, pp. 375 et s. ; E. CEREXHE, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale », R.B.D. n° 39-40, n° spécial, 2001, pp. 21 et s. ; J. ISSA- SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », Rec.

Le Traité consacrant l'harmonisation du droit des affaires en Afrique a été signé à Port-Louis (Ile-Maurice) le 17 octobre 1993 par la quasi-totalité des Etats d'Afrique subsaharienne membres de la zone franc²² désireux de promouvoir le développement de leurs territoires respectifs à travers la sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques qui y ont cours. Il est à signaler que malgré cette dénomination, les chefs d'Etat ont accepté d'ouvrir à tous les pays le droit d'adhésion à l'organisation, le fait d'être membre de la zone franc n'étant pas une obligation. Le Traité de Port-Louis, qui a été modifié à Québec (Canada) le 17 octobre 2008²³, a créé l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires, d'où l'expression Traité Ohada, pour désigner le Traité de Port-Louis modifié à Québec. Le Traité a été signé, à l'origine, par quatorze pays. Aujourd'hui, dix-sept Etats en sont membres²⁴ et il est à espérer que la grande majorité de l'ensemble africain puisse y adhérer afin de parachever le succès de l'organisation.

L'objectif de l'Ohada est sans aucun doute d'atteindre le but essentiel de sécurité juridique et judiciaire. D'ailleurs, cela est explicitement affirmé dès le Préambule du Traité dont une des dispositions énonce expressément que le droit des affaires harmonisé doit « garantir la sécurité juridique des activités économiques ». La sécurité juridique est ainsi présentée comme une valeur essentielle permettant de favoriser l'essor des activités économiques et de promouvoir les investissements.

Pour réaliser cet objectif de sécurité juridique et judiciaire, l'Ohada a eu recours à deux instruments : l'un concerne les normes, l'autre les institutions chargées de les appliquer. A l'effet de sécuriser les relations juridiques, il était évidemment nécessaire d'agir sur les normes régissant le droit des affaires. Non codifiées, mal connues, pour certaines d'entre elles obsolètes, les règles gouvernant l'activité économique nécessitaient de profondes réformes normatives. Tel est le sens profond de la technique des Actes Uniformes organisée par le

Penant, 1997, n° 823, pp. 5 et s., n° 824, pp. 125 et s. ; M. KIRSCH, « Historique de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Rec. Penant, 1998, n° 827, spécial Ohada, pp. 129 et s. ; J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », Revu. Int. Dr. Comp., 1999, pp. 543 et s. ; K. MBAYE, Avant-propos, Rec. Penant, n° 827, spécial Ohada, pp. 125 et s. ; L. YARGA, « L'Ohada, ses institutions et ses mécanismes de fonctionnement », R.B.D., n° 39-40, n° spécial, 2001, pp. 29 et s.

²² La zone franc comprend les pays d'Afrique qui ont pour monnaie le franc C.F.A. Il s'agit du Sénégal, de la Côte d'Ivoire, du Niger, du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de la Centrafrique, du Congo Brazzaville, du Gabon, du Togo, de la Guinée Equatoriale, du Tchad et du Mali.

²³ G. KENFACK-DOUAJNI, pour une étude sur la modification du Traité de Port-Louis, « La modification du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, dit Traité Ohada », Revu. Cmr. Arb. Oct-nov-dec. 2008, pp. 3 et s.

²⁴ Les pays signataires sont le Burkina Faso, le Niger, le Sénégal, le Bénin, le Cameroun, la République Centrafricaine, les Comores, le Congo Brazzaville, la Côte d'Ivoire, la Guinée Equatoriale, le Gabon, le Mali, le Tchad et le Togo. La Guinée Conakry, la Guinée Bissau et la République démocratique du Congo ont adhéré ultérieurement.

Traité²⁵. Cependant, un système juridique n'est pas constitué seulement de normes d'action, de comportement, organisant et régulant divers aspects de la vie sociale et économique.

²⁵ Art. 5 et s du Traité. Les règles de droit matériel communes aux États membres de l'Ohada sont contenues dans des Actes Uniformes, adoptés par le Conseil des Ministres. A ce jour, neuf Actes Uniformes ont déjà été adoptés et, pour certains, révisés. Sont concernées, les disciplines suivantes :

1. **Droit commercial général.** L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général (A.U.D.C.G.) a été adopté le 17 avril 1997. Il a été remplacé par un nouvel Acte Uniforme du 15 décembre 2010, plus moderne que le précédent. L'A.U.D.C.G. du 15 décembre 2010 régit : - le statut du commerçant et celui, nouveau, de l'entrepreneur, institué pour favoriser le passage des acteurs de l'économie informelle vers le secteur formel ; - le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (R.C.C.M.); - le bail à usage professionnel qui, se substituant au bail commercial, organise une protection spécifique de tout professionnel exerçant son activité dans un local dont il n'est pas propriétaire ; - le fonds de commerce, constitué de l'ensemble des moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ; - l'intermédiaire de commerce (commissionnaire, courtier ou agent de commerce) ; - la vente commerciale, contrat de vente de marchandises entre commerçants, y compris les contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production.

2. **Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.** Le 30/01/2014, le Conseil des Ministres a adopté un nouvel outil relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (A.U.S.C.G.I.E.), en substitution à celui du 17 avril 1997. La première partie du texte énonce des dispositions générales, communes à toutes les formes de sociétés commerciales. Outre les importantes clarifications apportées, le nouvel A.U.S.C.G.I.E. consacre les conventions extrastatutaires, devenues d'usage courant dans la vie des affaires, de même qu'il prévoit la nomination d'un administrateur provisoire en cas de crise entre associés rendant impossible le fonctionnement normal de la société.

La deuxième partie régit les diverses formes de sociétés commerciales. Le nouveau texte introduit également d'importantes dispositions de droit boursier, de même qu'il améliore le traitement des conventions réglementées afin d'améliorer la gouvernance des sociétés.

3. **Droit des sûretés.** Se substituant à l'Acte Uniforme du 17 avril 1997, le nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés (A.U.S.) adopté le 15 décembre 2010 traduit la volonté des États membres de l'Ohada de renforcer la confiance des acteurs économiques, notamment les banquiers et les investisseurs. Le nouveau texte institue l'agent des sûretés, professionnel chargé de la gestion des sûretés d'autrui, de leur constitution à leur réalisation. L'A.U.S. organise également les différentes sûretés et régit : - les sûretés personnelles (cautionnement, garantie et contre-garantie autonomes) ; - les sûretés mobilières (droit de rétention, propriété retenue ou cédée à titre de garantie, gages, nantissements et privilèges) ; - les hypothèques, sûretés réelles immobilières.

4. **Procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.** consacré à Libreville au Gabon le 10 avril 1998, l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (A.U.V.E.) organise, dans le domaine de recouvrement, deux procédures judiciaires simples à mettre en œuvre par un créancier, afin de contraindre son débiteur à exécuter ses engagements.

5. **Procédures collectives d'apurement du passif.** Adopté le 10 avril 1998 à Libreville, l'Acte Uniforme relatif à l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif (A.U.P.C.) régit les procédures collectives de traitement de l'insolvabilité sur décision et sous contrôle judiciaires et définit les sanctions patrimoniales, professionnelles, civiles et pénales, applicables au débiteur et aux dirigeants de l'entreprise en difficulté. Epruvé par quinze ans d'application, l'A.U.V.E. a fait l'objet d'une étude de diagnostic au terme de laquelle le Conseil des Ministres a, lors de sa session du 30 janvier 2014, tenue à Ouagadougou au Burkina Faso, autorisé sa révision. Le processus d'actualisation et de modernisation de cet important texte est ainsi en cours.

6. **Droit de l'arbitrage.** Adopté le 11 mars 1999, l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (A.U./D.A) constitue le droit commun de l'arbitrage pour l'ensemble des États membres de l'Ohada. Il pose les principes du droit de l'arbitrage, régit les différentes phases de la procédure, fixe les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, et organise les voies de recours ouvertes contre les sentences : recours en annulation, recours en révision et tierce opposition. L'arbitrage organisé par l'Acte Uniforme cohabite, dans le système Ohada, avec l'arbitrage institutionnel spécifique administré par la C.C.J.A.

7. **Organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises.** Adopté le 24 mars 2000, l'Acte Uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, auquel est annexé le système comptable Ohada, établit les normes comptables, le plan des comptes, les règles de tenue des comptes et de présentation des états financiers et de l'information financière.

8. **Contrats de transport de marchandises par route.** Adopté le 22 mars 2003, l'Acte Uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (A.U.T.M.) s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour sa livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un État membre de l'Ohada, soit sur le territoire

L'ordre juridique présente en effet la caractéristique essentielle d'être constitué de l'intersection de deux types de normes : des normes que certains appellent primaires ou normatives et des normes secondaires ou constructives. Les premières sont des règles de comportement qui imposent des obligations ou des abstentions, et les secondes attribuent des compétences, organisent des procédures, de manière à rendre effectives les normes primaires.

La sécurité juridique et judiciaire, globalement entendue comme la possibilité pour un investisseur de savoir le droit applicable à son investissement et en cas de litige les recours qui lui sont ouverts, est en amont un préalable et en aval un gage de sécurité pour l'investissement. Avec l'ouverture de l'Afrique à l'économie de marché et l'implication de plus en plus croissante des opérateurs économiques africains dans le commerce international, la question de la sécurité juridique des investissements, tant locaux qu'étrangers, se pose avec acuité et constitue la priorité des autorités publiques africaines.

Il a été très justement relevé que « les juristes, dont le rôle est de maintenir et de faire fonctionner un ordre stable, en réduisant le nombre de conflits, en cherchant à les régler pacifiquement, ont imaginé des institutions et des règles de procédures [...] C'est l'existence de telles règles qui distingue essentiellement le droit de la morale ». Les initiateurs du projet Ohada se devaient en conséquence, non seulement d'agir sur les normes de comportement, mais également sur les institutions chargées d'en assurer l'efficacité. Tel est le sens profond des aspects institutionnels du Traité concernant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A.).

Les Initiateurs du Traité Ohada ont, proclamé dès le préambule du document, leur intentions de « promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ». Ainsi, d'emblée, l'article 1^{er} du Traité énonce qu'il a pour objet, entre autres, « l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels » et que son article 2 inscrit l'arbitrage parmi les disciplines juridiques qui entrent dans le cadre du

de deux Etats différents dont l'un au moins est membre de l'Ohada, à l'exclusion des transports de marchandises dangereuses, des transports funéraires, des transports de déménagement, ou des transports effectués en vertu des conventions postales internationales. L'A.U.T.M. s'applique indépendamment du domicile et de la nationalité des parties au contrat de transport. Il règle la conclusion, l'exécution, la responsabilité et le contentieux découlant du transport.

9. Sociétés coopératives. Adopté à Lomé (Togo) le 15 décembre 2010, l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (A.U.S.C.O.O.P.) répond à une demande fortement exprimée par les coopérateurs de l'espace Ohada qui, n'étant pas soumis aux règles des sociétés commerciales, souhaitaient des règles spécifiques harmonisées à l'échelle régionale. L'A.U.S.C.O.O.P. s'applique à toutes les sociétés coopératives exerçant une activité bancaire ou financière. Il prévoit deux types de coopératives au choix des entrepreneurs : la société coopérative simplifiée et la société coopérative avec conseil d'administration.

droit des affaires. L'expression « arbitrage Ohada » renvoie alors au système d'arbitrage mis en place par le dispositif Ohada à travers le Traité Ohada et les instruments Ohada relatifs à l'arbitrage²⁶. Il doit être précisé à cet égard que le Conseil des Ministres de l'Ohada a adopté le 11 mars 1999 à Ouagadougou l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage en même temps que le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ce dernier fixe dans le détail les règles de l'arbitrage C.C.J.A. dont les grands traits sont fixés par le titre IV du Traité Ohada. L'arbitrage Ohada repose donc sur un support dualiste, puisqu'il est régi à la fois par l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (A.U. /D.A.) et par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

L'Acte Uniforme, eu égard à la portée abrogatoire des Actes Uniformes Ohada, abroge et se substitue aux droits de l'arbitrage des Etats parties en leurs dispositions antérieures, conformes ou contraires. Il devient ainsi le droit commun de l'arbitrage dans les Etats membres de l'espace Ohada. Il s'inspire dans une large mesure des dispositions du nouveau Code de procédure civile français (N.C.P.C.) relatives à l'arbitrage commercial interne et international, mais aussi de la Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) dont certains demandaient même la reprise intégrale de ses dispositions. Il convient de reconnaître que l'Acte Uniforme comporte quelques spécificités que nous étudierons au fur à mesure de notre recherche.

Il est créé dans le cadre de l'Ohada, un arbitrage institutionnel se déroulant sous l'égide de la C.C.J.A. en sa fonction de centre d'arbitrage, encadré par le Traité Ohada²⁷ et par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. L'arbitrage C.C.J.A., en dehors du Traité et du Règlement d'arbitrage, est également régi par la décision de la C.C.J.A. sur les frais d'arbitrage approuvée par le Conseil des Ministres et le Règlement intérieur de la C.C.J.A., sans oublier le Règlement de procédure de cette Cour. Le système d'arbitrage de la C.C.J.A. est étroitement inspiré de l'ancien Règlement d'arbitrage de la C.C.I. avant sa réforme de 1998. Cependant, on relèvera quelques originalités de ce nouvel arbitrage institutionnel marquant une innovation majeure dans l'arbitrage international²⁸.

Malgré l'importance qu'il accorde ainsi à l'arbitrage, le Traité Ohada ne précise pas le sens de cette notion, que la doctrine définit tantôt comme le jugement d'une contestation par

²⁶ G. KENFACK-DOUJANI, « Rapport de synthèse », dans « l'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 59

²⁷ Titre IV du Traité.

²⁸ Parmi les innovations, on peut citer la confusion entre le centre d'arbitrage qui administre la procédure de l'arbitrage et la formation juridictionnelle qui accorde l'exequatur à la sentence arbitrale.

des particuliers choisis par d'autres particuliers au moyen d'une convention²⁹, tantôt comme une convention par laquelle les parties soumettent leur différend au jugement des particuliers qu'elles choisissent³⁰ et tantôt encore, comme une institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci³¹.

Afin de mener nos réflexions sur le rôle de l'arbitrage dans l'objectif de sécurisation juridique et judiciaire recherchée par l'Ohada, il nous incombe d'apporter quelques éclaircissements. Nous allons ainsi présenter, dans un premier mouvement, l'objet de notre recherche (I) avant d'exposer l'intérêt de notre recherche (II) et enfin de poser la problématique et le plan retenus (III).

I : L'objet de la recherche

Avec l'Ohada, l'arbitrage est érigé en mode privilégié et fiable de règlement des différends et cela à travers l'unification et la modernisation du droit de l'arbitrage des différents Etats parties par l'adoption de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage le 11 mars 1999. L'objet de notre étude portera ainsi sur le droit de l'arbitrage au sein l'espace Ohada. Si étendre l'étude du droit de l'arbitrage à toute l'Afrique était notre souhait originel, c'est aussi une aventure vaste et hétéroclite qu'il serait difficile de mener, tant faire converger tous les systèmes juridiques du continent s'avère être une entreprise délicate. L'étude de l'arbitrage comme moyen de promotion et de sécurisation des activités économiques en Afrique semble par ailleurs être plus judicieuse dans le cadre de l'Ohada, d'autant plus que ses normes sont plus actuelles et susceptibles de réunir tous les Etats africains autour d'un seul système juridique, et que l'objectif de promouvoir le développement économique du continent est clairement le but premier de l'Ohada, l'arbitrage en étant l'instrument principal.

L'objectif de notre étude est d'apporter une contribution utile quand on sait l'abondance des réflexions doctrinales dans ce domaine. En effet, plusieurs approches ont été initiées par les écrits doctrinaux à ce sujet depuis l'entrée en vigueur du droit Ohada de l'arbitrage. Une première approche, purement descriptive, consiste à faire un inventaire

²⁹ H. MOTOUSKY, « Ecrits, études et notes sur l'arbitrage », Dalloz, 1974, p. 5.

³⁰ P. FOUCHARD, « L'arbitrage commercial international », Bibliothèque du droit international privé, Dalloz, 1965, n°11.

³¹ C. JARROSSON, « La notion d'arbitrage », Bibliothèque du droit privé, L.G.D.J., 1987, n° 785.

exhaustif des textes législatifs et réglementaires constituant les fondements de la pratique arbitrale dans les différents États africains. Une seconde approche, plus analytique, examine le droit de l'arbitrage Ohada dans sa dimension textuelle à travers l'analyse du contenu des textes récemment adoptés par rapport aux principes et règles juridiques généralement admis par la pratique et qui régissent ce droit, afin de restituer l'esprit du législateur. Nombre d'études ont porté un regard critique sur l'opportunité de certaines des dispositions de ces textes mais aussi sur l'applicabilité pratique des dispositions de ce droit. Une troisième approche, comparative, est également initiée dans le but de dégager les divergences et les convergences des dispositions Ohada avec un ou plusieurs autres textes du droit de l'arbitrage afin de mesurer la portée des dispositions Ohada.

A travers notre recherche, nous tenterons d'ébaucher une grille d'analyse et d'interprétation des aspects judiciaires du droit de l'Ohada, non pas du point de vue de la théorie juridique ou de la pratique juridique, mais sous l'angle de ce qu'ils représentent sur le plan de l'attractivité économique. L'orientation du sujet répond à l'impératif incontournable de la mondialisation et de la compétition entre les systèmes juridiques³². Cette compétition conduit les investisseurs à évaluer les qualités et défauts de l'offre de justice proposée par chaque système judiciaire : la célérité, le coût, la discrétion, la prévisibilité, la sécurité, l'impartialité, l'indépendance, la compétence, la confiance et bien d'autres critères. Les classements des systèmes juridiques opérés par les rapports Doing Business inclinent à penser qu'aujourd'hui, on ne demande plus au droit d'être seulement efficace, mais aussi d'être compétitif dans la concurrence mondiale³³. Les enseignements de ce rapport résident dans la nécessaire adaptation des systèmes juridiques à un environnement concurrentiel et innovant.

II : L'intérêt de notre recherche

³² Les travaux fondateurs de R. POSNER et R. COASE ont montré que le comportement économique des investisseurs est fortement inspiré des réflexions des économistes sur le droit. L'analyse économique du droit a pour ambition d'appliquer aux règles de droit les outils et la méthode de la science économique. Elle prétend apprécier les règles en termes d'efficacité. Le résultat de ces analyses a pour vocation de mettre en compétition les systèmes juridiques nationaux entre eux. Cependant, le Professeur G. FARJAT estime quant à lui que le droit est d'abord un serviteur de normes et qu'à ce titre, il doit servir tous les autres systèmes, y compris le système économique. Pour cet auteur, le système juridique est ouvert à tous dans la mesure où il assure une fonction normalisatrice (G. FARJAT, Pour un droit économique, P.U.F., 2004, p. 33).

³³ C'est justement l'argument d'efficacité économique qu'invoque l'Ile Maurice pour refuser de rejoindre le cercle de l'Ohada. Ce pays craint que les Actes Uniformes freinent ou empêchent sa performance économique. J. ISSA-SAYEGH, « Synthèse des Travaux du colloque sur « Le droit Ohada dans l'océan indien Actualités et perspectives », disponible sur internet : <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/794/rapport-de-synthese.pdf>

Si l'on procédait à une enquête de satisfaction auprès des investisseurs usagers du service public de la justice des différents États membres, ils diraient certainement la gêne qui est la leur concernant le fonctionnement des institutions chargées de trancher les litiges et la lisibilité des procédures judiciaires de l'Ohada. C'est forte de ces constats que la présente réflexion entend remettre la question de la sécurité judiciaire en droit Ohada au cœur du débat, au cœur des préoccupations, et ce sous l'angle de sa fonction d'attractivité économique. Ces lignes n'ont d'autre ambition que d'en donner une image plus fidèle pour mieux faire apparaître les véritables enjeux de la quête de crédibilité du système Ohada. Cette réflexion a vocation à attirer l'attention des acteurs de l'Ohada sur ce que l'on a trop tendance à ne pas suffisamment voir : le lien consubstantiel entre la sécurité judiciaire et l'attractivité économique d'un espace juridique commun. L'élimination du « risque judiciaire » est une étape majeure de la construction d'une « Économie de droit »³⁴ dans l'espace Ohada. Il ne s'agit pas là d'une démarche isolée puisque des études en ce sens ont cours dans d'autres espaces juridiques³⁵.

D'autres raisons militent pour cette étude. En premier lieu, tout écrit dans ce domaine ne peut que contribuer à développer la matière. Cette raison, à elle seule, ne suffit pas, il s'y ajoute bien heureusement d'autres. D'abord, l'entreprise juridique qu'est l'Ohada, après plus de deux décades de son expérimentation, mérite de marquer une pause et de récapituler l'application de ses valeurs normatives aux différents domaines relevant du champ matériel d'application du Traité portant le même nom. L'intérêt et l'utilité d'un tel devoir de bilan permettent de jauger l'apport de cette organisation et de faire le bilan quant à son objectif d'épanouissement social et économique du continent.

Il convient de relever ensuite la place grandissante faite aujourd'hui à l'arbitrage dans la pratique des affaires de nombreux pays africains. Ce regain d'intérêt pour l'arbitrage ne saurait laisser insensible la doctrine, facteur indispensable du progrès du droit, qui doit jouer son rôle de clarification et de mise en ordre afin de prévenir notamment l'insécurité juridique et judiciaire qui a été à l'origine du Traité Ohada. Et c'est exactement à cette fin que s'est livrée notre étude, en mettant en exergue l'étude des normes du droit de l'arbitrage Ohada à

³⁴ Le concept d' « Économie de droit », à l'image de l'État de droit, signifie tout simplement une économie encadrée par les règles de droit, lesquelles constituent efficacement un rempart contre ses aspects débridés.

³⁵ C'est le cas de l'Europe avec la Convention de Bruxelles de 1968 et en Amérique latine où un Code modèle fut instauré en 1988 sous la forme du *Código tipo ibero-americano*. Dépourvu de portée obligatoire, le Code latino sert néanmoins de modèle aux réformes du droit de la procédure en Amérique latine.

l'instar des standards internationaux de la justice arbitrale dans l'objectif de démontrer l'efficacité de l'arbitrage Ohada.

Un autre intérêt que revêt notre recherche consiste à faire la promotion des centres d'arbitrage africains. Cette promotion permet de combattre le monopole des centres d'arbitrage occidentaux qui accaparent la plupart des procédures d'arbitrage, même lorsqu'elles opposent un Etat africain à une entreprise européenne et qu'elles sont relatives à l'inexécution d'un contrat soumis au droit dudit Etat. Les opérateurs économiques en Afrique ont souvent recours à l'arbitrage de la chambre de commerce internationale (C.C.I.) de Paris ou du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) de Washington pour le règlement par voie d'arbitrage de leurs conflits commercial ou d'investissement. Dès lors il s'agit de vérifier que les principes les plus largement admis en matière d'arbitrage ou indispensables au bon fonctionnement des centres d'arbitrages sont satisfaits dans les pays africains.

III : Problématique et plan retenus

Malgré une certaine expérience que commence à avoir l'arbitrage Ohada, certains enjeux juridiques apparaissent pour les entreprises qui exercent leurs activités sur le continent africain. La préoccupation majeure qui se pose est de savoir si le droit de l'arbitrage Ohada est de nature, non seulement à faciliter la promotion de l'arbitrage, mais aussi à rassurer les investisseurs étrangers et nationaux. En d'autres termes, le droit de l'arbitrage Ohada dans son ensemble, répond-il aux attentes des opérateurs économiques en termes de sécurité juridique et de garantie des investissements ?

Même si la volonté des initiateurs de l'Ohada est de promouvoir l'arbitrage comme instrument de garantie de la sécurité des investissements, il n'est pas certain que cette recherche de sécurité juridique, porteuse d'accroissement des investissements et du développement économique, soit en réalité totalement atteinte.

En Afrique, continent qui regorge de matières premières et d'opportunités nouvelles, l'investissement est au cœur des affaires. Néanmoins, la problématique de la promotion de l'investissement en dehors des traités et conventions d'encouragement des investissements est très peu abordée. Ce problème de la garantie des activités économiques et des intérêts des investisseurs n'est pas pleinement abordé dans la plupart des Etats africains, de sorte qu'il semble important de s'atteler à ce sujet pour apporter quelques réponses aux enjeux qu'il

pose. Parmi ces réponses, celle à la question de savoir comment sont réglés les litiges relatifs aux activités économiques en Afrique est primordiale. En guise de réponse à cette question, nous avons affirmé plus haut que l'arbitrage est devenu la norme en ce qui concerne la résolution des litiges d'origine économique. Cependant, nous devons montrer que l'arbitrage n'est plus uniquement recherché pour la solution d'un litige, mais qu'il est le moteur principal et déterminant, de protection et de sécurité des investissements et par ricochet, il permet de protéger l'investisseur et ses biens.

Ainsi, nous devons analyser, dans les développements de cette thèse, dans quelle mesure l'arbitrage Ohada permet de favoriser l'épanouissement des activités économiques. En effet, il ne suffit pas de mettre en place des normes modernes et des centres d'arbitrage pour conclure à l'efficacité de ces normes, encore faut-il que les applications qui en sont faites soient bien menées dans la pratique.

En outre, dans beaucoup de pays membres de l'Ohada, il existe une multitude de textes relatifs à l'arbitrage et aux activités économiques qui peuvent rentrer en conflit avec les textes de l'arbitrage Ohada et ainsi poser des difficultés quant à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Des doutes quant à l'efficacité de l'arbitrage Ohada peuvent dès lors exister. Dans cette mesure, nous devons répondre à la question de savoir quels sont les problèmes posés par l'exécution des sentences en territoire Ohada et hors territoire Ohada.

Pour répondre à ces questions, nous devons nécessairement faire une analyse critique des solutions apportées par les textes du droit de l'arbitrage Ohada, tout en faisant une comparaison avec les solutions proposées par d'autres droits de l'arbitrage interne et international. Ainsi nous pourrions dénoncer les zones d'ombre de l'arbitrage Ohada mais aussi faire ressortir les innovations qui pourront démontrer l'importance de l'arbitrage dans l'objectif des initiateurs du Traité Ohada.

Par conséquent, pour mener à bien cette étude, nous allons, avec l'aide du droit commun de l'arbitrage Ohada et surtout de l'arbitrage C.C.J.A., montrer comment le système Ohada de l'arbitrage entend donner aux investisseurs une certaine sécurité juridique à travers l'arbitrage qui doit, pour rassurer tous les acteurs intervenant dans un arbitrage, offrir une réelle sécurité.

Ainsi, faisant nôtres les propos du professeur Philippe FOUCHARD selon lesquels « nous sommes en présence d'un système qui assure aux entreprises à la fois la liberté et la sécurité », nous démontrerons le rôle primordial que les notions de liberté et de sécurité

doivent jouer dans cette quête de l'efficacité de l'arbitrage dans son rôle de garantie des activités économiques. Ces propos du professeur Philippe FOUCHARD ont probablement déterminé le choix de ce sujet et ont, sans aucun doute, dessiné les contours des développements que nous allons suivre dans cette étude.

Nous allons dès lors montrer dans notre thèse comment la notion de liberté et de sécurité, à travers le Traité Ohada, l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. et biens d'autres normes juridiques communautaires et étatiques et mêmes internationales, contribuent à améliorer la vie économique des opérateurs économiques sur le continent.

Conséquence du caractère conventionnel de l'arbitrage, la notion de liberté apparaît dans toutes les phases de l'arbitrage et s'impose à tous les acteurs d'un processus d'arbitrage. Cette exigence de liberté est la principale caractéristique de l'arbitrage par rapport à la justice étatique. Bien évidemment, cette exigence de liberté dans l'arbitrage ne peut exister sans celle de sécurité. L'arbitrage doit en effet offrir les gages d'une justice complète, tout en garantissant aux parties la liberté de choix des techniques de règlement de leurs litiges. Les notions de liberté et de sécurité sont éminemment complémentaires, permettant d'œuvrer ensemble au rayonnement de l'arbitrage en rendant efficace et sûr l'ensemble de la procédure arbitrale.

Ainsi, nous démontrerons que pour mieux jouer son rôle de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques dans le système Ohada, l'arbitrage doit avoir une exigence de liberté (Première partie) et de sécurité (Deuxième partie). Mais auparavant, il convient, dans une partie préliminaire, d'identifier la notion d'arbitrage et ses fondements dans le droit de l'arbitrage en Afrique. De ce fait, nous pourrions mesurer le chemin parcouru par le droit de l'arbitrage Ohada dans la modernisation de ses normes, ce qui nous permettra de mesurer son action et de voir si les objectifs poursuivis par les initiateurs de l'Ohada quant à l'épanouissement économique et social du continent peuvent être atteints.

Partie préliminaire : Identification de la notion d'arbitrage et de ses fondements en Afrique

L'arbitrage est une institution fort ancienne. Les premiers arbitrages en France apparaissent à l'occasion des foires dès le XIII^{ème} siècle où, pour trancher leurs litiges, les commerçants désignaient des arbitres le temps de la durée de la foire. Etymologiquement, le terme arbitrage vient du latin *arbiter* qui signifie juge, témoin, spectateur, arbitre, maître qui dispose à son gré, à sa disposition. De par son histoire, l'arbitrage est plutôt de l'apanage de la philosophie, et en particulier de la morale. Son caractère de licéité, qui implique celui de légitimité, lui est venu sans aucun doute du droit privé qui s'est approprié cet instrument de règlement des conflits.

Le concept d'arbitrage a indéniablement une importance dans la quête sur les racines, l'essence et l'importance actuelle de la notion de justice. Ce constat est source de questionnements. La première question qui en découle est celle de savoir si la justice privée peut tenir un rang dans l'ensemble judiciaire étatique ou si, au contraire, l'apanage du privilège de juger revient exclusivement et sans partage à la puissance publique. La seconde question qui peut être posée consiste à savoir si l'arbitrage est voué à se conformer au modèle de la justice étatique ou s'il doit organiser son propre schéma procédural et, dans l'affirmative, dans quelle mesure il doit le construire.

Pour répondre à ces questions, nous devons au préalable appréhender ce que recouvre la notion d'arbitrage par le biais de son étude (Chapitre I) et présenter les différents types d'arbitrage qui existent (Chapitre II). Il conviendra de terminer ces propos liminaires sur l'arbitrage par la présentation des fondements ou sources du droit de l'arbitrage en Afrique (Chapitre III).

Chapitre I : Etude de la notion d'arbitrage

Force est de constater que la notion d'arbitrage est difficile à définir sur le plan juridique. Beaucoup d'auteurs, à l'image de Charles JARROSSON³⁶, l'ont souligné. Il serait d'ailleurs tentant d'aboutir à cette même conclusion, puisque la plupart des lois sur l'arbitrage ne le définissent pas.

L'absence de définition de l'arbitrage dans les nombreux textes normatifs le concernant ne doit néanmoins pas surprendre. Comme le fait remarquer le Professeur Pierre MEYER « il n'est pas toujours judicieux pour un texte normatif de procéder à des définitions qui enfermeraient dans un cadre trop restrictif ou trop figé l'institution qu'il s'agit de régler. La définition et, d'une manière générale, la conceptualisation doivent être davantage l'œuvre de la doctrine, voire de la jurisprudence »³⁷.

L'arbitrage n'est donc pas une notion qui jouit d'une définition exclusive et unique. Il est toutefois possible de saisir cette notion par ses principales caractéristiques (Section I), ce qui implique de situer l'arbitrage parmi les différents modes alternatifs de résolution des conflits (Section II), avant de s'attacher aux critères distinctifs de l'arbitrage (Section III). Cette recherche nous permettra de mettre en exergue la particularité de la notion d'arbitrage en Afrique notamment dans le droit Ohada (Section IV).

Section I : Les caractères multiples de la notion d'arbitrage

Comme nous l'avons souligné plus haut, la notion d'arbitrage est relativement difficile à saisir. L'idée même d'arbitrage n'a jamais été aisée à appréhender aussi bien au niveau de son histoire qu'au niveau de l'étendue de son importance, et ceci quels que soient les territoires du monde considérés (Paragraphe I). L'évolution historique de l'arbitrage lui a donné des caractères qui lui sont propres et lui ont donné, selon les lieux, une certaine importance. Aussi sa place dans les sociétés africaines n'échappe pas à quelques spécificités (Paragraphe II).

Paragraphe I : La notion historique et territoriale de l'arbitrage

L'arbitrage est une notion complexe à saisir aussi bien d'un point de vue temporel que spatial.

³⁶ C. JARROSSON, « La notion d'arbitrage », Paris, L.G.D.J., 1987, p. 398.

³⁷ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », Bruylant, 2002, p. 22.

La forme primitive de l'arbitrage est celle de l'arbitrage par souverain³⁸, le prestige moral et le poids politique de l'arbitre étant un gage d'autorité pour la sentence rendue. Il reste une trace de cette pratique dans d'anciens traités de délimitation toujours en vigueur et des contentieux s'enchaînant dans le temps. L'arbitrage est ainsi une institution que l'on daterait à une époque très ancienne dont les prémices paraissent antérieurs à l'idée même de la notion d'Etat, et par conséquent également antérieurs à la notion de justice étatique.

D'aucuns remarqueraient sa présence dans les premiers écrits religieux de deux des grandes religions monothéistes que sont le christianisme et l'islam.

Ainsi, selon Pierre MEYER, on retrouve la notion d'arbitrage mentionnée dans la genèse : « Quand tu as fouillé tous mes effets, qu'as-tu trouvé des effets de ta maison ? Produis-le ici devant mes frères et tes frères, et qu'ils prononcent entre nous deux »³⁹. Une place très importante est également assignée à l'arbitrage en droit canonique. Ainsi, le canon 1446⁴⁰ dispose que les fidèles doivent éviter les litiges ou les régler de façon pacifique, soit en recourant à la transaction, soit en utilisant la procédure d'arbitrage⁴¹.

Dans les écrits musulmans, notamment dans la sharia, c'est-à-dire le droit musulman⁴², la notion d'arbitrage apparaît dans au moins deux versets⁴³, dans la sunna⁴⁴ et également dans le fiqh⁴⁵. En terre d'islam, l'arbitrage a fait l'objet de plusieurs tentatives de codification notamment dans le Code ottoman des dispositions légales, la Medjella⁴⁶, où un titre entier lui est consacré. Si la pratique de l'arbitrage est effective en islam, il n'en demeure pas moins que des divergences existent et subsistent en ce qui concerne son caractère obligatoire. En effet,

³⁸ M. MONGALVY, « Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale », Bruxelles, Société typographique belge, 1837, p. 10.

³⁹ Genèse, 31-37.

⁴⁰ « Tous les fidèles, et en premier les Évêques, s'efforceront de leur mieux, dans le respect de la justice, d'éviter autant que possible les litiges au sein du peuple de Dieu, et de les régler au plus tôt de manière pacifique. Au début du procès et même à tout moment, chaque fois qu'il entrevoit quelque espoir d'une solution favorable, le juge ne doit pas omettre d'exhorter et d'aider les parties à chercher d'un commun accord une solution équitable à leur différend, et il leur indiquera les moyens convenables à cette fin, en ayant notamment recours à la médiation de sages. Si le procès concerne le bien privé des parties, le juge examinera si le différend peut être utilement réglé par une transaction ou un arbitrage selon les canons 1713-1716 ».

⁴¹ P. VALDRIN, « Droit canonique », Paris, Dalloz, 1989, pp. 479 et s.

⁴² A.H. EL-AHDAB, Sur l'arbitrage et l'islam, « l'arbitrage dans les pays arabes », Paris, Economica, 1988, pp. 12 et s.

⁴³ Versets 35 (« si vous craignez le désaccord entre les deux [époux], envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et Parfaitement Connaisseur ») et 58 (« Certes, Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité. Quelle bonne exhortation qu'Allah vous fait! Allah est, en vérité, Celui qui entend et qui voit tout ») de la sourate al nisa'a (les femmes).

⁴⁴ Pratiques et traditions du prophète Mohamed (psl).

⁴⁵ Interprétation du coran.

⁴⁶ La Medjella constitue une codification des règles du droit musulman en vigueur dans les pays de l'empire ottoman où était appliquée la doctrine hanéfite.

alors que certains y voient une conciliation non obligatoire, d'autres lui attribuent la fonction de trancher un litige par une décision qui s'impose aux parties. Cette divergence de point de vue résulterait du texte sacré permettant de justifier chacune de ces deux approches⁴⁷.

Dans les pays de tradition romano-germanique⁴⁸, une certaine dualité de la finalité de l'arbitrage peut être constatée au cours de l'évolution de cette institution de règlement des conflits. En effet, dans cette famille juridique, l'arbitrage n'avait au départ d'autre but que de régler des différends d'ordre exclusivement contractuel. Cependant, cette conception a finalement été abandonnée afin de permettre notamment l'utilisation de l'arbitrage pour régler un litige né d'une contestation et non plus seulement compléter un accord contractuel⁴⁹.

Cette mutation de l'office de l'arbitre dans les pays de tradition romano-germanique pose la question plus large du rôle de l'arbitrage dans une société. En d'autres termes, faut-il prendre l'arbitrage comme un simple moyen afin d'aplanir les contestations entre les parties ou faut-il lui donner un véritable pouvoir judiciaire comme celui d'un juge étatique ? L'évolution de l'arbitrage nous montre sans doute que l'entendement du public va de l'une à l'autre perception sans trancher pour l'une ou l'autre. Nous pourrions trancher sans difficulté pour la seconde, mais toutefois, comme le souligne Pierre MEYER, « sans pour autant enlever dans la mentalité des sujets de droit et donc des parties susceptibles de recourir à un arbitrage, l'idée que l'arbitrage implique la recherche d'une solution acceptée par les parties à un différend »⁵⁰.

Enfin, l'acception de la notion d'arbitrage dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne se heurte à deux séries de difficultés.

La première se situe au niveau même de la mission et de la fonction d'arbitre. Il s'agit de savoir si l'arbitrage doit être compris et réduit aux seules actions dans lesquelles un juge privé, désigné par les parties, est missionné pour liquider un litige ou, a contrario, si l'arbitrage devrait englober toute intervention d'un tiers chargé de réguler une relation juridique ? Certaines législations comme le droit anglais semblent contenir une réponse claire

⁴⁷ Le verset 35 de la sourate des femmes « si vous craignez la séparation entre des conjoints, suscitez un arbitre de la famille de l'époux et un arbitre de la famille de l'épouse, ALLAH rétablira la concorde entre eux s'ils veulent se réconcilier... » Justifie la première acception, alors que le verset 58 de la même sourate en affirmant : « Allah vous ordonne de restituer les dépôts et de juger selon la justice, lorsque vous jugez entre hommes » étaye la seconde conception.

⁴⁸ R. DAVID, « L'arbitrage dans le commerce international », Paris, Economica, 1982, pp. 118 et s.

⁴⁹ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁰ *Idem.*

puisque ce dernier emploie différents termes⁵¹ pour exprimer les composantes juridictionnelle et contractuelle de l'arbitrage⁵².

La seconde série de difficultés est relative à la méthodologie ou aux outils que la personne privée chargée de trancher un différend par les parties peut employer. A ce niveau plusieurs questions se posent, notamment quelle solution l'arbitre doit-il adopter pour régler le litige ? Même si la question est légitime et que la réponse peut être imprécise, on peut affirmer sans ambiguïté que l'arbitre se doit de dire le droit en statuant selon le droit, même si on peut admettre comme d'aucuns le relèvent que « dans la majorité des cas, les arbitres anglais peuvent, sans avoir à craindre une annulation de leur sentence, donner au litige la solution qu'ils jugent équitable »⁵³.

Comme nous venons de le constater, l'arbitrage revêt des significations et des caractères particuliers selon le système juridique considéré. Aussi, il convient maintenant de présenter comment l'arbitrage est saisi par les sociétés africaines.

Paragraphe II : L'arbitrage dans les sociétés africaines

Pour appréhender la perception de la notion d'arbitrage en Afrique, deux points importants doivent être mis en exergue : la conception africaine de la justice (A) et l'ineffectivité du droit étatique (B).

A : La conception africaine de la justice favorable à la conception philosophique de l'arbitrage

En Afrique, les rapports sociétaux ont toujours été, et sont toujours, sujets à des compromis. Aussi, toute norme qui a une visée de régulation doit intégrer cette donnée si elle veut pouvoir recevoir application. C'est dans cette optique que le droit dans les sociétés africaines s'est donné pour objet essentiel la recherche d'une solution acceptable n'allant pas

⁵¹ Arbitration-valuation-certification sont les termes utilisés par le droit anglais de l'arbitrage.

L'« arbitration » désigne la situation où la personne privée est choisie par les parties pour trancher un litige ; la « valuation » est l'estimation par un tiers de la valeur d'un objet ou d'une prestation lorsque ce tiers a été choisi par les parties et qu'elles sont convenues de se soumettre à son évaluation ; la « certification » recouvre la pratique d'approbation par un tiers désigné par les parties d'une prestation à accomplir selon les dispositions d'un contrat.

⁵² A. KASSIS, « Problèmes de base de l'arbitrage », Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 261 et s.

⁵³ R. DAVID, « L'arbitrage dans le commerce international », *op. cit.*, p. 160.

à l'encontre de l'équilibre social⁵⁴. La pratique de la justice se conjugue d'ailleurs le plus souvent avec la conciliation, voire la réconciliation, plutôt qu'à se borner à appliquer sans discernement, d'une manière dogmatique, une norme juridique préétablie qui pourrait inéluctablement brouiller l'équilibre social, en remuant et en créant un déséquilibre à l'intérieur de la société. Cette situation a très longtemps prévalu et continue de prévaloir sur la majeure partie du continent. Pour illustrer cette caractéristique de la justice africaine, certains auteurs affirment que « le jugement est essentiellement un jugement par accord mutuel »⁵⁵. La conséquence de ce point de vue du tout conciliateur du droit quel que soit le litige, est la nécessaire flexibilité des normes juridiques. Comme le souligne Pierre MEYER « la norme certes existe mais elle est au service de l'harmonie sociale, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir s'assouplir et plier en fonction des conséquences concrètes qui découleraient de son application »⁵⁶.

B : L'ineffectivité du droit étatique en Afrique, terreau du développement de l'arbitrage

La problématique de l'Etat en Afrique a toujours été exacerbée et continue de l'être. Cette problématique est d'autant plus actuelle que, jusqu'ici dans les Etats africains, la puissance publique cohabite avec d'autres puissances traditionnelles qui sont le plus souvent davantage craintes et respectées que la puissance publique étatique ne l'est. L'ineffectivité du droit étatique en Afrique est une réalité concrète qui peut se mesurer aussi bien sur le plan normatif (2) que sur le plan institutionnel⁵⁷ (1).

1 : Sur le plan institutionnel

Sur le plan institutionnel, l'ineffectivité du droit étatique est criante. L'institution judiciaire en Afrique n'est ainsi pas revêtue de la puissance qu'elle devrait avoir, à tel point que peu de différends sont portés devant elle. Ce petit nombre de litiges⁵⁸ laisse à penser que l'institution judiciaire en Afrique existe bien mais sans usagers qui lui donneraient son

⁵⁴ T.E.OALAWALE, « La nature du droit coutumier africain », Paris, Présence Africaine, 1961, pp. 283 et s.

⁵⁵ *Idem*, p. 283.

⁵⁶ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 11.

⁵⁷ P. MEYER, « L'effectivité du droit », *revu. Burk. Dr.*, 1989, pp. 131 et s.

⁵⁸ P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 10.

essence. En caricaturant à peine, nous devons convenir que la justice en Afrique est une justice sans justiciables⁵⁹.

2 : Sur le plan normatif (droit moderne)

Le droit positif a, selon Jacques VANDERLINDEN, une définition qui comprend huit éléments : il « est unique (il n'y en a qu'un dans le ressort qui est le sien), étatique (ce ressort est celui de l'Etat, seul producteur de droit), formé de règles abstraites tendant à l'objectivité dans une hiérarchie dominée par la loi dont des procédés déductifs (du général au particulier) permettent de dégager la manière de résoudre des cas concrets »⁶⁰.

Rien n'est plus au cœur de la relation entre droit et société que la question de l'effectivité⁶¹. Celle-ci peut être définie comme le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit ». Selon Jean CARBONNIER « la notion d'effectivité n'est pas toujours définie avec une grande précision »⁶². EINSEMAN, traducteur de KELSEN, utilise ainsi sans distinction effectivité et efficacité. Le concept d'effectivité du droit, présent aussi bien dans les travaux d'Emmanuel KANT que de Max WEBER, est largement utilisé en sociologie juridique. Il ne désigne pas un « état » particulier du système du droit, mais la question même de la séparation droit/société. On le trouve employé aussi bien par les philosophes du droit que par les juristes positivistes, les sociologues juristes, voire les juristes critiques du droit. C'est ainsi que René SABATIER dira qu'« une norme sociale même rendue obligatoire par un texte juridique, ne s'appliquera que si elle est sociologiquement praticable. La justice que poursuivent les règles de droit à partir d'un système de valeurs doit toujours être accompagnée d'une étude de praticabilité sociologique »⁶³.

La situation qui prévaut en ce qui concerne l'image même de l'institution judiciaire en Afrique est la même en ce qui concerne l'effectivité du droit moderne. L'inefficacité de

⁵⁹ J. DUBOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les états d'Afrique francophone », n° spécial, La justice en Afrique, 1990, p. 11.

⁶⁰ J. VANDERLINDEN, « Les droits Africains entre positivisme et pluralisme », Bulletin des séances de l'académie royale des sciences d'outre mer, 46 (2000), pp. 279-292, sur <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli3.html>.

⁶¹ J. COMMAILLE, « Effectivité », Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis ALLAN et Stéphane RIALS, Paris, Lamy, P.U.F., 2003, p. 583.

⁶² J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », l'année sociologique, LVII, 1958, pp. 3-17.

⁶³ R. SABATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », problème des lacunes en droit, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 534.

l'institution judiciaire rejaillit inexorablement sur les textes et les normes que cette institution utilise pour fonctionner et remplir son office. Ainsi, le droit légiféré est dans son ensemble presque ineffectif. Cette ineffectivité a naturellement plusieurs causes dont deux primordiales.

En premier lieu, c'est la sinécure même du droit légiféré qui est mise en cause. En effet, les nouvelles législations prévues afin d'impulser un élan de développement ont, en réalité, été à l'encontre des us et coutumes traditionnels, aboutissant ainsi à une rupture inévitable entre les réalités sociales et les législations nouvelles.

La seconde cause d'ineffectivité consiste à ce qu'en Afrique, même actuellement, il est très difficile de parler d'Etats nations. En effet, la plupart des pays en Afrique sont constitués de plusieurs organisations sociales hétérogènes et autonomes. L'avènement des Etats indépendants n'a pas été correctement mené, en ce sens qu'au lieu de rassembler les organisations de sociétés dans un Etat auquel elles répondent comme sujets de droit, c'est le résultat contraire qui a été obtenu. Tandis que dans d'autres contrées, le droit étatique a comme destinataires des sujets divisés qui ne sont enracinés nulle part, tel n'est pas le cas en Afrique. En d'autres termes, la puissance publique en Afrique, et la protection qu'elle donne aux populations, peut être perçue comme non nécessaire parce que les rapports sociaux sont noués entre des personnes qui ne se perçoivent pas uniquement comme des sujets de droit⁶⁴.

Cette situation donne l'idée que le droit en Afrique obéit à des impératifs de justice privée. Selon cette conception, on pourrait le rapprocher de l'arbitrage. Certains auteurs comme Pierre MEYER vont dans ce sens en affirmant que « si l'on définit l'arbitrage de manière purement négative⁶⁵, la notion d'arbitrage se confond alors avec celle de justice parallèle ou de justice informelle »⁶⁶. Dans ce cas, il faut également admettre que l'arbitrage s'identifie à la conciliation, car la pratique informelle de la justice recouvre le plus souvent en Afrique la recherche de solutions de conciliation et, d'une manière plus générale, des modes non juridictionnels de règlement des litiges⁶⁷. On retrouve ici encore la difficulté d'appréhender avec précision le concept d'arbitrage.

⁶⁴ La connaissance mutuelle, les relations de parenté ou de pseudo-parenté impriment assez souvent à un rapport social, par exemple contractuel, un caractère non étatique juridique qui exclut le recours au droit étatique. Tout se passe comme si le droit étatique requérait, pour trouver à s'appliquer, un anonymat que l'encadrement social des sujets de droit exclut dans la plupart des cas.

⁶⁵ C'est-à-dire comme le recours à une autre justice que la justice étatique.

⁶⁶ P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 11.

⁶⁷ Sur la place que ces procédures pourraient prendre comme modalités d'une justice alternative, F. OUEDRAGO, « L'accessibilité de la justice au Burkina. Lavoie parajudiciaire », *Rev. Burk. Dr.*, pp. 7 et s.

A la lumière de ce que nous venons de voir, pas moins de deux incongruités majeures peuvent être identifiées dans la perception de la notion d'arbitrage. Ces ambiguïtés portent d'abord sur le champ d'action et les modalités de traitement des rapports litigieux par l'arbitre. La première nous amène à nous interroger sur le champ d'application du concept d'arbitrage. En d'autres termes, doit-il être réservé aux seules situations litigieuses ? Cette question débouche inéluctablement sur une autre relative à la mission exacte de l'arbitre. D'autres interrogations posées par la seconde incongruité sont à noter : l'arbitrage peut-il désigner n'importe quel traitement d'une relation ou, au contraire, s'identifie-t-il à un mode spécifique de régulation d'une relation juridique ? En tous les cas, toutes ces questions laissent entrevoir qu'il existe plusieurs modes de régulation des relations juridiques, en dehors de l'arbitrage, que nous allons à présent étudier.

Section II : L'arbitrage et les autres modes de régulation des relations juridiques

Un mode de régulation désigne l'origine et la nature d'une norme sociale. En nous référant aux types de lien social, nous pouvons ainsi distinguer trois grands modes de régulation : les modes de régulations communautaires, c'est-à-dire les mœurs et coutumes politiques, les lois économiques, c'est-à-dire le marché⁶⁸ et enfin le contrat. Il en existe toutefois bien d'autres.

Nous nous intéresserons le plus souvent pour cette étude aux relations juridiques qui ont une connotation contractuelle. Même si la plupart des modalités qui nous intéressent ne concernent exclusivement que les relations contractuelles, rien ne proscrie toutefois certaines relations qui ne seraient pas de nature contractuelle. Dans le cadre de cette partie, nous nous attèlerons à décrire certaines de ces relations juridiques contractuelles. Pour cela, nous verrons dans un premier temps, l'étude de la perfection d'un contrat (Paragraphe I) ensuite celle de l'expertise (Paragraphe II) et pour finir l'étude des diverses modalités de règlement amiable (Paragraphe III).

⁶⁸ Notamment en ce qui concerne les prix.

Paragraphe I : La perfection d'un contrat

La perfection d'un contrat constitue un mode d'intervention d'un tiers dans un contrat. Pour autant elle est totalement différente de l'arbitrage en ce sens que l'intervention du tiers n'est possible que pour compléter ou modifier le contrat. En effet, la perfection d'un contrat désigne des situations dans lesquelles un tiers intervient, soit pour finaliser un contrat non encore complet, soit pour adapter un contrat déjà conclu.

Ces situations interrogent la qualité du tiers. Bien qu'un rapport contractuel soit censé se former par un consentement mutuel, obtenu directement par les parties elles-mêmes, il est également possible que les parties mandatent un tiers afin de régler pour elles quelques modalités du contrat qu'elles envisagent de contracter. C'est là une première hypothèse de perfection du contrat par un tiers⁶⁹. Une seconde hypothèse consiste davantage à adapter et compléter une relation juridique qu'elle ne parfait, stricto sensu, le contrat. Les parties, par le biais d'une clause contractuelle adéquate, sollicitent alors le concours d'un tiers pour adapter leur contrat aux modifications des circonstances intervenues par rapport à celles qui prévalaient lors de la conclusion de la convention⁷⁰.

L'efficacité d'un tel mécanisme sur le plan juridique est d'inciter les parties, quand tous les pré-requis de réalisation de la clause sont remplis, à recourir au service d'un tiers dans l'objectif d'aménager le contrat. Dans la nomenclature des termes juridiques, il n'est pas aisé de désigner la personne investie de la mission de tiers. Le tiers est ainsi désigné par diverses appellations. Il est tantôt qualifié d'« expert », tantôt de « médiateur », de « conciliateur » ou encore d'« arbitre ». Cela montre bien les difficultés de perception que l'on peut avoir en ce qui concerne la qualité au titre auquel ce tiers intervient.

Néanmoins, on peut distinguer au moins deux acceptions qui permettent d'identifier la qualité en laquelle le tiers officie. En premier lieu, il convient d'avoir à l'esprit que le tiers intervient indépendamment de tout différend. En effet, quand le tiers intervient dans le processus de formation du contrat, ce qui implique que son action intervient avant même la conclusion du contrat, on est en présence d'une intervention du tiers hors litige⁷¹. De même, le tiers intervient hors litige lorsqu'il est sollicité pour effectuer une adaptation d'une situation

⁶⁹ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 12.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ Il est clair que dans cette hypothèse, aucune partie ne peut prétendre à un droit constitutif d'une obligation à la charge de l'autre partie, de sorte qu'il ne peut, en toute logique, exister de conflit.

contractuelle déjà existante. Dans cette situation, il peut y avoir un litige qui porterait sur les modalités d'application de la clause de coercition à l'adaptation et non sur l'adaptation elle-même. Dans ce cas, si une contestation est soulevée par l'une des parties à propos de la procédure d'adaptation, il peut y avoir un différend qui peut être soumis à un tribunal arbitral ou étatique⁷².

En plus de cette hypothèse permettant de cerner la qualité de tiers, on peut également citer l'hypothèse selon laquelle la nature juridique de l'acte que pose le tiers permettra de clarifier cette qualité. Dans ce cas, la mission du tiers, à savoir celle d'adapter le contrat, doit s'apprécier en une série d'avenants contractuels qui s'emboîtent au contrat original, le tout soumis au principe de la convention loi. On peut donc dire que c'est une qualification contractuelle et non juridictionnelle qui doit être retenue pour l'acte produit par le tiers⁷³. De cause à effet, la qualité de la nature de l'action du tiers est assujettie à l'idée que l'on se fait de l'arbitrage.

Si l'arbitrage ne doit pas être confondu avec le mécanisme de la perfection du contrat, il doit également être distingué de l'expertise.

Paragraphe II : L'expertise

Littéralement, l'expertise est un dispositif de conseil, d'appui ou d'aide à la décision, par la recherche de faits, d'indices techniques ou scientifiques, dans des affaires où le juge, l'arbitre ou encore le médiateur, est confronté à des questions hors de sa portée directe. L'expertise suppose la conjonction de trois éléments essentiels : une mission diligentée, la réalisation de celle-ci et pour finir la réalisation d'un rapport. Par ailleurs, l'avis d'un expert peut être demandé en la forme d'une consultation. C'est évidemment une autre modalité de régulation des rapports juridiques. L'expertise reste indissociable de l'expert, un homme réputé, apte à mener la mission d'expertise à son terme et qui donnera un avis permettant de nourrir adéquatement la décision. Elle peut être confiée conjointement à plusieurs experts⁷⁴.

L'expertise peut avoir plusieurs déterminations. Tout d'abord, elle peut consister en une seule constatation technique pour laquelle l'expert n'a pas été investi du rôle de régler un

⁷² P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 13.

⁷³ C'était ainsi que le Règlement d'arbitrage de la C.C.I. de 1978 relatif à l'adaptation des contrats, nommait cette situation (Pub. C.C.I. n°326, 1978). Ce Règlement est abrogé depuis 1994 et remplacé aujourd'hui par un autre plus adapté aux réalités arbitrales actuelles.

⁷⁴ Dans ce cas on est en présence d'un collège d'experts.

différend. Il ne joue donc pas, dans ce type d'expertise, de rôle juridique. Il n'intervient que pour informer et aiguiller les parties indépendamment de tout conflit. La tâche de l'expert est alors purement technique et permet surtout d'éviter la survenance d'un litige. Cependant, il faut constater que ces cas sont rares. En effet, l'intervention d'un expert est souvent liée à la survenance d'un litige entre les parties⁷⁵. Toutefois, même dans ce dernier cas, son intervention reste purement technique en ce sens que son intervention permet seulement d'éclairer la position du décideur qu'il soit juge ou arbitre⁷⁶.

Néanmoins quelques fois, les parties peuvent librement décider de confier à l'expert une tâche à caractère juridique. Dans ce cas, l'expert se voit investi de la mission de situer les responsabilités de chacun et d'en tirer les conséquences⁷⁷. Dans cette hypothèse, en considérant le caractère obligatoire ou non obligatoire de l'avis rendu par l'expert, on peut en déduire qu'il s'agit d'une décision à caractère juridique ou non. Dans tous les cas, son intervention aura permis de trancher une situation conflictuelle.

Si l'arbitrage et l'expertise diffèrent, force est de constater que l'arbitrage se distingue également d'autres modalités de règlement amiable des conflits.

Paragraphe III : Les diverses modalités de règlement amiable

Le point commun entre tous les moyens de règlement amiable des litiges est le fait que les parties au litige y sont souveraines. En outre leur importance tient à ce que les décisions rendues sont acceptées a priori par les parties. Au moins quatre mécanismes de règlement amiable des parties répondent à cette définition : la médiation (A), la conciliation (B), la transaction (C) et le mini-trial (D).

⁷⁵ Par exemple, dans un litige intervenu consécutivement à un défaut de conformité d'installation d'une usine par rapport à une garantie de fonctionnement, la mission de l'expert consistera à déterminer les conséquences techniques de la défaillance.

⁷⁶ Ici, l'expert ne prend aucune décision à caractère juridique. Il n'a donc aucun caractère juridique, c'est-à-dire qu'il ne lui revient pas de tirer les conséquences juridiques au plan des responsabilités, des constatations techniques auxquelles il procède.

⁷⁷ Par exemple, après ces constatations, l'expert peut prendre la décision d'astreindre selon les modalités du règlement d'expertise de la C.C.I., la partie défaillante à la réparation d'un préjudice technique. Dans ce cas, on est en présence d'une décision à caractère juridique.

A : La médiation

En latin, le médiateur est un intercesseur, un entremetteur⁷⁸. Le mot latin médiateur est lui-même dérivé de médius, médiateur, formé sur la racine med qui, selon ERNOUX et MEILLET, se trouve d'un bout à l'autre du domaine indo-européen, au sens de « penser, réfléchir »⁷⁹. Le mot « médiation », après avoir eu en ancien français le sens de « division », prend au XVI^{ème} siècle, sa valeur moderne d'« entremise destinée à concilier ».

La médiation s'entend ainsi de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différend, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige⁸⁰.

Avec une telle définition, la médiation juridicisée inclut des formes variées de règlement amiable pas nécessairement prévues par les textes officiels : la médiation judiciaire ou conventionnelle, voire des systèmes de médiation dépendant de services publics ou privés, et dans certains cas, l'intervention de conciliateur de justice. Selon la catégorisation anglo-saxonne, la médiation fait partie des modes alternatifs de résolution des conflits. Parfois assimilée à une procédure lorsqu'elle est prévue par des textes législatifs, elle est néanmoins unanimement considérée comme devant respecter un processus spécifique d'accompagnement.

Selon la définition de la C.P.M.N.⁸¹, elle implique l'intervention d'un tiers neutre, impartial et indépendant, le médiateur, lequel est un intermédiaire dans les relations. Avec la définition et les techniques de la médiation, la médiation des conflits instrumente la qualité relationnelle et de communication. Selon ce syndicat des médiateurs, la médiation est le seul moyen assisté par un tiers qui promeut la liberté de décision des protagonistes d'un conflit. Tandis que des pratiques de la médiation institutionnelle consistent dans la prise en charge de différends, sous forme de traitement d'un dossier, les professionnels tendent à mettre en évidence que la médiation est le seul processus de règlement des différends à avoir pour conséquence de laisser les parties seules décisionnaires de l'accord résultant de leur

⁷⁸ Dictionnaire universel Français et latin, vol. 6, Delaune, 1743, p. 295.

⁷⁹ A. ERNOUX et A. MEILLET, « Dictionnaire étymologique de la langue latine », Klincksieck, 1967, p. 392

⁸⁰ Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE, du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale NOR: JUSC1117339R.

⁸¹ Chambre Professionnelle de la Médiation et de la Négociation.

discussion animée par le médiateur. Elle consiste ainsi à étendre l'exercice de la liberté contractuelle et relationnelle au-delà même des conflits.

En France, la médiation conventionnelle est un mode de règlement amiable des différends relativement récent. La médiation conventionnelle a en effet fait son apparition en France au début des années 1980, tout d'abord dans les associations spontanées de soutien de la parentalité. Dans la démarche de médiation dite conventionnelle, la médiation est librement et spontanément choisie par les parties qui effectuent elles-mêmes le choix du tiers médiateur. La médiation judiciaire a quant à elle été instaurée en France par la loi du 8 février 1995⁸² et le décret du 22 juillet 1996⁸³, codifiés aux articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile⁸⁴. Cette forme de médiation s'inscrit dans le cours d'une procédure judiciaire. Elle est ordonnée par le juge, sous réserve de l'acceptation des parties. Puis le juge désigne et mandate le médiateur. Il convient d'observer que le juge est en position de forte incitation⁸⁵. Dans le cas d'acceptation en cours de procédure, le juge rend une ordonnance de médiation. La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur. L'accord de médiation, une fois homologué par le juge, a valeur de jugement.

Contrairement à l'arbitrage, le tiers intervenant dans la médiation, dénommé le médiateur, formule des propositions qui doivent être revêtues de l'assentiment des parties pour mettre fin à leur litige. On est donc là en présence d'un mode de règlement des conflits par le rapprochement des parties. La Cour de cassation française a ainsi jugé que « la médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de la conciliation »⁸⁶.

⁸² Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, NOR: JUSX9400050L, J.O.R.F. n°34 du 9 février 1995 p. 2175.

⁸³ Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, NOR : JUSC9620585D, J.O.R.F., n°170 du 23 juillet 1996, p. 11125.

⁸⁴ En Suisse, la médiation judiciaire a été introduite par les Codes de procédure unifiés entrés en vigueur au début 2011.

⁸⁵ Ici, le juge est en position de pouvoir forcer l'acceptation de la médiation par les parties.

⁸⁶ Cass, civ. , 2°, 16 juin 1993, Bruère c /Caisse régionale des garanties, 1993 cité par Alexis MOURRE dans « La médiation en droit français : quelques points de repères jurisprudentiels et législatifs », Supplément spécial du bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I., 2001, p. 68, note 9.

B : La conciliation

La conciliation est un mode de règlement des conflits dont la procédure vise à un rapprochement des parties divisées par un conflit avant l'intervention d'une décision contraignante. Elle peut être aménagée par un accord d'entreprise ou par une convention collective, sinon elle est de nature législative ou réglementaire.

Il existe des différences sensibles entre la conciliation et la médiation. Une première différence réside dans le fait que le conciliateur est un citoyen bénévole alors que la médiation est une activité rémunérée, le médiateur étant un professionnel de cette procédure. Ensuite, la conciliation peut être menée directement entre les parties ou être suscitée par un tiers conciliateur. La conciliation est souvent confondue avec la médiation, mais une véritable distinction entre ces deux modes de règlement des litiges réside dans le fait qu'elle peut être suscitée par un tiers conciliateur⁸⁷. C'est précisément ce rôle du tiers qui est parfois utilisé comme facteur de distinction entre la conciliation et la médiation, distinction qui est d'ailleurs contestée par certains.

A l'issue de la conciliation, un procès-verbal est dressé constatant l'accord ou le désaccord, partiel ou total, des deux parties.

Il existe également des différences entre la conciliation et l'arbitrage, même si en pratique des confusions entre ces deux procédures sont assez fréquentes, notamment en présence de procédures arbitrales dans lesquelles les arbitres statuent en amiable composition. Ces différences sont essentiellement de l'ordre des effets de chacun de ces modes de règlement des conflits. A la différence de la sentence arbitrale, le procès-verbal de conciliation n'est pas une décision juridictionnelle et ne lie donc pas les parties. Ainsi la solution proposée par le conciliateur doit être acceptée par les parties, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans le cadre de l'arbitrage.

Des différences sont également à mettre en exergue entre l'arbitrage et la transaction.

⁸⁷ Certains auteurs réservent le terme de conciliation aux seuls arrangements amiables qui sont l'œuvre des parties, à l'exclusion de toute intervention d'un tiers. par exemple, J. VINCENT et al., *La justice et ses institutions*, Paris, Dalloz, p. 32.

C : La transaction

En droit civil français, le terme « transaction » a un sens étroit. Il désigne la convention, conclue sous seing privé ou par acte authentique, par laquelle chacune des parties décide d'abandonner tout ou partie de ses prétentions pour mettre fin au différend qui les oppose l'une à l'autre.

La transaction est ainsi une convention comportant des concessions réciproques des parties et stipulant des engagements réciproques interdépendants⁸⁸, ayant entre elles l'autorité de la chose jugée. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de concessions réciproques dont la présence implique que les accords des parties soient qualifiés de transaction⁸⁹. Cependant, la transaction ne peut pas intervenir en toute matière. Pour ne prendre que cet exemple, compte tenu des dispositions particulières du droit du travail, une transaction ne peut pas avoir pour objet de mettre fin à un contrat de travail⁹⁰. La transaction est ainsi un processus de règlement amiable aboutissant à un contrat qui met fin à la contestation ou empêche celle-ci de se développer dans un procès par abandon réciproque de droits. Les droits, objets de la transaction, doivent être litigieux mais il n'est pas nécessaire qu'un procès ait été engagé. Le qualificatif litigieux a donc ici un sens matériel et non pas procédural.

Il est vrai, comme nous l'avons dit plus haut, que la transaction que le Code civil français définit comme étant « un contrat au terme duquel deux parties conviennent de mettre fin à un litige né ou à naître, amiablement, chacune d'elle consentant à des concessions réciproques »⁹¹ permet de régler un litige grâce à la décision transactionnelle qui a, comme la sentence arbitrale, l'autorité de la chose jugée entre les parties. Pour autant, transaction et arbitrage sont à distinguer car la transaction peut intervenir sans l'intervention d'un tiers et surtout, car il est généralement admis dans les systèmes de droit francophone que le pouvoir de transiger ne comporte pas celui de compromettre⁹². En effet, la transaction s'obtient au moyen de concessions réciproques des parties, qui abandonnent chacune une parcelle de ses

⁸⁸ Art. 2052 du Code civil français.

⁸⁹ Cass. Civ., 3e Civ., 28 novembre 2007.

⁹⁰ Déc. Ch. Soc. Du 5 décembre 2012, pourvoi n°11-15471, B.I.C.C. n°780 du 15 avril 2013 et Legifrance.

⁹¹ Art. 2044 du Code civil.

⁹² Art. 1989 du Code civil.

prétentions, tandis que la sentence arbitrale constitue généralement la consécration d'une des prétentions après vérification par le tribunal arbitral⁹³.

Le mini-trial est le dernier mode de règlement amiable des conflits que nous proposons de distinguer de l'arbitrage dans le cadre de cette étude.

D : Le mini-trial

Le mini-trial est une procédure simulée, que l'on peut assimiler à un « mini-jugement ». Cette forme de règlement amiable des différends se déroule en deux étapes essentielles.

Dans une première phase, qui peut être qualifiée d'étape procédurale, les avocats et les représentants ou conseils des parties font un échange de procédés, de pièces et de mémoires avant de plaider en présence des parties, ou encore procèdent à l'arrêt de toute la procédure pour que les représentants des parties négocient en vue d'aboutir à un règlement amiable. De ce fait, les parties auront chacune été bien informée sur les tenants et les aboutissants du différend qui les oppose. Il s'agit là d'une conciliation qui est élaborée par une procédure simulée dans le but d'informer les parties sur le conflit et sur leurs droits respectifs.

Au contraire de la première phase qui s'apparente à une instance judiciaire, la deuxième phase est quant à elle un processus transactionnel. Dans cette phase, c'est aux représentants des parties que revient la tâche de négocier en vue d'aboutir à un règlement amiable.

Le mini-trial est donc une procédure qui œuvre à réunir les avantages du droit lors de la phase procédurale, et de la solution négociée lors des discussions susceptibles d'aboutir à un accord transactionnel.

Nous avons pu voir tout au long de cette étude que les différents modes de régulation des relations juridiques suscitent des questions relatives à la distinction entre ces modes et l'arbitrage. Pourtant des critères distinctifs permettent d'identifier l'arbitrage et lui confèrent sa spécificité.

⁹³ Dion.19 mai 1954, Gaz. pal.1954.2.120-D. 1955, somm., et Cass. Civ 1^o,17 janv. 1961, Bull Civ., n^o43, p. 35.

Section III : Critères distinctifs entre l'arbitrage et les autres modes de régulation des relations juridiques

Ainsi que nous avons déjà pu le relever, il n'est pas toujours aisé de cerner avec précision la notion d'arbitrage. Cela n'empêche pas d'essayer de la distinguer des autres modes de règlement amiable des litiges.

La loi malgache du 11 novembre 1998 sur l'arbitrage définit par exemple l'arbitrage comme « un procédé privé de règlement de certaines catégories de litiges par un ou plusieurs arbitres auxquels les parties confient la mission de juger, en vertu d'une convention d'arbitrage qui revêt la forme d'une clause compromissoire ou celle d'un compromis »⁹⁴. L'arbitrage est donc défini par la loi malgache comme étant le jugement d'une observation par des particuliers choisis en général par d'autres particuliers au moyen d'une convention⁹⁵.

On peut donc dire que l'acte d'arbitrage est celui par lequel les parties donnent pouvoir à un ou plusieurs arbitres de trancher leur différend. Une expertise ou une simple consultation ne constituent dès lors pas un arbitrage. Sur ce point, le juge apprécie souverainement l'intention des parties. Si la mission confiée à une commission de tiers experts a exclusivement un caractère factuel et technique et si les tiers experts ne tirent aucune conséquence juridique de leur décision, il convient d'en déduire que l'acte qui résulte de cette consultation n'a pas le caractère d'une sentence arbitrale⁹⁶. Dans ce sens, Charles JARROSSON élabore l'arbitrage comme une institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci⁹⁷.

A la lumière de ces définitions, on peut en déduire que l'arbitrage a un caractère à la fois contractuel et juridictionnel. Le caractère juridictionnel se matérialise par une sentence par laquelle l'arbitre tranche le litige⁹⁸, alors que le caractère contractuel tient au fait que l'institution est une justice privée qui tire sa force de la volonté des parties.

⁹⁴ Art. 439 de la loi Malgache de 1998 ; Revu. Fr. Arb., n°2, p. 397.

⁹⁵ H. MOTULSKY., « Ecrits. Etudes et notes sur l'arbitrage », Dalloz, 1974, p. 5.

⁹⁶ Cass, 1^{ère} chambre civile, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-16943, B.I.C.C. n°740 du 15 avril 2011 et Legifrance.

⁹⁷ C. JARROSSON, « La notion d'arbitrage », B.U. de Droit Privé, L.G.D.J., 1987, n°785.

⁹⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », Paris Litec, 1996, p. 35.

La doctrine a établi un certain nombre de critères qui facilitent la distinction de l'arbitrage des autres modalités de régulation des relations juridiques. Ces critères sont au nombre de trois. Le premier est lié au litige (Paragraphe I). Le second porte sur les modalités de traitement du litige (Paragraphe II). Le dernier, corollaire du précédent, porte sur la nature de l'acte posé par l'arbitre (Paragraphe III).

Paragraphe I : Le critère du litige, premier élément de distinction

Le critère de distinction primordial entre l'arbitrage et les autres modes de règlement amiable des litiges est selon que la procédure vise ou non à épurer un litige. Le critère est ainsi centré sur le litige⁹⁹. Ce critère est spécialement utilisé pour distinguer l'arbitrage des différentes modalités de perfection d'un contrat et de certaines formes d'expertise. Le corollaire est le fait qu'une personne étrangère au litige a été missionnée pour régler celui-ci. A l'inverse, si un juge s'en était chargé, cela influencerait la qualification d'arbitrage qui ne pourrait pas être retenue.

La difficulté réside dans le fait que la notion de litige n'est pas du tout évidente à cerner. Certes, on peut définir le litige comme l'existence d'une contestation entre des prétentions fondées sur un droit. En d'autres termes, il s'agit d'un conflit quant à l'effectivité ou à la portée d'un droit. Même dans ce cas, l'application de cette définition peut donner lieu à nombre d'incertitudes. Par exemple en droit français, la jurisprudence, divisée quant à l'existence d'un litige s'agissant des opérations d'évaluation des biens d'une succession effectuées par un tiers arbitre¹⁰⁰ ? Ou expert¹⁰¹?, atteste de cette difficulté¹⁰².

La difficile appréciation du critère du litige nous montre que ce critère n'est certainement pas, à lui seul, suffisant pour distinguer l'arbitrage des autres modes de règlement amiable des conflits et qu'il faut donc lui en adjoindre d'autres.

⁹⁹ A. KASSIS, « Problèmes de base de l'arbitrage », Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 112 et s.

¹⁰⁰ Dans le sens d'une qualification litigieuse, Cass. (Fr.), 7 novembre 1974, *Revue Arb.*, 1975, p. 302, Note Loquin.

¹⁰¹ Dans le sens du refus d'une qualification litigieuse, Cass. (Fr.), 26 octobre 1976, *Revue Fr. Arb.*, 1977, pp. 336 et s.

¹⁰² P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 19.

Paragraphe II : Les modalités de traitement du litige, second critère de distinction

Le critère des modalités de traitement du litige est un critère qui a pour objectif de parfaire celui du litige. Pour y parvenir, il procède à une distinction entre les différentes procédures pour régler un conflit.

Il s'agit ici de pouvoir déterminer la nature de l'acte du tiers. Ainsi par exemple, dans l'hypothèse où la tâche du tiers consiste à suggérer un règlement accepté par toutes les parties, il ne statue pas. Nous sommes alors en présence d'un processus de règlement amiable. Par contre, si les parties investissent un tiers d'un pouvoir juridictionnel, lui permettant de trancher un litige les opposant, dans ce cas nous sommes sur le terrain de l'arbitrage. Nous voyons ainsi les différences de procédure que cette notion peut revêtir par rapport aux prérogatives concédées au tiers dans les autres modes de règlement amiable. En outre, l'existence d'un certain pouvoir juridictionnel donne à l'arbitrage un cachet assez formaliste, contrairement à la nature procédurale des modes de règlement à l'amiable, bien que dans la pratique actuelle du droit international du commerce, le formalisme procédural des modes de règlement amiable¹⁰³ paraît renforcé.

Malgré ces deux critères du litige et des modalités de son traitement, la distinction n'est pas toujours facile à faire entre la notion d'arbitrage et les autres modes de règlement amiable. En effet, la nature transactionnelle, en d'autres termes l'élaboration d'une solution consentie par les parties, est fréquente dans beaucoup de procédures d'arbitrage. Les « sentences d'accord parties » présentes dans presque tous les règlements d'arbitrage¹⁰⁴ témoignent des relations étroites qui peuvent exister entre l'arbitrage, procédé juridictionnel, et le règlement amiable suscité par un tiers. Dans ce sens, le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dispose que « si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander à l'arbitre que cet accord soit constaté « en forme d'une sentence rendue d'accord parties » »¹⁰⁵. Nous constatons ici que l'arbitre observe un règlement amiable que lui-même a pu initier, alors que la qualification d'arbitrage et de sentence arbitrale à l'acte qu'il pose ne paraît pas être remise en cause.

¹⁰³ P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁴ Art. 20 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. par exemple.

¹⁰⁵ Aussi les articles 17 et 34 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I.

Les deux critères ci-dessus combinés étaient censés permettre une bonne distinction entre l'arbitrage et les autres modes de règlement des conflits. Toutefois, des difficultés persistent. En toute logique, un troisième critère, qui est une résultante du précédent, s'attache à la nature de l'acte posé par le tiers choisi par les parties pour résoudre leur différend.

Paragraphe III : La nature de l'acte, ultime critère de différenciation

Ce critère est la conséquence du précédent. Il a trait à la nature de l'action du tiers quant au règlement du conflit qui lui a été soumis par les parties.

Dans l'hypothèse où l'action du tiers n'est pas une décision juridictionnelle mais un simple avis qui n'engage pas les parties, on est alors en présence d'une procédure de conciliation ou de médiation. Au contraire, dans le cas où l'action du tiers s'applique aux parties en tant qu'un véritable jugement revêtu de l'exécution forcée, à l'issue d'une procédure d'exequatur, alors sans aucun doute, c'est une procédure arbitrale.

Cette distinction qui s'appuie sur l'autorité de la chose jugée n'est pas entièrement admise car certains jugements dépourvus de l'autorité de la chose jugée peuvent avoir un caractère obligatoire du fait de l'acceptation par les parties, dans leur convention, de rendre la future décision obligatoire. Ainsi pour marquer la différence, certains auteurs ont plutôt suggéré de qualifier les résolutions contractuelles, et non juridictionnelles des conflits par un tiers, d'arbitrages contractuels par rapport aux arbitrages juridictionnels¹⁰⁶. Le concept d'arbitrage serait ainsi un concept se dédoublant selon les techniques utilisées. Ainsi, selon ce principe, l'arbitrage juridictionnel relève de la procédure civile, tandis que l'arbitrage issu du droit des contrats serait un arbitrage contractuel.

A l'étude des critères de distinction de l'arbitrage des autres modes de régulation juridique, une constatation majeure s'impose à nous. Des difficultés de distinction entachent tous les critères proposés. Ces difficultés, liées aux imprécisions, ne font que refléter les différentes fonctions et les différentes formes que revêt la justice. Les difficultés à préciser la notion d'acte juridictionnel en sont une illustration évidente. Il est donc inévitable que des divergences se manifestent entre les systèmes juridiques quant à la qualification des institutions de solution des litiges imaginées par la pratique.

¹⁰⁶ B. OPPETIT, « le droit de des relations économiques internationales », Etudes Offertes à B. GOLDMAN, Paris, Litec, 1982, spec. p. 239.

Il importe maintenant d'examiner comment le droit créé au sein de l'Ohada appréhende pour sa part le concept d'arbitrage.

Section IV : L'arbitrage dans l'espace Ohada

L'ensemble des textes de l'Ohada ne donne aucune définition à l'arbitrage, ce qui est également le cas de la C.C.J.A. et de son Règlement d'arbitrage. Ceci n'est guère étonnant puisqu'en droit comparé l'absence de définition est très fréquente dans les législations portant sur l'arbitrage.

L'absence de définition de l'arbitrage ne fait toutefois pas obstacle à une certaine conception de l'arbitrage dans les textes de l'Ohada. Dans cette perspective, nous étudierons les tentatives du législateur africain de conceptualiser l'arbitrage Ohada au travers de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage. Au sein de ce texte, on observe que la notion d'arbitrage comporte tout à la fois un caractère contractuel (Paragraphe I) et un caractère juridictionnel (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le caractère d'ordre contractuel de l'arbitrage

Le caractère contractuel de l'arbitrage se manifeste d'abord dans le fondement du pouvoir de juger reconnu aux arbitres, ensuite dans la liberté reconnue aux parties dans le déroulement de l'arbitrage.

Le caractère contractuel de l'arbitrage signifie d'abord que la justice des arbitres repose sur la volonté des parties. Le fondement conventionnel du pouvoir de juger des arbitres est affirmé principalement par les dispositions relatives à la convention d'arbitrage. Bien que l'Acte Uniforme ne le mentionne pas expressément, l'arbitrage suppose au départ une convention qui exprime la volonté des parties de recourir à cette forme de justice privée. Le Traité et le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. sont tout à fait explicites sur le fondement conventionnel de la justice arbitrale, puisqu'ils fondent la procédure d'arbitrage, organisée au sein de la C.C.J.A., sur une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage. Ainsi, l'article 2.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. précise que les litiges à soumettre à l'arbitrage de la C.C.J.A. : « [...] doivent être de caractère contractuel [...] ». De même, l'article 21 du Traité Ohada le démontre par ces termes : « en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat [...] peut soumettre

un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre [...] »¹⁰⁷. L'arbitrage de la C.C.J.A. fonde donc la procédure d'arbitrage sur la clause compromissoire ou sur un compromis d'arbitrage. Cela renforce la liberté des parties dans la procédure d'arbitrage puisque si l'une des parties ne veut pas aller vers un arbitrage, celui-ci ne peut en aucun cas avoir lieu. La volonté des parties est ainsi l'un des éléments essentiels pour qu'il y ait un arbitrage¹⁰⁸.

La liberté des parties se retrouve à l'article 14 de l'Acte Uniforme qui dispose que « les parties peuvent, directement ou par référence à un Règlement d'arbitrage, régler la procédure ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix ». Cet article met en exergue l'exaltation de l'autonomie des volontés qui sied aux contrats. La nature contractuelle des différends soumis à l'arbitrage est aussi démontrée à travers les dispositions de l'Acte Uniforme et du Règlement d'arbitrage qui « font des règles de droit choisies par les parties, le principe de solution à appliquer par les arbitres lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable au fond du litige »¹⁰⁹.

Selon Pierre MEYER, il n'est cependant pas sûr que l'autonomie de la volonté, ainsi affirmée, traduise fondamentalement une conception conventionnelle de l'arbitrage. Elle ne peut être que l'expression d'une règle de droit international privé particulièrement bien adaptée à la matière des contrats.

Quoi qu'il en soit, à côté de la nature conventionnelle de l'arbitrage, il existe un autre caractère tout aussi essentiel, à savoir le caractère d'ordre juridictionnel.

Paragraphe II : Le caractère d'ordre juridictionnel de l'arbitrage

La nature juridictionnelle de l'arbitrage est logiquement liée aux critères de l'acte juridictionnel. Or, ceux-ci sont divers, s'attachant tantôt aux effets de l'acte, tantôt à son objet, tantôt à son processus particulier d'élaboration.

L'acte juridictionnel peut être défini par rapport à la qualité qui s'y rattache. En ce sens, est juridictionnel un acte revêtu de l'autorité de la chose jugée. La composante juridictionnelle de l'arbitrage est ainsi attestée par le fait que les arbitres posent un acte

¹⁰⁷ Titre IV relatif à l'arbitrage.

¹⁰⁸ Art. 9 du Règlement d'arbitrage.

¹⁰⁹ Art. 15 de l'A.U. /D.A. et 17 du Règlement d'arbitrage.

juridictionnel. Le législateur, en conférant l'autorité de la chose jugée à un acte, lui confère dès lors un caractère juridictionnel. Ainsi, on peut affirmer sans aucun doute que l'arbitrage dans le droit Ohada a effectivement un caractère juridictionnel puisque « la sentence a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche »¹¹⁰.

D'autres conséquences sont liées aux critères de l'acte juridictionnel. C'est le cas de son objet. En effet la sentence arbitrale, tout comme le jugement, tranche un différend c'est-à-dire qu'elle résout un différend apporté par les parties, en vidant le litige.

On peut dégager un dernier critère lié à la procédure. Dans cette perspective, la sentence arbitrale ne peut être rendue qu'au terme d'une procédure qui doit fournir des garanties à ses destinataires. Sur ce point, la législation uniforme de l'Ohada est très claire en disposant que « les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toutes les possibilités de faire valoir ses droits »¹¹¹.

Lorsque les juristes utilisent le terme « arbitrage », ils lui confèrent généralement une signification juridictionnelle. Plus précisément, contractuel par l'origine des pouvoirs de l'arbitre, l'arbitrage est juridictionnel en raison de la mission confiée et de la sentence qui en résulte. La doctrine juridique en arrive ainsi à une qualification mixte, à la fois contractuelle et juridictionnelle, de l'institution¹¹². C'est bien ce type d'arbitrage qui est visé par la législation de l'Ohada. Il n'est cependant pas sûr que dans le langage courant, et par conséquent pour de nombreux sujets de droit, l'arbitrage ait une signification aussi précise. Un auteur se risque même à affirmer que « l'arbitrage est de tout temps pour le commun des mortels le mode de règlement des conflits par le recours à un tiers qui n'est pas un juge étatique »¹¹³. Le même auteur en conclut que, très fréquemment pour les parties, l'arbitre n'est pas un juge mais un tiers chargé de régler le litige en fournissant un avis qui s'impose aux parties en vertu de leur accord¹¹⁴.

Dans le même ordre d'idées, un autre auteur affirme qu'en cas de doute quant à la question de savoir si les parties ont recouru à un arbitrage juridictionnel ou contractuel, il faut

¹¹⁰ P. MEYER, « Ohada : le droit de l'arbitrage », *op.cit.*, p. 24.

¹¹¹ Art. 9 de l'A.U. /D.A.

¹¹² M. De BOISSESON, « le droit français de l'arbitrage interne et international », Paris, G.L.N. Joly, 1990, p. 5.

¹¹³ A. KASSIS, « Problèmes de base de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁴ *Idem.*

retenir l'arbitrage contractuel dont la caractéristique essentielle est que le tiers ne rend pas de décision juridictionnelle¹¹⁵. Ceci explique que les parties rédigent parfois des clauses qualifiées de pathologiques par les juristes dans la mesure où elles ne reflètent pas la vision juridictionnelle de l'arbitrage, fréquemment perçue comme la seule conception correcte en droit de l'arbitrage.

Le fait que le législateur Ohada prône l'arbitrage juridictionnel n'interdit évidemment pas de recourir à des modes contractuels de traitement des litiges. Le cadre normatif de ces types de règlement, plus informel dans le processus, ne relèvera cependant pas de la législation sur l'arbitrage mais du droit des obligations contractuelles.

¹¹⁵ G. ALPA, « La circulation des modes de résolution extrajudiciaire des conflits », *Revu. Int. Dr. Comp.* 1993, p. 772.

Chapitre II : Présentation des différents types d'arbitrage

Il existe plusieurs types d'arbitrage qui se distinguent selon leur organisation résultant de la volonté des parties. Ainsi, nous pouvons dégager deux formes d'arbitrage : l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel (Section I). D'autres types d'arbitrage se fondent sur le litige et sur les parties, ce qui permet de distinguer l'arbitrage civil de l'arbitrage commercial d'une part (Section II), et l'arbitrage interne et l'arbitrage international d'autre part (Section III).

Section I : Les arbitrages *ad hoc* et institutionnel

Les arbitrages *ad hoc* (Paragraphe 1) et institutionnel (Paragraphe 2) correspondent à des pratiques d'organisation de l'arbitrage susceptibles de coexister dans l'espace Ohada.

Paragraphe I : L'arbitrage *ad hoc*

L'arbitrage *ad hoc* est l'arbitrage qui se déroule en dehors de toute institution permanente d'arbitrage et qui est organisé par les parties elles-mêmes. En d'autres termes, l'ensemble de la procédure repose sur la collaboration arbitrale et les parties. Dans cette procédure, le tribunal arbitral n'a pas le moindre soutien d'une institution, il est en prise directe avec les parties. Bien que ses avantages soient parfaitement reconnus (B), l'arbitrage *ad hoc* comporte également des inconvénients que nous allons examiner (A).

A : Les inconvénients de l'arbitrage *ad hoc*

Il est indéniable que l'arbitrage *ad hoc* donne aux parties flexibilité et confort. Néanmoins, cela n'empêche pas qu'il existe plusieurs inconvénients dans la pratique de ce type d'arbitrage.

Le premier inconvénient vient de la complexité de la rédaction d'une convention d'arbitrage *ad hoc*. Les parties doivent s'accorder sur de nombreux éléments qui s'avèrent essentiels pour l'application future de la convention. Les parties doivent ainsi procéder à la

rédaction d'un règlement pour leur arbitrage alors qu'en cas d'arbitrage institutionnel un règlement d'arbitrage existe déjà. Il est d'autant plus difficile de s'entendre sur ces éléments qu'au moment de le rédiger, les parties sont déjà en situation de litige.

Un autre inconvénient de l'arbitrage *ad hoc*, qui peut être très handicapant pour les parties, réside dans les risques de blocage qu'entraîne tout désaccord entre les parties, par exemple, à propos de la désignation du troisième arbitre, de la loi applicable au fond du litige, des effets de la sentence, etc.

Enfin, un troisième inconvénient, qui n'est pas des moindres, est le risque de corruption qui pèse sur les arbitres dès lors que les enjeux du litige sont importants et qu'il n'y a aucune institution ou centre d'arbitrage pour les contrôler.

B : Les avantages de l'arbitrage *ad hoc*

L'arbitrage *ad hoc* se rapporte à celui qui relève de la seule initiative des parties sans recours à aucune institution d'arbitrage¹¹⁶. C'est ainsi une procédure d'arbitrage créée pour la circonstance par les parties. Ce type d'arbitrage laisse donc une totale autonomie et une totale liberté aux parties pour permettre à ces dernières d'adopter des procédures adaptées aux spécificités de leur litige. L'arbitrage *ad hoc* constitue un parfait gage de souplesse. Il permet de faire du « sur mesure »¹¹⁷. C'est donc un arbitrage qui offre l'avantage de la flexibilité.

A ces avantages s'en ajoutent d'autres, tout aussi principaux.

Nous pouvons citer en premier lieu le cout avantageux de l'arbitrage *ad hoc*. En effet, l'expérience pratique de ceux qui ont un nombre suffisant de points de comparaison, ainsi que les échos recueillis dans les milieux de praticiens au cours de multiples rencontres professionnelles, colloques ou conférences, ne permettent pas de douter que l'arbitrage *ad hoc* soit en général moins cher que l'arbitrage institutionnel. Cette constatation est du reste confirmée par la logique élémentaire : s'ajoutant aux prestations des arbitres eux-mêmes, la participation d'une institution d'arbitrage, qu'il s'agisse du seul prestige de son nom et de sa réputation ou de prestations effectives de son administration, doit très normalement être payée, soit par les parties, soit par prélèvement sur ce que celles-ci seraient disposées à remettre comme rémunération aux arbitres, soit des deux manières à la fois.

¹¹⁶ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », Paris, P.U.F. 2005, Voir « Arbitrage ».

¹¹⁷ Y. GUYON, « L'arbitrage », Economica, Droit Poche, 1995, p. 11.

Un autre avantage que nous pouvons étayer par des observations analogues est celui de la confidentialité, avantage auquel les parties à l'arbitrage sont très profondément attachées, à juste titre, dans la grande majorité des cas¹¹⁸. Comme le disait Jean de la Fontaine, « rien ne pèse tant qu'un secret » et il serait naïf d'imaginer qu'il puisse être conservé, en matière arbitrale, d'une manière tout à fait absolue ou beaucoup plus stricte que d'autres types de « secrets professionnels ». Il est inévitable que plus une institution est importante, plus grande est la probabilité d'entorses au principe de la confidentialité. Le risque ne peut que s'accroître s'il s'agit d'un organisme comprenant de nombreux membres, provenant de pays variés, aux traditions et coutumes diverses, et aux domiciles éloignés¹¹⁹. Parmi les anecdotes qu'ont coutume d'échanger les praticiens de l'arbitrage, on trouve ainsi plusieurs histoires de « fuites » qui auraient permis à une partie perdante, informée à temps par un « initié » du projet de sentence, de prendre avant toute notification les mesures propres à se prémunir contre une exécution¹²⁰. Les institutions sont certainement conscientes de ce risque potentiel, qui ne doit être ni surestimé ni ignoré. D'une façon générale, il apparaît donc que dans les cas où la discrétion est essentielle, car il s'agit d'intérêts politiques ou d'importants secrets d'affaires, la confidentialité est mieux assurée dans l'arbitrage *ad hoc*.

Malgré le constat des avantages manifestes de l'arbitrage *ad hoc*, sauf l'hypothèse où des facteurs spécifiques commandent le recours à l'arbitrage *ad hoc*, la règle générale reste de privilégier l'arbitrage institutionnel.

Paragraphe II : L'arbitrage institutionnel

Contrairement à l'arbitrage *ad hoc*, l'arbitrage institutionnel est un arbitrage dont les parties confient l'organisation à une institution permanente d'arbitrage, et qui se déroule conformément au règlement d'arbitrage élaboré par cette institution. Ces institutions sont le plus souvent internationales et sont permanentes et spécialisées. Les parties à un arbitrage s'en remettent donc à une institution d'arbitrage et se soumettent aux règles préétablies et consignées par celle-ci dans un règlement d'arbitrage. L'institution apporte à l'arbitrage un

¹¹⁸ Ce qui va sans aucun doute à l'encontre d'une petite tendance favorable, dans l'intérêt de la prévisibilité et de la diffusion des connaissances, à la publication des sentences, même sous forme d'extraits.

¹¹⁹ Dans la pratique des affaires, on sait que la meilleure garantie (même non absolue) consiste à ne pas envoyer de copies de documents confidentiels et de les conserver en un seul lieu, où les intéressés peuvent venir en prendre connaissance, mais non pas copie.

¹²⁰ Ce risque, concevable aussi dans l'arbitrage *ad hoc*, y est bien moindre, et limité en fait à une personne, celle de l'arbitre désigné par la partie perdante.

soutien administratif, notamment dans le choix des arbitres, le déroulement de la procédure et l'examen de la forme des projets de sentence.

L'arbitrage institutionnel le plus développé et le plus connu est celui offert par la Chambre de Commerce Internationale de Paris (C.C.I.)¹²¹, à travers sa Cour Internationale d'Arbitrage et son Règlement d'arbitrage. L'arbitrage de la C.C.J.A. de l'Ohada constitue un autre exemple d'arbitrage institutionnel. On peut aussi y ajouter, sans être exhaustif, l'arbitrage de l'American Arbitration Association (A.A.A), celui de la London Court of Arbitration ainsi que l'arbitrage essentiellement interétatique, administré par la Cour Permanente d'Arbitrage (C.P.A.) de La Haye (Pays-Bas).

Tout comme l'arbitrage *ad hoc*, l'arbitrage institutionnel présente des avantages (A) et des inconvénients (B).

A : Les avantages de l'arbitrage institutionnel

Les avantages d'un type d'arbitrage sont très souvent symétriques aux inconvénients de l'autre¹²².

Le principal avantage de l'arbitrage institutionnel est celui de la sécurité pour les parties. En effet, le recours à l'arbitrage institutionnel offre une sécurité certaine par rapport à l'arbitrage *ad hoc*. Cette sécurité provient de l'effectivité d'un règlement d'arbitrage et de l'appui institutionnel et matériel que l'institution peut accorder dans le déroulement de l'arbitrage. Les parties à un arbitrage institutionnel mènent en effet les opérations conformément aux règles de procédure de l'institution d'arbitrage concernée. Ainsi, ce type d'arbitrage permet à ce que les parties soient assistées par un centre ou une chambre d'arbitrage qui possède son propre règlement, c'est-à-dire ses propres règles de procédure.

Parmi les nombreux avantages que présente l'arbitrage institutionnel, nous pouvons en citer deux autres qui sont les deux les plus fréquemment présentés. Tout d'abord, l'arbitrage institutionnel permet d'éviter les risques de paralysie de la procédure arbitrale lorsque celle-ci connaît des difficultés. Ensuite, il permet d'assurer aux sentences arbitrales qualité, efficacité et autorité.

¹²¹ International Chambers of commerce avec le sigle I.C.C.

¹²² P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage *ad hoc* », Etudes offertes à P. BELLET, Paris, Litec, 1991, pp. 301-321.

Du fait de ses avantages, on observe en pratique une forte tendance au recours à l'arbitrage institutionnel. Par leur parfaite organisation et leur application à répondre aux aspirations de leurs clients, les institutions d'arbitrage recueillent la confiance des opérateurs du commerce international et dominent le secteur en dépit d'une certaine persistance de l'arbitrage *ad hoc*.

B : Les inconvénients de l'arbitrage institutionnel

Comme tout système, l'arbitrage institutionnel présente des inconvénients.

Le premier tient à la lourdeur administrative que cette institution peut engendrer, ce qui n'est pas le propre de l'arbitrage qui se doit d'être une institution rapide et souple dans ses prises de décision. Cette situation entraîne une « judiciarisation » progressive d'une procédure que les parties voulaient souple. Les centres d'arbitrage peuvent finalement se révéler être de véritables administrations aussi lourdes et bureaucratiques que la justice étatique¹²³.

On reproche également parfois à l'arbitrage institutionnel le fait qu'il coûte cher. Tel est spécialement le cas lorsque les montants en jeu sont élevés et que les frais administratifs et les honoraires des arbitres sont calculés sur une base *ad valorem*, comme c'est notamment le cas pour l'arbitrage sous l'égide de la C.C.J.A.¹²⁴. Le reproche est justifié bien qu'il puisse sembler être un peu exagéré. En effet, c'est aussi grâce à ces barèmes des frais et honoraires que la sécurité de l'arbitrage est renforcée.

En conclusion, les arbitrage *ad hoc* et institutionnel sont deux types d'arbitrage qui comportent des avantages et des inconvénients qui déterminent le choix des parties d'organiser l'un ou l'autre de ces arbitrages. Après ce choix, la nature de l'arbitrage dépendra de l'objet du litige ou de la qualité des parties, l'arbitrage pouvant être civil ou commercial.

Section II : Les arbitrages civil et commercial

Une définition de la commercialité de l'arbitrage s'impose afin de clarifier la distinction entre les arbitrages civil et commercial (Paragraphe I). Néanmoins cette distinction

¹²³ Ce qui était le cas de la C.C.J.A. dans les premières versions de l'Acte Uniforme.

¹²⁴ Les annexes I, II et III de la décision n° 004/99/CM du 12 mars 1999 relative aux frais d'arbitrage, J.O. Ohada, 15 mai 1999.

ne remplit plus aucune fonction essentielle dans le système juridique des Etats de l'Ohada (Paragraphe II).

Paragraphe I: La commercialité de l'arbitrage

Nous allons analyser la question de la commercialité de l'arbitrage sous trois angles : d'abord sous le prisme du droit Ohada (A), ensuite sous l'angle du droit comparé (B) et enfin sous l'égide de la convention de New York de 1958 (C).

A : La commercialité de l'arbitrage sous le prisme du droit Ohada

La notion de « commercialité de l'arbitrage » est tributaire de la nature commerciale du litige considéré, qui se déduit elle-même de la nature commerciale du rapport litigieux.

En effet, quand elle est appréhendée sur le plan substantiel, la commercialité de l'arbitrage est déterminée en fonction de la commercialité du rapport, cette dernière étant également déterminée relativement au caractère commercial des rapports ayant suscité le différend. La problématique de la commercialité de l'arbitrage soulève donc celle de la commercialité en général.

Cette problématique a été discutée quand il a fallu déterminer, au sein de l'Ohada, le champ matériel de la codification uniforme¹²⁵. La notion d'activité économique, que beaucoup préféraient à la notion classique d'acte de commerce, a finalement été rejetée.

Dans la législation Ohada, la commercialité de l'arbitrage correspond exactement à celle de l'acte de commerce établie par l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général¹²⁶.

B : La commercialité de l'arbitrage sous l'angle du droit comparé

Dans le domaine du droit comparé, quand la commercialité de l'arbitrage est substantiellement définie, c'est en principe un vaste concept qui englobe toute activité à caractère économique qui est retenu.

¹²⁵ A. FENEON et A. DELABRIERRE, « Présentation de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général », Rec. Penant, 1998, n° spécial Ohada, p. 138.

¹²⁶ Art. 3 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général.

Nous en avons une parfaite illustration dans la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international. Dans ce sens, une note à laquelle renvoie l'article 1^{er} de la Loi-type, après avoir affirmé que « le terme commercial devrait être interprété au sens large afin de désigner les questions issues de toute relation à caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle », énumère toute une série d'opérations d'où il ressort que le terme commercial recouvre toutes les activités économiques de production et de circulation des biens et services.

De ce fait, sur le plan international, est commerciale toute transaction portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services, tout accord de distribution, de représentation commerciale, affacturage, crédit-bail, construction d'usines, services consultatifs, ingénierie, licences, investissements, financements, transactions bancaires, assurances, accords d'exploitation ou concessions, coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale, le transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière. Ainsi, tout arbitrage renvoyant à une telle transaction est de nature commerciale et internationale. Le champ couvert par l'arbitrage commercial international est donc celui des relations à caractère économique impliquant ou intéressant plusieurs Etats.

C : La commercialité de l'arbitrage sous l'égide de la Convention de New York de 1958

La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, appréhende la commercialité de l'arbitrage par référence aux lois nationales. C'est dans cet esprit que la Convention autorise une réserve de commercialité dans la mesure où un Etat pourra déclarer n'appliquer la Convention « qu'aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale »¹²⁷.

Une telle approche présente de graves inconvénients dont celui, majeur, de laisser subsister des divergences susceptibles d'exister, en ce domaine, dans l'application du texte conventionnel. La fonction de cette référence à la commercialité est, dans cette hypothèse, de permettre la limitation du champ d'application du texte conventionnel.

¹²⁷ Art. 1^{er}, paragraphe 3 de la Convention de New York.

Paragraphe II : Les fonctions de la commercialité dans le droit Ohada

Dans le droit Ohada sur l'arbitrage, aucune législation ne fait de distinction entre l'arbitrage civil et l'arbitrage commercial. Par conséquent, les dispositions du Traité et du Règlement d'arbitrage d'une part, et de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage d'autre part, ont, selon Pierre MEYER, une vocation à s'appliquer à tout arbitrage, sans distinction aucune selon que ce dernier aurait un caractère civil ou commercial. Dans ce sens, l'article 1^{er} de l'Acte Uniforme dispose que « le présent Acte Uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage [...] ».

On peut donc affirmer que la distinction entre arbitrages civil et commercial ne remplit plus aucune fonction essentielle dans le droit uniforme africain sur l'arbitrage. Malgré cela, il faut reconnaître qu'en ce qui concerne le droit applicable au litige, la distinction entre le caractère civil ou commercial des rapports à l'origine du litige demeure évidemment essentielle. En effet, si le différend a une nature commerciale, l'arbitre appliquera les normes particulières du droit commercial. En guise d'illustration de ces propos, nous pouvons citer l'Acte Uniforme sur l'arbitrage qui, en visant l'application, emploie les termes : « le cas échéant des usages du commerce international »¹²⁸, le terme le cas « échéant », définissant en l'espèce que la relation à l'origine du litige doit s'inscrire dans le commerce international. L'arbitre a sur ce point une position identique à celle du juge étatique statuant en matière commerciale.

En plus des types d'arbitrage évoqués ci-dessus, l'arbitrage peut également revêtir d'autres natures selon qu'il est interne ou international.

Section III : Arbitrage interne et arbitrage international

La notion d'arbitrage international est extrêmement difficile à saisir. Nous allons tenter de l'étudier (Paragraphe I) avant de voir ce que signifie la notion d'arbitrage interne (Paragraphe II), pour analyser le cas très particulier du droit Ohada (Paragraphe III). Enfin, nous poserons les critères de l'internationalité de l'arbitrage (Paragraphe IV).

¹²⁸ Art. 15 de l'A.U./D.A.

Paragraphe I : La notion d'arbitrage international

L'arbitrage international, *stricto sensu*, désigne un arbitrage qui met en présence des sujets de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage de droit international public. A l'origine, ce type d'arbitrage n'avait que peu de rapports avec l'arbitrage au sens juridique du terme. Il s'agissait en effet de négociations diplomatiques devant permettre un arrangement amiable d'un différend entre sujets de droit international.

L'arbitrage international revêt néanmoins une autre acception. Dans cette perspective, le terme « international » est utilisé pour marquer la différence entre un arbitrage qui est purement interne à un Etat, un arbitrage national, et un arbitrage qui, d'une certaine manière, transcende les frontières. Deux principaux critères sont utilisés, soit séparément soit cumulativement, pour définir le terme « international » en matière d'arbitrage. Le premier consiste à analyser la nature du litige, de sorte qu'un arbitrage est considéré comme international s'il « met en jeu les intérêts du commerce international ». C'est la conception du droit français qui s'en tient à ce critère purement économique de l'internationalité¹²⁹. Le second consiste à concentrer l'attention sur les parties (nationalité, domicile, siège social) voire même sur les modalités du contrat (lieu de conclusion, d'exécution...) ou sur le lieu de l'arbitrage.

Dans certains pays africains, on s'est prononcé en faveur d'une exigence cumulative en ces termes : est « international, l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts du commerce international et dont l'une des parties a au moins son siège ou son domicile à l'étranger »¹³⁰.

L'arbitrage international mérite de retenir quelque peu l'attention dans cette introduction au droit de l'arbitrage Ohada qui n'opère pas une telle distinction dans les textes aussi bien du Traité que de l'Acte Uniforme. La justification de ce choix tient essentiellement, d'après les rédacteurs de l'exposé des motifs de la première version de l'avant-projet de l'Acte Uniforme, « au caractère internationaliste déjà très poussé de la Loi Uniforme qui a vocation à s'appliquer dans seize Etats ; tracer une nouvelle frontière entre cet « Espace Ohada », et les autres pays du monde nous a dès lors paru inutile et dangereux ». Il n'empêche que malgré cette justification, l'analyste se rend compte que, dans l'espace Ohada, il ne

¹²⁹ Art. 1492 du Nouveau Code de procédure civile français.

¹³⁰ Art.1181 du Code guinéen des activités économiques. Également art 458 bis du Code de procédure civile algérien.

disposera pas d'une définition textuelle de l'arbitrage international, ce qui peut paraître fâcheux dès lors qu'il est avéré que l'arbitrage international fonctionne effectivement parce qu'il a été mis en place par un système de textes étatiques et de conventions internationales.

Même un arbitrage international relativement simple peut exiger de se référer à différents systèmes juridiques ou droits internationaux pouvant aller jusqu'à quatre au moins. Il y a tout d'abord la loi qui gouverne la reconnaissance et l'exécution de la convention d'arbitrage, ensuite la loi qui gouverne la procédure d'arbitrage elle-même, puis la loi qui régit le fond du litige et, enfin, la loi qui gouverne la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. Ces différentes lois peuvent appartenir, dans une procédure d'arbitrage, au même pays. La loi qui gouverne la procédure¹³¹ peut ainsi être aussi la loi applicable au fond du litige. Mais ce n'est pas toujours le cas. La loi applicable au fond du litige peut appartenir à un système de droit différent.

Prenons un exemple pour illustrer cette situation : Un tribunal arbitral siégeant en Guinée, tenu par la loi de procédure guinéenne, peut fort bien devoir appliquer la loi sénégalaise ou un des actes uniformes ou toute autre loi étrangère comme loi appropriée au contrat. D'ailleurs la loi applicable au fond du litige peut ne pas être un droit national déterminé mais plutôt un assemblage de règles connues sous le nom de *Lex Mercatoria*¹³². Dans cet exemple, il est même possible que le système de droit qui régit la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale soit différent de celui qui gouverne la procédure arbitrale. Il suffit que l'exécution de la sentence soit effectuée dans un pays autre que la Guinée.

En miroir à la notion d'arbitrage international, il convient maintenant d'étudier celle d'arbitrage interne.

Paragraphe II : La notion d'arbitrage interne

A contrario de ce qui vient d'être vu pour l'arbitrage international, est interne l'arbitrage qui ne met pas en jeu des intérêts du commerce international. Le droit international privé distingue entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international pour définir la compétence du juge qui se saisira du litige à trancher ainsi que la loi à laquelle ledit litige sera soumis.

¹³¹ En général, la loi du lieu de l'arbitrage.

¹³² Loi des marchands.

Quelle est donc la différence entre ces deux notions de droit ? Pour savoir si la loi applicable lors d'une procédure d'arbitrage est la loi nationale, c'est-à-dire un arbitrage interne, ou la loi étrangère, à savoir un arbitrage international ou étranger, il suffit d'analyser le litige à travers des points de rattachement qui sont : la nationalité et le domicile du ou des arbitres, la nationalité des parties, le domicile, la résidence, ou le siège social des parties. Les autres points de contact tirés de la situation litigieuse¹³³ sont la nationalité ou le siège du centre d'arbitrage, le lieu où se déroule l'arbitrage et où la sentence est ou doit être exécutée, la loi désignée pour régir la procédure arbitrale, la loi désignée pour régir le fond du litige.

Si tous les points de rattachement énumérés ci-dessus conduisent à un seul pays, l'arbitrage en cause est un arbitrage national ou interne. Illustrons cette situation : si deux mauritaniens résidant en Mauritanie confient le règlement d'un litige, concernant un contrat qu'ils ont passé et entièrement exécuté en Mauritanie, à un arbitre en Mauritanie, que toute la procédure arbitrale se déroule en Mauritanie selon le droit mauritanien, il s'agit d'un arbitrage interne.

Les notions d'arbitrage interne et d'arbitrage international étant présentées, il convient d'analyser comment le droit Ohada apprécie ces notions.

Paragraphe III : L'unité du régime juridique de l'arbitrage dans le droit Ohada

On envisagera successivement la méthode qui permet d'assurer l'unité du régime juridique entre arbitrages interne et de droit international privé, avant d'en tirer les conséquences et d'observer le caractère nécessairement partiel, et donc relatif, de cette unité, de sorte qu'il n'est pas possible d'ignorer intégralement l'internationalité de l'arbitrage.

L'arbitrage est une institution complexe qui fait intervenir une convention d'arbitrage, un litige et une instance procédurale par laquelle le litige est dénoué. Si tous les éléments constitutifs de cette situation complexe sont localisés dans un seul espace juridique, il est évident que cette situation arbitrale est purement interne. Dès lors, si l'on suppose un arbitrage dont tous les éléments constitutifs sont localisés dans l'espace Ohada, il s'agira d'un arbitrage interne. A l'inverse, si l'on suppose un arbitrage dont tous les éléments sont

¹³³ Lieux de conclusion, d'exécution(s) du contrat, de la situation du bien, de la nature du préjudice, etc.

localisés dans un Etat tiers à l'espace Ohada, il s'agira d'un arbitrage étranger. Il n'y a pas de place, dans cette hypothèse, pour la notion d'arbitrage de droit international privé.

La situation devient naturellement plus complexe lorsque les éléments constitutifs de l'arbitrage sont spatialement diversifiés. On peut supposer, par exemple, une procédure arbitrale qui se déroule dans un Etat de l'organisation, relativement à un litige né d'un contrat international dont l'une des parties est domiciliée dans un Etat tiers à l'Ohada. On pourrait conclure qu'un tel arbitrage a un caractère international par son objet et l'on verra d'ailleurs que telle est la solution retenue dans certaines législations.

L'internationalité n'est cependant pas inéluctable si l'on définit la nationalité d'un arbitrage au moyen d'un seul critère qui n'a trait ni à la convention d'arbitrage, ni au litige soumis aux arbitres, mais en se référant exclusivement au siège de l'arbitrage. C'est précisément de cette manière que l'Acte Uniforme procède en disposant, en son article 1^{er}, qu'il « a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etat parties ». De cette manière, si l'arbitrage a son siège dans un Etat partie, il a un caractère interne et est soumis à l'Acte Uniforme. Inversement, si le siège de l'arbitrage est situé dans un Etat tiers, il s'agit d'un arbitrage étranger non soumis à l'Acte Uniforme.

Tout le système repose donc sur la notion de siège qui précisément n'est guère facile à définir et que l'Acte Uniforme ne définit malheureusement pas. Il n'empêche que, quelle que soit la conception territoriale ou autonomiste, que l'on peut avoir du siège, un système fondant la nationalité de l'arbitrage sur le siège constitue un premier jalon dans la méthode consistant à assurer l'unité entre arbitrage interne et international¹³⁴.

Une conception unitaire de l'arbitrage emporte une première conséquence. Il n'y a pas de place pour l'arbitrage de droit international privé de sorte que les deux seules notions existantes sont celles d'arbitrage interne et d'arbitrage étranger. L'arbitrage interne ne s'oppose pas à l'arbitrage international de droit international privé, mais à l'arbitrage étranger.

Une deuxième conséquence est que tous les arbitrages internes sont soumis à la même législation. Les arbitres, siégeant dans l'espace juridique Ohada, et les juges étatiques, chargés de contrôler un tel arbitrage, appliquent des règles identiques. Une telle unité du régime juridique n'est pas inopportune lorsque les règles gouvernant l'arbitrage sont libérales, c'est-à-dire lorsqu'elles n'entendent pas encadrer, de manière rigide, l'arbitrage au moyen de

¹³⁴ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 44.

dispositions impératives. Tel est précisément le cas de l'Acte Uniforme Ohada. L'unité de régime juridique entre les arbitrages interne et de droit international privé ne peut cependant qu'être relative. Elle peut, sans nul doute, concerner la procédure arbitrale mais elle ne peut pas porter sur le droit applicable au fond du litige, ni sur la convention d'arbitrage.

La législation uniforme africaine entretient, sur ce point, une très regrettable confusion qu'il convient de dissiper. L'article 15 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme Ohada relatif au droit applicable au fond du litige, est libellé comme suit : « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu, le cas échéant, des usages du commerce international ». Tel qu'il est libellé, le choix du droit applicable par les parties ou par l'arbitre n'est pas limité au litige international. Est-ce à dire que les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont voulu conférer une telle liberté pour une relation purement interne ? Si tel est le cas, cela paraît absolument contraire à la condition juridique d'internationalité, ou d'extranéité, posée comme condition de l'application des règles de conflits de lois¹³⁵. En outre, le choix par les parties du droit applicable n'est possible, en droit international privé, que pour les seuls contrats internationaux. Or, l'Acte Uniforme sur l'arbitrage ne vise pas les seuls litiges contractuels. Sans doute, dans la pratique, l'immense majorité des litiges soumis à l'arbitrage sont contractuels mais un litige non contractuel, pourvu qu'il soit arbitral, peut parfaitement donner lieu à un arbitrage. Est-ce à dire que, pour un litige non contractuel purement interne, les parties peuvent choisir le droit qui sera appliqué par l'arbitre ? Il y a là manifestement une maladresse, sinon une erreur, et il reviendra aux arbitres et aux juges de limiter le champ d'application de cette disposition. Sur le plan du droit applicable, il n'est en effet pas possible d'assimiler complètement l'arbitrage interne et l'arbitrage international privé. Seul ce dernier, défini par rapport au caractère international du litige soumis à l'arbitrage, suscite un conflit de lois et, le cas échéant, le choix du droit applicable par les parties. L'unité du régime juridique ne peut pas non plus concerner tous les aspects du régime juridique de la convention d'arbitrage lorsque celle-ci est purement interne¹³⁶.

Ces observations sont d'une importance capitale car elles témoignent de ce qu'il n'est jamais possible d'assimiler intégralement l'arbitrage de droit international privé à l'arbitrage interne. Les situations internationales, au sens du droit international privé, existent et il n'est pas possible d'ignorer intégralement l'extranéité qui les caractérise. Ceci pose le problème des critères de l'internationalité de l'arbitrage.

¹³⁵ V. HEUZE, « La réglementation française des contrats internationaux », G.L.N. Joly, 1990, pp. 132 et s.

¹³⁶ P. MEYER, « Ohada: droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 46.

Paragraphe IV : Les critères de l'internationalité de l'arbitrage

La définition de l'internationalité de l'arbitrage se pose dans les mêmes termes que celle de l'internationalité du contrat¹³⁷. Plus précisément, comme pour le contrat, les critères retenus peuvent être juridiques ou économiques. Certaines législations utilisent des critères purement juridiques. Le plus souvent cependant, on trouve deux définitions, l'une à caractère juridique (A), l'autre de nature économique (B).

A : La définition juridique de l'internationalité de l'arbitrage

La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. offre un exemple parfait de législation proposant une définition purement juridique de l'arbitrage international. En visant l'arbitrage commercial, les auteurs de la Loi-type ont dû préciser les spécificités, au sein de l'arbitrage en général, de ce type d'arbitrage. Ils l'ont fait en recourant à des critères juridiques¹³⁸. Aux termes de l'article 1^{er} paragraphe 3 de ce modèle, « un arbitrage est international si a) les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; ou b) un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement : i) le lieu de l'arbitrage s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; ou c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ».

La première hypothèse d'internationalité, l'établissement des parties à la convention d'arbitrage dans des Etats différents, est classique. Elle constitue d'ailleurs dans la pratique le cas le plus fréquent d'internationalité d'un contrat. Il s'agit en outre d'une situation toute à fait objective d'internationalité.

On doit faire la même observation s'agissant du lieu d'exécution d'une partie substantielle des obligations ou de l'objet du différend visé au point b) ii). Dans cette hypothèse, c'est d'ailleurs la relation commerciale elle-même ou l'objet du différend qui est international. En effet, ces hypothèses supposent une dispersion spatiale entre l'établissement

¹³⁷ V. HEUZE, « La réglementation française des contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 132 et s.

¹³⁸ Ph. FOUCHARD, Sur l'examen de cette définition juridique, « La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », *J.D.I.*, 1987, pp. 872 et s.

des parties, par hypothèse situé dans le même pays, et la relation commerciale qui les lie ou le différend qui les oppose. Par contre, les deux autres critères d'internationalité reposent exclusivement sur la volonté des parties.

En effet, la fixation du lieu d'arbitrage à l'étranger ou la stipulation que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ne relève que du choix des parties, donc de leur volonté.

On rencontre, comme en matière de contrat international, la possibilité, dans ces hypothèses, d'une internationalité fictive. C'est d'ailleurs en vue d'éviter ce type d'internationalisation que certaines conventions internationales portant sur les contrats internationaux, après avoir précisé qu'elles s'appliquent aux « cas où la situation donne lieu à un conflit entre lois de différents Etats », ont pris soin de préciser qu'elles excluent les situations contractuelles où « le conflit ne résulte que du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre »¹³⁹. C'est également la raison pour laquelle certains législateurs, qui se sont inspirés de la Loi-type, ont exclu tout ou partie des hypothèses susceptibles de permettre une internationalité fictive. Au Sénégal, le décret 98.492 du 5 juin 1998 a ainsi exclu de la définition de l'internationalité, la situation où celle-ci ne résulte que de la seule stipulation des parties que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays¹⁴⁰. En d'autres termes, le droit sénégalais a exclu le dernier cas d'internationalité défini par la Loi-type.

Aux côtés de la définition juridique de l'internationalité de l'arbitrage, qui peut aboutir à des hypothèses d'internationalité fictive, une autre définition de nature économique coexiste.

B : La définition économique de l'internationalité de l'arbitrage

La définition économique de l'internationalité de l'arbitrage ne vise pas vraiment l'arbitrage mais plutôt la relation, le plus souvent contractuelle, à l'origine du différend porté devant les arbitres. Ainsi la question de l'internationalité de l'arbitrage se confond pratiquement avec la définition économique du contrat international. Dans cette conception,

¹³⁹ Art. 1^{er} de la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

¹⁴⁰ Art. 819-27 du décret n°98.492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international.

qui est celle du droit français mais également des droits ivoirien et malien, étroitement inspirés du droit français en ce domaine, « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »¹⁴¹. Cette disposition est directement inspirée, en droit français, de la célèbre jurisprudence MATTER¹⁴² relative au contrat international. On sait qu'à l'origine, cette jurisprudence envisageait « un flux et un reflux de marchandises ». Elle s'est ensuite étendue à « la mise en jeu des intérêts du commerce international », en ce sens que le contrat international dépasse le cadre de l'économie interne. Aujourd'hui, elle signifie qu'un contrat est international, d'un point de vue économique, lorsqu'il recouvre une opération impliquant un mouvement de biens, services ou un paiement à travers les frontières ou intéressant l'économie de deux pays au moins¹⁴³.

Dans cette perspective, l'arbitrage est international si le différend, et donc la relation à l'origine du différend, sont économiquement internationaux au sens qui vient d'être défini. La cour d'appel de Paris a, à plusieurs reprises, eu l'occasion d'exposer très clairement cela en affirmant que « le caractère international de l'arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre ; à cet égard, il suffit que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières, la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants »¹⁴⁴. On ne pourrait exprimer plus clairement que ce n'est pas l'arbitrage mais le contrat de base qui définit l'internationalité de l'arbitrage.

Loin d'être alternatives, les définitions juridique et économique de l'internationalité de l'arbitrage, sont parfois combinées.

C : La définition juridico-économique de l'internationalité de l'arbitrage

Certains textes normatifs en matière d'arbitrage allient les définitions juridique et économique de l'internationalité de l'arbitrage. Ainsi, la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international définit son champ d'application en déclarant qu'elle s'applique aux conventions d'arbitrage conclues pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations du commerce international entre personnes physiques ou morales ayant, au

¹⁴¹ Art. 1492 du N.C.P.C. français ; art. 50 de la loi ivoirienne du 9 août 1993 relative à l'arbitrage ; art. 928 du décret malien du 28 juin 1994 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale.

¹⁴² Cass. (Fr.), 17 mai 1927, D.P., 1928, I, p.25, conclu. MATTER, note H. CAPITANT.

¹⁴³ Ph. FOUCHARD, « La spécificité de l'arbitrage international », Revu. Fr. Arb., 1981, pp. 449 et s.

¹⁴⁴ Paris, 10 juillet 1992, Rev. Arb., 1992, pp. 609 et s., note Ph. BOULANGER.

moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents »¹⁴⁵. La conjonction des deux critères a logiquement pour effet de faire prévaloir le critère le plus restrictif.

L'application des critères est ici cumulative en ce sens qu'un arbitrage ne sera international que s'il l'est, et juridiquement et économiquement. Il suffit donc que l'arbitrage ne remplisse pas les conditions posées par la définition la plus restrictive pour que le caractère international lui soit refusé. La définition la plus restrictive est en l'espèce la condition d'ordre juridique. En effet, s'il est vrai que l'internationalité juridique implique nécessairement une internationalité économique, l'inverse n'est pas vrai. On peut en effet imaginer un litige entre les parties à une convention d'arbitrage demeurant dans le même Etat alors qu'il est né d'une opération du commerce international.

Certains systèmes de droit qui utilisent les deux définitions de l'arbitrage – on pense spécifiquement au droit français – confèrent à chacun des critères des fonctions différentes. Le critère juridique servirait ainsi de condition à l'application des règles de conflit de lois. Ainsi, par exemple, l'internationalité juridique permettrait le choix du droit applicable par les parties. L'internationalité économique serait quant à elle retenue comme condition à l'application des règles françaises de droit international privé matérielles. C'est sur ce fondement que la possibilité pour l'Etat français de compromettre en matière internationale ou encore la validité des clauses compromissoires dans les actes mixtes, ont par exemple été retenues dans la jurisprudence française¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Art. 1^{er} paragraphe 1 de la Convention de Genève.

¹⁴⁶ P.MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 50.

Chapitre III : Les sources du droit de l'arbitrage en Afrique

Actuellement, une importante effervescence juridique et une grande production législative animent l'arbitrage et ce, aussi bien sur le plan international que sur le plan national ou encore au niveau régional¹⁴⁷. Ainsi, progressivement, plusieurs Etats se sont attelés à moderniser et à renforcer considérablement leur législation¹⁴⁸. Au plan international, pléthore de conventions internationales existent même s'il y a un besoin urgent de les réviser¹⁴⁹. Certaines organisations (comme la C.N.U.D.C.I.) ont fait des propositions concrètes aux Etats, aux institutions arbitrales et aux parties, de règles de conduite afin de privilégier et de faciliter le recours à l'arbitrage¹⁵⁰. Les institutions permanentes d'arbitrage privé (C.C.I.) ou international (C.I.R.D.I.) sont également allées dans ce sens. Cette effervescence en matière d'encadrement normatif de l'arbitrage a également gagné le continent africain.

La participation de l'Afrique à l'élaboration des normes juridiques relatives à l'arbitrage devient effective, d'abord au plan national, ensuite au plan régional notamment avec l'Ohada. L'encadrement juridique de l'arbitrage laisse apparaître essentiellement trois catégories de fondements : les fondements internes, les fondements internationaux et les fondements privés. Chacun de ces fondements, surtout les fondements privés, attestent de l'importance prise par la pratique arbitrale dans le monde des affaires.

Les fondements publics nationaux ou internationaux ont surtout pour but de susciter et d'accroître le recours à l'arbitrage pour régler les différends. Le droit Ohada va dans ce sens. Cet encouragement au recours à l'arbitrage est particulièrement explicite dans le Traité de Port-Louis relatif à l'harmonisation du droit des affaires¹⁵¹.

On constate dès lors que les fondements de l'arbitrage en Afrique sont d'origine internationale (Section I) et issus de la pratique de la justice interne de droit commun (Section II).

¹⁴⁷ Le droit de l'Ohada, de la C.E.M.A.C., de l'U.E.M.O.A., de la C.O.M.E.S.A., etc.

¹⁴⁸ On trouvera une importante présentation exhaustive du droit comparé de l'arbitrage dans le *juriscl. Dr. Int.*, V° Arbitrage commercial international, Fasc. 582-2.

¹⁴⁹ Par exemple, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

¹⁵⁰ P. MEYER., « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 51.

¹⁵¹ Art. 1^{er} qui exprime la volonté des Etats de procéder à une harmonisation du droit des affaires « par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

Section I : Les fondements internationaux de l'arbitrage en Afrique

Il ne fait aucun doute qu'actuellement l'arbitrage constitue l'un des moyens de résolution des litiges les plus employés pour solutionner les conflits, dans le domaine économique en général et en matière d'investissements en particulier. Aussi, l'arbitrage fait « l'objet de sollicitude des organisations internationales les plus diverses »¹⁵². Le succès de l'arbitrage dans le monde a rejailli sur les pays africains qui se sont inspirés de ce mode de règlement des différends. Ainsi, dès le début de leur indépendance, plusieurs pays africains ont adhéré à des conventions internationales prônant l'arbitrage comme moyen de règlement des litiges. Par ce biais, ces Etats se sont soumis aux règles de l'arbitrage. Cette effervescence législative a pour conséquence que les sources internationales de l'arbitrage en Afrique sont multiples. Ainsi, par soucis de clarté, nous analyserons ces sources sous deux angles : en premier lieu, les fondements non conventionnels publics (Paragraphe I) et en second lieu, les fondements conventionnels publics (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les fondements publics non conventionnels de l'arbitrage en Afrique

Les fondements publics non conventionnels tirent leur originalité de ne pas être issus de traités internationaux à caractère contraignant pour les Etats. S'ils ont une efficacité moins perceptible que les sources conventionnelles, ils sont cependant d'une utilité manifeste. Nous examinerons ici deux de ces fondements non conventionnels parmi les plus importants : les règlements des institutions internationales (A) et les instruments de la C.N.U.D.C.I. (B).

A : Les règles des institutions internationales

Ces règles sont généralement contenues dans des règlements d'arbitrage. Ceux-ci déterminent les principales règles de mise en place et de déroulement d'un arbitrage, facilitent la constitution du tribunal arbitral ou de la désignation des arbitres et réglementent les pouvoirs des arbitres ainsi que leurs devoirs. Les règlements sont en général conçus et

¹⁵² Ph. FOUCHARD, « Les travaux de la C.N.U.D.C.I. : le Règlement d'arbitrage », J.D.I. 1979, p. 816.

développés par des institutions d'arbitrage et sont le plus souvent utilisés dans des procédures d'arbitrage s'effectuant sous les auspices de ces dernières.

Plusieurs règlements d'arbitrage peuvent être considérés comme des sources du droit de l'arbitrage en Afrique. Cependant, nous verrons essentiellement deux d'entre eux qui jouent un rôle particulièrement important dans l'arbitrage : le Règlement de la C.C.I. de Paris (1) et le Règlement de la C.P.A. de La Haye (2).

1 : Le Règlement de la Chambre de Commerce Internationale de Paris (C.C.I.)

La Chambre de Commerce Internationale a été fondée en 1919. Depuis lors, elle a son siège social à Paris. A l'heure actuelle, elle regroupe des milliers d'entreprises et d'associations provenant de 130 pays. Cette organisation internationale parle avec autorité au nom des entreprises de tous secteurs et de tous pays. Les membres de la C.C.I. et ses experts établissent la position du monde commercial sur les problématiques du commerce et de la politique d'investissement, mais aussi sur des sujets techniques et sectoriels comme les services financiers, les technologies de l'information, les télécommunications, l'éthique en marketing, l'environnement, le transport, les lois sur la compétitivité et la propriété intellectuelle etc.

La C.C.I. fournit également des services essentiels tels que la Cour Internationale d'Arbitrage, institution arbitrale de premier plan fondée en 1923. Cette cour d'arbitrage a vocation à intervenir aussi bien dans l'arbitrage d'investissement, dans celui de commerce international que dans d'autres domaines¹⁵³.

Le 12 septembre 2011, la Chambre de Commerce Internationale a présenté son nouveau Règlement d'arbitrage qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012. La révision du Règlement suit le mouvement initié par la réforme de la loi française de l'arbitrage interne et international¹⁵⁴. Le nouveau Règlement, s'il demeure fidèle à la philosophie de l'arbitrage de la C.C.I., apporte tout de même des changements significatifs afin de garantir l'efficacité de la procédure arbitrale. En répondant ainsi au mieux aux besoins des entreprises, la Cour d'arbitrage de la C.C.I. entend maintenir sa place de principale institution mondiale de règlement des litiges commerciaux.

¹⁵³ P. GELINAS, « Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Travaux du centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 168.

¹⁵⁴ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

Le Règlement de la C.C.I. est sans aucun doute une source de l'arbitrage en Afrique. Il n'est pas rare de voir dans certains contrats d'investissement l'insertion de clauses prévoyant le recours à l'arbitrage en respectant les dispositions du Règlement de la C.C.I. Ainsi, de nombreux pays africains, du nord au sud, ont, depuis leur indépendance, d'abord fait référence au Règlement de la C.C.I. et de nos jours, l'influence de ce dernier sur le droit de l'arbitrage sur le continent se remarque aisément.

En ce qui concerne la zone Ohada, certains considèrent avec justesse que le Règlement de la C.C.J.A. est une émanation directe du Règlement de la C.C.I. Même si cette constatation semble juste, ces deux règlements présentent tout de même quelques divergences notoires. Ces divergences sont essentiellement de deux ordres.

D'abord, le Règlement de la C.C.J.A. est issu d'une juridiction suprême régionale et est applicable tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, contrairement au Règlement de la C.C.I. qui émane d'une commission d'arbitrage et est surtout applicable à l'arbitrage international.

Ensuite, une autre divergence réside entre la nature fonctionnelle de la C.C.I. et de la C.C.J.A. En effet, la C.C.J.A. est une juridiction contrairement à la C.C.I. En plus de cette fonction juridictionnelle, la C.C.J.A. est, tout comme la C.C.I., un centre d'administration des arbitrages comme en dispose son Règlement et les autres instruments juridiques applicables. Le Règlement de la C.C.J.A. autorise cette dernière à remplir des fonctions juridictionnelles en remplacement des juridictions étatiques par le biais de la compétence d'exequatur de certaines sentences rendues sous l'égide du Règlement de la C.C.J.A. et également les recours en annulation.

D'autres règlements comme celui de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye font également office de source du droit de l'arbitrage en Afrique, au même titre que le règlement de la C.C.I.

2 : Le Règlement de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye

Créée en 1899 à l'issue de la première conférence de la paix de La Haye et renforcée par la suite en 1907 par la seconde conférence, la Cour Permanente d'Arbitrage (C.P.A.) est une organisation internationale indépendante qui résout par l'arbitrage des litiges entre Etats,

mais aussi entre Etats et entreprises et entre Etats et particuliers. La Cour Permanente de La Haye a son siège depuis 1913 au Palais de la paix à La Haye.

Le 17 décembre 2012, le Conseil administratif de la C.P.A. a adopté le « Règlement d'arbitrage de la C.P.A. 2012 », un nouveau règlement de procédure pour l'arbitrage des différends impliquant au moins un État, une entité contrôlée par l'État ou une organisation internationale. Le Règlement d'arbitrage de la C.P.A. 2012 est une consolidation des quatre règlements de procédure de la C.P.A. des années 1990¹⁵⁵. Il a été mis à jour, à la lumière des modifications du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. de 2012 et de l'expérience de la C.P.A. avec ses Règlements facultatifs et avec le Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. de 1976.

Figurent en annexe au nouveau Règlement des clauses types relatives à l'arbitrage de litiges futurs et de litiges en cours, que les parties peuvent envisager d'insérer dans des traités, contrats ou autres accords. En Afrique, on voit très souvent dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement, les Etats prévoir le recours aux dispositions du Règlement de la C.P.A. en cas de litige. En parcourant la liste des accords bilatéraux conclus par les Etats africains en général, notamment ceux de l'Ohada et leurs partenaires étrangers, on constate aisément que la majorité de ces accords prévoient le recours au Règlement de la C.P.A. en cas de différend. Le recours à la procédure de l'arbitrage C.P.A. est le plus souvent sollicité dans les cas de litiges nés d'accords d'investissement, et surtout dans sa faculté de nomination d'arbitres en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral par les parties au litige.

L'importance de la C.P.A. en Afrique est la plus visible dans les cas de résolution des litiges de délimitation et des conflits autour des richesses minières. En effet, depuis les indépendances, nombreux sont les conflits opposant des Etats africains au sujet des frontières héritées de la colonisation qui ont été soumises à la C.P.A. Elle les a réglés par le biais d'arbitrage, de médiation, de conciliation ou par l'intermédiaire de ses commissions d'enquêtes. C'est le cas par exemple du conflit pétrolier entre le sud et le nord Soudan ou encore du problème de délimitation de frontière entre l'Ethiopie et l'Erythrée. Ces constats permettent sans doute de considérer la C.P.A. comme étant au fondement du droit de l'arbitrage en Afrique.

¹⁵⁵ A savoir le Règlement facultatif de la C.P.A. pour l'arbitrage des différends entre deux États de 1992, le Règlement facultatif de la C.P.A. pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État de 1993, le Règlement facultatif de la C.P.A. pour l'arbitrage des différends entre les Organisations internationales et les États de 1996 et le Règlement facultatif de la C.P.A. pour l'arbitrage de différends entre les Organisations internationales et les parties privées de 1996.

B : Les instruments de la C.N.U.D.C.I.

Dans un monde de plus en plus « mondialisé », les différents marchés économiques et financiers ne cessent d'être de plus en plus interdépendants. Il semble alors urgent d'améliorer le cadre juridique pour faciliter les échanges commerciaux et les investissements internationaux. Dans cette optique, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.) est une organisation qui joue un rôle important dans le cadre de cette régulation juridique.

Créée en 1966 par la résolution 2205 (XXI) de l'assemblée générale des Nations Unies, la Commission est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international¹⁵⁶. Depuis sa création, elle a élaboré nombre de conventions, de Lois-type et d'instruments divers ayant pour objet le droit matériel applicable aux opérations commerciales ou d'autres aspects du droit des affaires ayant une incidence sur le commerce international. L'élaboration de ces instruments voit la collaboration de nombreux Etats membres ou non, ainsi que d'autres entités gouvernementales et non gouvernementales invitées. De ce fait, les textes issus de cette assemblée ont une vocation universelle et sont en général acceptés par tous. Ainsi la C.N.U.D.C.I. a été reconnue comme le principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international. Les instruments de la C.N.U.D.C.I., considérés comme des sources de l'arbitrage, sont la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. (1), les Règlements d'arbitrage et de conciliation de l'organisation (2) et la jurisprudence arbitrale (3).

1 : La Loi-type

Adoptée en 1985, c'est par la résolution de l'assemblée générale des Nations Unies n°40-72 du 11 décembre 1985 qu'il a été conseillé à tous les pays faisant des réformes de s'aligner sur la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. de 1985¹⁵⁷. La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. a été révisée en 2006¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Pour des détails sur le mandat de développement progressif du droit commercial international, voir le rapport du secrétaire général officiel de l'assemblée générale, 21^{ème} session, A /6396 (1966).

¹⁵⁷ Doc. Nations-Unies n° A /40/17. Selon le texte, il est « recommandé aux Etats de prendre en considération la Loi-type lorsqu'ils promulguent ou réviseront leur législation pour répondre aux besoins actuel de l'arbitrage international ».

¹⁵⁸ La version révisée a été adoptée le 7 juillet 2006.

C'est un texte législatif qu'il est recommandé aux Etats d'incorporer dans leur arsenal juridique. La Loi-type vise ainsi à aider les États à réformer et à moderniser leurs lois sur la procédure arbitrale afin de tenir compte des caractéristiques et besoins particuliers de l'arbitrage commercial international. Elle porte sur toutes les étapes du processus arbitral : convention d'arbitrage, composition et compétence du tribunal arbitral, étendue de l'intervention du tribunal étatique, et reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale.

Nombre d'Etats africains de tradition juridique héritée de la colonisation française n'ont pas fait adopter par leurs législateurs cette Loi-type. Seuls quelques Etats anglophones s'en sont un peu inspirés. Ce manque d'intérêt manifeste pour la Loi-type peut, peut-être, s'expliquer par le fait que ces pays ont du mal à se défaire du lien qui les unit au système juridique français de l'arbitrage¹⁵⁹, considéré et reconnu comme un système efficace, méthodique, clair et d'usage simple.

En ce qui concerne les Etats membres de l'Ohada, il est difficile de considérer la Loi-type comme étant une source de l'arbitrage en raison de la législation Ohada qui considère que l'Acte Uniforme sur l'arbitrage abroge et l'emporte sur les lois internes des Etats membres¹⁶⁰. Dans ces conditions il est donc difficile d'ériger la Loi-type en source d'arbitrage. Cependant en examinant de plus près les dispositions de l'Acte Uniforme et du Traité Ohada, on peut constater que le législateur Ohada a tout de même respecté certains points universels conseillés par la C.N.U.D.C.I. En effet, ne serait-ce que le principe de l'autonomie effective de la volonté des parties à l'arbitrage peut atteste la prise en compte de la Loi-type dans une clause d'arbitrage au détriment de toute autre loi dans l'arbitrage d'investissement au niveau de l'espace Ohada. Ce qui implique nécessairement, en cas d'un arbitrage engageant un investisseur étranger et un Etat membre, que rien a priori n'empêche, en vertu de cette autonomie de volonté, d'incorporer la Loi-type dans cette clause d'arbitrage.

Par conséquent, on peut affirmer sans grande difficulté le fait que la Loi-type est, malgré tout, un fondement du droit de l'arbitrage en Afrique.

¹⁵⁹ R. AMOUSSOU-GUENOU, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique. », Th. Paris II, 1995, p. 102.

¹⁶⁰ Art. 35 de l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage Ohada qui renforce l'article 10 du Traité Ohada.

2 : Le Règlement de la C.N.U.D.C.I.

Adopté le 28 avril 1976, le Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. présente un ensemble détaillé de règles de procédure dont les parties peuvent effectivement convenir pour la conduite d'une procédure arbitrale, que celle-ci soit *ad hoc* ou administrée¹⁶¹, dans l'objectif de régir leurs relations commerciales. Le Règlement, largement utilisé dans différents types d'arbitrage, couvre tous les aspects de la procédure arbitrale, propose un libellé type de clause compromissoire, énonce des règles de procédure concernant la nomination de l'arbitre et la conduite de la procédure et établit des règles relatives à la forme, à l'effet et à l'interprétation de la sentence.

En 2006, la Commission a décidé que le Règlement devait être révisé afin de tenir compte des changements survenus au cours des trente dernières années dans la pratique arbitrale. La révision a eu pour objectif de renforcer l'efficacité des arbitrages régis par le Règlement mais n'a pas modifié la structure originelle du texte, son esprit ou son style rédactionnel. Le Règlement d'arbitrage révisé de la C.N.U.D.C.I. est entré en vigueur le quinze août 2010. Il comprend des dispositions qui traitent notamment des arbitrages multipartites et de la participation des tiers à l'instance arbitrale, de la responsabilité ainsi que d'une procédure permettant de formuler des objections à l'encontre des experts nommés par le tribunal arbitral. Le Règlement révisé devrait continuer à contribuer au développement de relations économiques commerciales harmonieuses.

Les Etats africains, par l'intermédiaire des accords bilatéraux d'investissement, recourent très souvent au Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. Quant à sa contribution au règlement des différends, commerciaux ou d'investissement, elle reste cependant non quantifiable. Cette tendance au recours à l'arbitrage C.N.U.D.C.I. est de plus en plus importante dans les arbitrages d'investissement du fait d'une grande fiabilité des instruments de cette institution et de son importance grandissante en matière de commerce et d'investissement. On peut sans aucun doute affirmer que les règles de la C.N.U.D.C.I. constituent un fondement certain de l'arbitrage en Afrique d'une manière générale.

¹⁶¹ La résolution 31 /78 de l'assemblée générale des Nations Unies adoptée le 15 décembre 1976.

3 : La jurisprudence arbitrale source du droit l'arbitrage

Le caractère de source du droit de la jurisprudence est bien une lapalissade. Elle ne l'est certainement pas au même titre que les deux principales que sont la loi et la coutume. Dans les systèmes de tradition juridique romano-germanique, on lui méconnaît le caractère de source directe du droit, tout en lui reconnaissant une certaine autorité, une certaine influence dans les systèmes juridiques. Il n'est aujourd'hui plus d'incertitude quant à la valeur de la jurisprudence au point qu'il serait redondant que faire une étude sur cette de source du droit.

En effet, parmi les sources du droit de l'arbitrage en Afrique, il y a lieu de reconnaître une place de choix aux sentences arbitrales internationales¹⁶², même si la jurisprudence arbitrale internationale doit être abordée avec prudence compte tenu de sa spécificité¹⁶³. En effet, comme le dit si bien un éminent auteur, les décisions des arbitres internationaux « forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent rejoindre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international »¹⁶⁴.

Ceci est tellement vrai pour les pays africains.

Paragraphe II : Les fondements conventionnels publics de l'arbitrage en Afrique

Il s'agit essentiellement des traités multilatéraux que nous aborderons selon deux angles : les traités à vocation internationale (A) et ceux à vocation régionale (B).

A : Les traités à vocation internationale

Si les traités à vocation internationale sont nombreux, il s'agit ici d'analyser les traités les plus importants dans le processus d'édification du droit de l'arbitrage en Afrique. Dans

¹⁶² Recueil de sentences arbitrales de la C.C.I. (1991-1995), par J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAÏNS et D. HASHER, I.C.C., Publication 553.

¹⁶³ Y. DERAÏNS, « L'application du droit européen par les arbitres », actes du colloque international du CEPANI du 25 Avril 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 65 et s., spéc. n° 2.

¹⁶⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 371 à 384.

cette perspective, nous concentrerons l'analyse sur la Convention C.I.R.D.I. (1) et la Convention de New York de 1958 (2).

1 : La Convention de Washington de 1965 instituant le C.I.R.D.I.

La Convention de Washington visait, en instituant le 18 mars 1965 le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (C.I.R.D.I.), l'efficacité et la sécurité dans les investissements partout dans le monde.

La particularité de ce centre émane du fait que les recours à l'arbitrage et à la conciliation du C.I.R.D.I. sont totalement volontaires. En revanche, après que les parties ont donné leur accord à la compétence du Centre aucune ne peut, de son propre chef, retirer son consentement. De plus, tous les Etats signataires du C.I.R.D.I., qu'ils soient ou non parties litigants, se doivent, du fait de la Convention, de reconnaître et d'appliquer les décisions arbitrales émanant du C.I.R.D.I.

Le préambule de la Convention¹⁶⁵ n'a pas manqué d'indiquer que les mécanismes du C.I.R.D.I. sont établis « sous les auspices » de la Banque mondiale à laquelle la nouvelle institution créée est d'ailleurs organiquement liée. Cette spécificité fait bénéficier le C.I.R.D.I. d'une considérable autorité.

Le C.I.R.D.I. a été créé pour régler les différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, c'est-à-dire pour soustraire ces litiges, ou une partie d'entre eux, à la compétence des juridictions internes. La caractéristique du Centre¹⁶⁶ et de ses activités¹⁶⁷, intéresse à plus d'un chef les Etats africains, et plus précisément les Etats de l'espace Ohada, dans la mesure où il offre une plus-value en termes de garantie judiciaire aux investisseurs étrangers qui n'ont eu de cesse de boycotter les juridictions étatiques africaines. C'est probablement, la raison pour laquelle il a été constaté une forte adhésion des Etats de l'Afrique en général et ceux qui sont membres de l'Ohada en particulier à la Convention de Washington. Seuls deux pays membres du traité Ohada ne sont pas des Etats parties à la Convention de Washington. Il s'agit de la Guinée Equatoriale et de la Guinée Bissau. Si ce

¹⁶⁵ Notamment le paragraphe 5.

¹⁶⁶ Centre autonome créé sous la bannière de la Banque mondiale.

¹⁶⁷ Règlement des litiges liés à l'investissement.

second pays n'adhère pas à la Convention de Washington, il en est tout de même signataire depuis le 4 septembre 1991 même s'il ne l'a pas encore ratifiée.

Hormis ces deux pays, il est à noter que les différends posés par les contentieux de l'investissement international sont solutionés dans l'espace Ohada par le biais de l'application stricte des dispositions spécifiques de la Convention de Washington et du Règlement d'arbitrage institué par le Centre. Dans le cadre particulier de l'investissement et de l'arbitrage dans l'espace Ohada, la question se pose dès lors de savoir si l'existence d'une part de la Convention de Washington et d'autre part du droit de l'arbitrage Ohada comme sources de l'arbitrage d'investissement ne crée pas une certaine incompatibilité. Autrement formulée cette question revient à se demander si, en matière d'investissement, il est possible que soient soumis à l'arbitrage Ohada des différends qui tomberaient normalement sous la compétence juridictionnelle du C.I.R.D.I. en vertu des exigences de l'article 25 de la Convention de Washington.

À mon avis les dispositions l'article 26 de la Convention de Washington elide cette question en lui apportant une réponse précise. En effet, l'article 26 dispose que « le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est sauf disposition contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours ». Ces dispositions consacrent vigoureusement une règle à caractère prohibitif visant à interdire, après que les parties aient donné leur consentement au centre, toute possibilité de saisine d'une autre juridiction. Mais à travers cet article notamment l'alinéa qui stipule que « lorsqu'elle renvoie à une stipulation contraire des parties », il existe des termes qui limitent ce caractère prohibitif. Ce qui veut dire que la renonciation de recourir à la compétence du C.I.R.D.I. selon les propres termes de l'article 26 emporterait la possibilité pour les parties de soumettre leur différend en matière d'investissement à la juridiction de l'Ohada en l'occurrence la C.C.J.A. comme centre d'arbitrage.

La conclusion qu'on pourrait faire de cet raisonnement est que l'incompatibilité, loin d'être effective, n'est qu'apparente entre les deux sources de l'arbitrage. Par conséquent, étant entendu que le droit de l'arbitrage africain n'interdit pas la possibilité de compromission de l'Etat¹⁶⁸, le recours à l'arbitrage d'investissement non issu de celui du C.I.R.D.I. est admissible dans les rapports entre un pays signataire de la Convention de Washington de 1965

¹⁶⁸ Art. 2 al 2 de l'A.U./D.A.

avec un investisseur d'un autre pays signataire, à la condition *sine qua non* que les litigants aient expressément consenti à renoncer à la compétence du C.I.R.D.I. Cette possibilité ne fera qu'agrandir la faculté de choix multiple octroyée aux parties à un arbitrage d'investissement dans l'espace Ohada.

Ainsi, à l'arbitrage C.I.R.D.I. s'ajoute dorénavant le choix de préférer un arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., ou encore un arbitrage *ad hoc* sur la base de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage. La Convention de Washington ne recevra l'exclusivité d'application et donc le C.I.R.D.I. n'aura juridiction exclusive que si les parties ont opté sans ambiguïté pour un tel choix.

2 : La Convention de New York du 10 juillet 1958

La Convention de New York a été élaborée et ouverte à la signature le 10 juin 1958 par la conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, convoquée aux termes de la résolution 604 (XXI) du Conseil Economique et Social des Nations Unies adoptée le 03 Mai 1956. La conférence s'est réunie au siège de l'organisation des Nations Unies à New York, du 20 mai au 10 juin 1958. La Convention est ouverte à l'adhésion de tout État Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout autre État qui est membre d'une institution spécialisée des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice¹⁶⁹.

Prenant acte de l'importance grandissante de l'arbitrage international dans le règlement des différends commerciaux internationaux, la Convention a pris des décisions importantes pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de nature à révolutionner l'arbitrage international. En effet, les décisions prises visent à établir des normes législatives communes pour la reconnaissance des conventions d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères et des sentences non nationales par les tribunaux étatiques¹⁷⁰. Par « non nationales », il faut entendre les sentences qui, bien que rendues sur le territoire de l'État où leur exécution est demandée, sont considérées comme « étrangères » par la loi de l'État en question parce que la procédure comporte un facteur d'extranéité, comme c'est le cas par exemple lorsque les règles de procédure d'un autre État sont appliquées. La Convention a pour objectif principal d'empêcher toute discrimination envers les sentences étrangères et les sentences non nationales. Elle oblige les États

¹⁶⁹ Art. XVIII et XIV de la Convention.

¹⁷⁰ Art. 3 à 6 de la Convention de New York.

signataires à s'assurer que ces décisions sont reconnues et toujours exécutoires sur leur territoire au même titre que les décisions nationales.

Un objectif secondaire de la Convention est d'obliger les tribunaux des États contractants à donner pleinement effet aux conventions d'arbitrage en renvoyant à l'arbitrage les parties qui les saisissent d'un litige en violation de leur convention d'arbitrage. Pour atteindre cet objectif, elle fixe des règles de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁷¹. Le caractère étranger de la sentence peut d'abord résulter du fait qu'elle a été rendue dans un autre Etat que celui où sa reconnaissance ou son exécution est requise. Doivent aussi être considérées comme étrangères, « les sentences qui ne sont pas considérées comme nationales dans l'Etat requis »¹⁷². Cela concerne les décisions considérées comme non nationales alors qu'elles sont prises dans le pays où leur exécution est réclamée.

La question de la suprématie de la Convention de New York de 1958 sur d'autres législations notamment sur les lois internes, ou inversement, est abordée et réglée par son article 7. Ce dernier prévoit en effet dans son premier paragraphe que la Convention ne prévaut pas en cas d'un traitement plus efficace même issu du droit interne pour ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution d'une sentence qui émanerait d'un traité ou de lois internes d'un Etat où la sentence est rendue¹⁷³. Cette disposition écarte donc un grand principe juridique qui consiste en la supériorité des traités sur la loi interne puisque la Convention s'écarte devant une législation interne plus favorable.

La presque totalité des Etats africains est partie à la Convention de New York. L'importance de cette convention sur le continent africain en tant que source de droit de l'arbitrage est indéniable à plusieurs égards.

Tout d'abord, cette Convention a été largement adoptée pour pallier les vides juridiques dans les lois internes. L'application des dispositions de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution de toute sentence arbitrale dans l'espace des Etats Ohada rencontre cependant quelques difficultés qu'il convient de relever. L'article 34 de l'Acte Uniforme contient une disposition qui heurte l'objectif poursuivi par la Convention de New York de ne privilégier que des conditions maximales à la reconnaissance, conditions qui peuvent être revues à la baisse par le Traité ou une loi interne. L' Acte Uniforme dans son article 34 dispose que « les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² Art. 1^{er}.

¹⁷³ Art. 7, paragraphe 1^{er}.

de celles prévues par le présent acte uniforme sont reconnues dans les Etats parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables, et, à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent acte uniforme ».

Ensuite, tout arbitrage sur le territoire Ohada soumis aux mécanismes de l'arbitrage C.I.R.D.I. recevra une application systématique de la Convention de New York dans sa phase de reconnaissance et d'exécution de la sentence qui en résulterait dans l'hypothèse où aucun mécanisme de reconnaissance et d'exécution prévu par l'article 54 § 3 de la Convention de Washington¹⁷⁴ n'existerait, et que les litigants seraient toutes parties à la Convention de New York. Historiquement, on se doit de rappeler que la Convention de New York a toujours joué un rôle important dans la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en Afrique. L'illustration de ce fait tient en ce que la presque totalité des Accords Généraux de Coopération Judiciaire entre pays africains l'a incorporé dans le corpus de leurs législations respectifs. Par exemple, l'Accord de Coopération Judiciaire entre les Etats de l'Union Africaine du 12 septembre 1961, dans l'optique d'inciter et de promotion de l'arbitrage entre les pays signataires dudit accord, fait explicitement référence à la Convention de New York dans son article 36. Ainsi, il ressort clairement dans les dispositions de cet accord, que « les sentences arbitrales rendues dans l'un des Etats sont reconnues et exécutées dans l'autre Etat, selon les dispositions de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ».

Sur ce point, l'intérêt de la Convention pour les Etats africains est de limiter et de rendre plus restrictifs que dans le droit conventionnel antérieur¹⁷⁵ les griefs susceptibles d'être posés à l'encontre de la reconnaissance et de l'exécution, ainsi que d'inverser la charge de la preuve¹⁷⁶. En effet, l'Acte Uniforme qui régit l'exécution forcée des décisions arbitrales rendues sur le fondement des mécanismes autres que ceux de l'Ohada, dispose dans son article 34 de que cette exécution peut être entreprise sur la base des conventions internationales éventuellement applicables et, à défaut, sur le fondement de l'Acte Uniforme lui-même. Or, il se trouve que les dispositions de l'Acte Uniforme concernant l'exécution forcée des décisions arbitrales sont assez libérales par rapport à celles prévues par la Convention de New York. Dans ce sens, on relèvera que la Convention de New York prescrit

¹⁷⁴ La Convention de Washington dans son article 54 § 3 de dispose que « l'exécution est régie par la législation relative à l'exécution des sentences en vigueur dans le pays sur le territoire duquel on cherche à y procéder ».

¹⁷⁵ Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

¹⁷⁶ Les articles 4 et 5 de la Convention. Ces deux articles montrent qu'une fois que le bénéficiaire de la sentence a produit le texte de la sentence et la convention d'arbitrage, c'est à la partie qui s'oppose à l'exécution de prouver les griefs qu'elle oppose à cette exécution.

la recherche de l'exequatur dans le cadre d'une procédure contradictoire, avec le risque de se heurter aux manœuvres dilatoires du débiteur des causes de la sentence, tandis que l'Acte Uniforme prévoit une procédure simplifiée, formelle et indiscutablement plus avantageuse, de recherche de l'exequatur.

Malgré leur portée régionale, certains traités peuvent eux aussi être considérés comme des sources du droit de l'arbitrage en Afrique.

B : Les traités multilatéraux à portée régionale

Plusieurs traités multilatéraux à portée régionale peuvent être considérés comme des sources du droit de l'arbitrage en Afrique. Toutefois nous nous limiterons dans cette étude à seulement deux d'entre eux : les conventions de Genève (1) et les accords de coopération (2).

1 : Les conventions de Genève

Il s'agit du Protocole de Genève de 1923 (a) et de la Convention de Genève de 1927 (b).

a) Le Protocole de Genève de 1923

Elaboré à Genève le 24 septembre 1923 puis entré en vigueur le 28 juillet 1924, le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage vise la reconnaissance et l'exécution des clauses et des compromis d'arbitrage en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. Le Protocole est applicable aux compromis et clauses compromissoires conclus entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différents¹⁷⁷, et aux procédures et sentences intervenues en exécution des clauses et compromis d'arbitrage. Le Protocole reconnaît aux parties la liberté de régler elles-mêmes la procédure arbitrale. Les Etats contractants s'engagent au-delà à faciliter les actes de procédure qui doivent intervenir sur leur territoire et à renvoyer au jugement des arbitres les parties qui ont saisi une juridiction nationale après avoir prévu dans leur contrat une clause d'arbitrage.

¹⁷⁷ Que ce soit par leur nationalité, domicile, siège social ou établissement principal.

Dans les faits, le Protocole de Genève de 1923, comme la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ne conserve d'utilité que dans les rapports entre Etats qui ne sont pas liés l'un et l'autre par la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

b) La convention de Genève de 1927

La Convention de Genève de 1927 mérite d'être mentionnée ici, bien qu'elle n'ait aujourd'hui pratiquement plus qu'un intérêt historique. En effet, elle a été la première ébauche entreprise pour aménager les questions que pose encore aujourd'hui l'exécution des sentences arbitrales sur le plan international.

Elle se caractérise essentiellement par son champ d'application doublement limité. En effet, elle ne s'applique qu'aux seules sentences « rendues dans un territoire relevant de l'une des « hautes parties contractantes » » et à la condition que le litige oppose « des personnes soumises à la juridiction de l'une des hautes parties contractantes »¹⁷⁸. En plus de ces conditions, pour obtenir la reconnaissance et l'exécution sous l'égide de la Convention de Genève de 1927, la sentence arbitrale doit satisfaire à certaines conditions supplémentaires dont la preuve incombe à la partie qui oeuvre à faire reconnaître et exécuter la sentence¹⁷⁹. Deux des conditions posées par la Convention de 1927 ont toujours suscité des lacunes dans leur application : le caractère définitif de la décision dans son pays d'origine et l'absence de toute contradiction entre la décision et l'ordre public du pays d'exécution. En effet, la sentence n'est reconnue comme définitive dans certains pays que si l'autorité judiciaire locale lui a accordé l'exécution par le biais de l'exequatur. Cette condition peut poser le problème de la double exequatur, qui consiste à obtenir d'abord l'exequatur auprès des tribunaux du siège de l'arbitrage afin de démontrer que la sentence est devenue définitive, puis à l'obtenir auprès des tribunaux du pays de l'exécution¹⁸⁰. Quant au respect de l'ordre public et aux principes du droit public du pays de l'exécution, il est également source de difficultés. En effet, cette

¹⁷⁸ Art. I. de la Convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1927, R.T.S.D.N, 1928, Vol. 92, p. 302.

¹⁷⁹ Les conditions évoquées sont les suivantes : la validité de la convention d'arbitrage selon la « législation applicable » ; le caractère arbitral de l'objet de la sentence d'après la loi du pays d'exécution ; la conformité de la constitution du tribunal arbitral à la fois au regard de « l'accord des parties et des règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage » ; le caractère définitif de la sentence dans son pays d'origine ; l'absence de contradiction entre la sentence et l'ordre public du pays d'exécution. Elles sont prévues à l'article I de la Convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1927, R.T.S.D.N, 1928, Vol. 92, p. 302.

¹⁸⁰ A. REDFERN et M. HUNTER, « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 371.

exigence signifie qu'une sentence peut être contestée non seulement au motif qu'elle heurte l'ordre public, mais aussi au motif qu'elle est contraire aux principes de droit de l'Etat du for¹⁸¹. On doit remarquer que cette exigence n'a pas été reprise par la convention ayant remplacé celle de 1927, à savoir la Convention de New York de 1958. C'est heureux car on ne voit pas pourquoi on devrait tenir compte des principes de droit de l'Etat du for quand une sentence a été rendue dans un autre Etat selon d'autres principes apparemment non moins valables¹⁸².

2 : Les accords de coopération

Il s'agit essentiellement des conventions non spécifiquement consacrées à l'arbitrage mais susceptibles de contenir des dispositions portant sur l'arbitrage. Les accords de coopération sont principalement composés des accords de coopération judiciaire et de quelques accords de coopération économique par exemple l'accord de Cotonou ou encore au plan multilatéral, la convention relative à la coopération en matière judiciaire entre les Etats membres de l'accord de non-agression et d'assistance en matière de défense (ANAD) du 21 Avril 1987¹⁸³. L'ANAD, soumet la reconnaissance et l'exequatur des décisions arbitrales aux mêmes conditions que celles exigées pour les jugements¹⁸⁴. La convention générale de coopération en matière de justice entre les pays de l'ex OCAM¹⁸⁵ du 12 septembre 1961 renvoie aux dispositions de la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales¹⁸⁶. Il est à observer que ces conventions ne continueront à s'appliquer, pour ce qui est de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, qu'aux seuls Etats parties signataires non membres de l'Ohada. Certains accords judiciaires passés entre plusieurs pays de l'Ohada et la France¹⁸⁷ renvoient également aux dispositions de la

¹⁸¹ C'est-à-dire le pays dans lequel la sentence a été prononcée.

¹⁸² A. REDFERN et M. HUNTER, « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 371.

¹⁸³ Les membres de cet accord sont la Mauritanie, le Burkina, la cote d'ivoire, le mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

¹⁸⁴ Art. 37 de cet accord.

¹⁸⁵ Organisation Commune Africaine et Malgache (O.C.A.M) qui était prévue en janvier 1966, a été rejetée à cause des coups d'Etat survenus au Dahomey, en Haute-Volta et en République Centrafricaine. C'est donc le 27 juin 1966 à Tananarive que la charte a été signée par le Cameroun, la Centrafrique le Congo-Brazzaville, la Côte d'voire, le Dahomey, le Gabon, la Haute-Volta, la République malgache, le Niger, le Rwanda, le Sénégal, le Tchad, le Togo.

¹⁸⁶ Art. 36 de la Convention O.C.A.M.

¹⁸⁷ Ces pays membres sont la Mauritanie, le Burkina, la Côte d'ivoire, le mali, le Niger, le Sénégal, le Gabon, le Tchad, la Centre Afrique, le Togo etc.

convention de New York du 10 juin 1958, d'autres renvoient aux conditions posées pour les jugements¹⁸⁸.

Même s'il ne traite qu'incidemment de l'arbitrage, l'Accord de Cotonou mérite que lui soit consacrée une analyse dans la mesure où il renvoie au Règlement de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye que nous avons déjà présenté comme étant une source de l'arbitrage d'investissement dans le cadre de cette étude. Il est ainsi prévu dans l'Accord de Cotonou, dans l'hypothèse d'un investissement, que l'arbitrage sera le mode de règlement des différends nés de son interprétation ou de son application, différends qui surgiraient entre un État membre, plusieurs États membres ou la Communauté, d'une part, et un ou plusieurs États A.C.P., d'autre part. L'Accord de Cotonou prévoit un règlement à l'amiable préalable de tous les différends avant leur soumission à la procédure d'arbitrage. Le nouvel accord a également innové en remplaçant la procédure qui était soumise au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale de Paris dans la Convention de Lomé par celle de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye (C.P.A.). La C.P.A. intervient également en qualité d'autorité de nomination dans la procédure de désignation des arbitres¹⁸⁹.

Section II : Les fondements internes du droit de l'arbitrage en Afrique

Il ne s'agit pas ici de revenir sur l'analyse des fondements internes en ce qui concerne l'arbitrage d'une manière générale. La grande majorité des ouvrages relatifs à ce mode de règlement alternatif des différends traitent de cette question insistants sur les insuffisances de la justice étatique. Certes une telle raison est encore d'actualité, surtout sur le continent Africain, mais elle mérite d'être complétée. En effet, l'actuelle généralisation de l'arbitrage correspond à des raisons plus profondes tenant à la mondialisation des échanges économiques dans un sens plus libéral et à la recherche de moyens de régler les différends sous une forme autre que la justice de l'Etat. Ainsi nous présenterons près des raisons traditionnelles tenant aux insuffisances de la justice étatique (Paragraphe II), des raisons contemporaines fondées sur l'affirmation de l'autonomie de la volonté (Paragraphe III). Il conviendra également de

¹⁸⁸ Il s'agit du Cameroun (juillet 1974), le Congo (janvier 1974), le Mali (mars 1962), le Niger (février 1977), le Togo (mars 1976) etc.

¹⁸⁹ Art 98 alinéa 2. a) et b) de l'Accord de Cotonou ci-dessus cité.

recenser les instruments communautaires faisant référence à l'arbitrage dans leurs législations (Paragraphe IV), mais avant tout, intéressons-nous aux sources de l'arbitrage en Afrique avant les indépendances (Paragraphe I).

Paragraphe I : Les fondements internes de l'arbitrage antérieurs aux indépendances

L'héritage colonial a laissé à l'ensemble africain un arsenal juridique avec des lacunes considérables¹⁹⁰ aussi bien dans ses fondements que dans ses dispositions. L'ensemble des textes existants dataient de la fin du XVIII^{ème} et début du XIX^{ème} siècle, et n'ont jamais été réactualisés. En outre, ce ne sont pas la totalité des codes en vigueur qui étaient applicables en Afrique¹⁹¹. De ce fait les vides juridiques sur le continent étaient importants.

Néanmoins, certaines normes telles que la loi française de décembre 1925 validant la clause compromissoire dans les cas visés par l'article 631 alinéa 1^{er} du Code de commerce, qui comme son nom l'indique vise essentiellement les différends entre commerçants, avaient été étendues dans les colonies africaines. Toutefois, aux indépendances, l'ensemble des anciennes colonies françaises nouvellement indépendantes étaient dans une situation ambiguë et paradoxale. En effet, l'existence d'un texte instaurant la validité de la clause compromissoire, même s'il était restrictif, impliquait inexorablement la légalité de la procédure d'arbitrage comme mode de règlement de certains différends privés. Or, comme il n'existait aucun texte de procédure qui réglementait cet arbitrage, il était finalement difficile de faire fonctionner un arbitrage.

Malgré cette situation, certains Etats, après moult tergiversations sur la validité de l'arbitrage issu des différents textes postcoloniaux, sont restés fidèles à ce type de règlement des litiges en affirmant qu'en absence de norme règlementant la procédure d'arbitrage, les juridictions pouvaient faire référence « soit aux principes généraux de droit, soit aux dispositions du livre III du Code de procédure civile française à titre de raison écrite »¹⁹².

¹⁹⁰ R. AMOUSSOU-GUENOU, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne », Thèse, Paris II, 1995.

¹⁹¹ Ainsi le livre III du Code de procédure français de 1806 consacré à l'arbitrage n'avait pas été étendu aux colonies françaises d'Afrique, ainsi d'ailleurs que de très nombreuses autres dispositions du Code métropolitain de procédure civile. ; G. BOUVENET, Rec. Annoté des textes de procédure civile et commerciale en Afrique occidentale française, Paris, Ed. de l'Union Française, 1954.

¹⁹² Cour suprême de Côte d'Ivoire, 4 avril 1989, revue Arb., 1989, pp. 530 et s., note L. IDOT. Un arrêt de la cour suprême du Mali du 26 mars 1979 avait également admis la validité de la clause compromissoire en se basant sur l'art. 631 al. 2 du Code de commerce de 1925.

Beaucoup d'autres pays sont restés sans apporter aucune modification. Pire, malgré ces difficultés, nombre de ces pays ont perpétué pendant de nombreuses années ce « quasi vide » législatif¹⁹³, ce qui fait que dans certains pays aucun texte juridique ne faisait allusion à l'arbitrage. Seul un petit nombre de ces pays, à l'occasion de réformes judiciaires, avait introduit des dispositions plus ou moins acceptables relatives à l'arbitrage, même si ces dispositions étaient soit largement inspirées des lois françaises d'avant la réforme de 1981 soit tout simplement incomplètes¹⁹⁴.

Les réformes les plus courageuses ont été effectuées sur le continent au début des années 1990¹⁹⁵. Certaines de ces réformes reprennent presque en totalité les dispositions du droit français contemporain de l'arbitrage (la Côte d'Ivoire et le Mali notamment), en englobant même les aspects les plus contestables du droit français tels que la prohibition de la clause compromissoire en matière civile interne et l'interdiction de compromettre pour l'Etat et les établissements publics. D'autres ont été beaucoup plus originales¹⁹⁶ en s'inspirant de plusieurs sources internationales pour ce qui est de l'arbitrage international, et du droit français pour ce qui est de l'arbitrage interne. Bien sûr l'ensemble des textes déjà mentionnés ici est complètement remis en cause par le nouveau droit de l'arbitrage de l'Ohada, issu du Traité et de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage.

Il est indéniable que les règles héritées de la période coloniale constituent des fondements au droit de l'arbitrage en Afrique, mais d'autres facteurs expliquent le recours à cette institution.

Paragraphe II : Les raisons imputées à l'insuffisance de la justice étatique

¹⁹³ Le Code de procédure civile du Bénin du 23 mars 1981 ne contenait aucune disposition relative à l'arbitrage. Le Burkina Faso ne disposait même pas d'un Code de procédure civile. Le Code de procédure civile malien de 1961 ne contenait pas non plus de disposition sur l'arbitrage. En Côte d'Ivoire, le Code de procédure civile du 21 mars 1972 ne comportait également aucune disposition sur l'arbitrage.

¹⁹⁴ Art. 972 à 993 du Code de procédure civile gabonais du 2 février 1977. Le Sénégal avant la réforme du droit de l'arbitrage de 1998 notamment les articles 795 à 820 du Code de procédure civile de 1964.

¹⁹⁵ Loi 93.671 du 03 août 1993 relative à l'arbitrage. ; Art. 879 à 942 du Code de procédure civile malien du 28 juin 1994. ; Loi 98.30 du 14 avril 1998 sur les contrats relatifs au règlement des litiges qui ajoute un 3^{ème} livre au Code des obligations civiles et commerciales et décret 98.492 du 05 juin 1998 qui abroge le livre VI de la deuxième partie du Code de procédure civile pour le remplacer par des articles numérotés de 795 à 819-95. ; F. CAMARA, « Nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère », Rev. Arb., 1999, pp. 45 et s.

¹⁹⁶ Le droit sénégalais a en l'occurrence deux sources : le droit français en ce qui concerne l'arbitrage interne et la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. en ce qui concerne l'arbitrage commercial international.

Il est assez banal que de faire état des insuffisances de la justice étatique pour expliquer et plaider la cause des plaideurs du recours à l'arbitrage. Ces insuffisances ne sont pas uniquement propres à la justice africaine. D'ailleurs, de plus en plus de voix s'élèvent pour remettre en cause les prétendus avantages de l'arbitrage sur la justice étatique que sont la rapidité et le moindre coût de l'arbitrage. En revanche, l'engouement actuel de l'Afrique et tout particulièrement de l'Ohada pour l'arbitrage tient, en plus des insuffisances de la justice étatique, à la volonté affichée dans le Traité de « faciliter l'activité des entreprises » et de « garantir la sécurité juridique des activités économiques pour enfin favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »¹⁹⁷. L'idée force est de sécuriser l'investissement aussi bien national qu'étranger.

En définitive, l'analyste qui prend l'Afrique comme champ d'observation peut constater deux formes d'expression des insuffisances de la justice étatique comme élément explicatif du recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges liés aux affaires : les insuffisances communes à toutes les justices étatiques (A) et les insuffisances propres aux économies africaines (B).

A : Les insuffisances communes à toutes les justices étatiques

Au niveau mondiale, généralement on explique le recours à l'arbitrage par le fait que les milieux d'affaires sont réceptifs aux avantages que présenterait l'arbitrage par rapport à la justice d'Etat qui serait une justice très lente (1) et une justice très coûteuse (2). Ce n'est pas totalement faux, pour autant ces avantages sont plus ou moins illusoire, tout du moins pour les litiges purement internes.

1 : Les lenteurs de la justice étatique

La justice étatique est le plus souvent présentée comme étant dépourvu de toute forme de flexibilité à l'encontre de l'arbitrage. Certains avancent pour preuves de ce manque de flexibilité le formalisme rigide qui caractériserait la justice étatique. Un procès devant un tribunal étatique doit être mené conformément à des règles procédurales relativement immuables que les parties ne pourront jamais contourner. De même, le juge est lui-même lié par un formalisme assez rigoureux.

¹⁹⁷ Le préambule du Traité Ohada.

Toutefois, dans la pratique africaine de la justice d'Etat, on sait qu'il est presque toujours impossible de suivre les prescriptions des règles processuelles : le manque de moyens de la justice, les mauvaises conditions de travail des magistrats, l'inorganisation des greffes et beaucoup d'autres causes font que les délais pour rendre les jugements et les arrêts sont longues.

2 : Le coût de la justice étatique

On soutient habituellement que l'arbitrage offre une justice moins coûteuse que la justice étatique. Cet argument n'est cependant pas absolu et mérite d'être fortement nuancé surtout en ce qui concerne l'arbitrage international. Il y a en effet très peu de chances pour que ce genre d'arbitrage soit moins cher qu'un procès ordinaire. En effet, il est alors nécessaire de payer les arbitres alors que les juges, eux, ne le sont pas. Il faut également payer les frais administratifs, s'il s'agit d'un arbitrage institutionnel ou louer des locaux pour les réunions et les audiences, s'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc*. Il est vrai que certaines institutions d'arbitrage organisent presque gratuitement l'arbitrage mais il existe aussi des centres qui sont excessivement coûteux.

En définitive, cette question du coût des procédures n'emporte pas vraiment la conviction comme élément en faveur de l'arbitrage face à la justice d'Etat.

En sus des justifications classiques sur la justice d'Etat, d'autres, propres à l'Afrique, peuvent expliquer la préférence des milieux d'affaires pour l'arbitrage, au détriment de la justice d'Etat.

B : Les insuffisances spécifiques aux justices africaines

Un des principaux reproches formulé à l'encontre de la justice africaine dans la phase de gestation du Traité Ohada est de n'assurer presque aucune « sécurité » à l'investissement interne et aussi et surtout à l'investissement international. De même, la justice africaine est considérée comme étant incapable d'assurer une jurisprudence ferme du fait de l'éclatement des lieux de la décision judiciaire dans les différents pays africains. Par voie de conséquence, l'investisseur ne sait pas « à quel saint se vouer », les interprétations des éléments identiques d'un même litige étant différentes selon que le litige soit jugé à Dakar,

Brazzaville, Abidjan, Lomé ou Cotonou. Cette divergence d'interprétation a été particulièrement sensible dans le cadre de l'affaire des retraités d'Air Afrique par exemple. Cette situation était donc à l'origine d'une insécurité judiciaire qui n'était en fait qu'une des conséquences assez logiques de la disparité des législations internes applicables aux affaires.

C'est dans l'optique d'y remédier que le droit s'harmonise et que la justice l'est déjà au sommet avec la C.C.J.A. Mais déjà évoqué dans l'introduction, la justice est aujourd'hui à la fois publique et privée. Il fallait donc, en même temps que la création de la C.C.J.A., prévoir l'harmonisation de l'arbitrage. Ce fut fait, de manière un hasardeuse, dans le Traité lui-même¹⁹⁸. Cela dit, force est de le reconnaître, l'arbitrage offre de véritables avantages aux opérateurs économiques : leurs différends ne sont plus divulgués sur la place publique¹⁹⁹, le juge dans l'arbitrage a souvent une compétence technique strictement relative à l'affaire en litige²⁰⁰, la sentence arbitrale ne tranche pas dans le vif comme le jugement qui est souvent rendu de manière trop impersonnelle²⁰¹.

A côté de ces raisons expliquant le recours à l'arbitrage, on peut relever d'autres facteurs tenant à l'affirmation de l'autonomie de la volonté.

Paragraphe III : L'affirmation de l'autonomie de la volonté

Au plan économique, la période actuelle est marquée par le retrait de l'Etat des activités économiques. C'est un comportement généralisé qui explique le succès du concept de « mondialisation » invoqué désormais dans toutes les démonstrations qui se veulent « sérieuses ». Pour la famille des juristes, le recul de l'interventionnisme économique du pouvoir étatique signifie très souvent la diminution des règles de droit à caractère impératif et corrélativement le règne de l'autonomie de la volonté et de la liberté. En conséquence, le succès de l'arbitrage en Afrique, tout au moins en par les codifications, tient à la combinaison de deux facteurs : le succès de l'ordre libéral dans l'économie mondiale²⁰² et le recul des

¹⁹⁸ Le Traité aurait pu se borner à poser le principe et à renvoyer aux textes subséquents comme pour les autres matières.

¹⁹⁹ Pour des motifs de discrétion.

²⁰⁰ Compétence de l'arbitre.

²⁰¹ Possibilité d'un arbitrage en amiable composition.

²⁰² C'est le réceptacle.

dispositions impératives dans l'ordre juridique²⁰³. Aussi, le libéralisme économique emporte des conséquences juridiques. Dans notre problématique, le libéralisme ambiant ne rend plus du tout hérétique l'idée de privatisation de la justice (A), et de ce fait, la volonté individuelle peut créer son propre juge ou, plus largement, trouver ses propres modes de règlement des litiges (B).

A : La réception de l'affirmation de l'autonomie de la volonté par les acteurs économiques

La liberté individuelle et l'autonomie de la volonté ne peuvent trouver leur plein épanouissement que dans un cadre propice à l'expression des différences. Dès lors qu'une autorité suprême, même légitime, se met à régir dans le sens de leur uniformisation les comportements individuels, il y a de fortes chances de « scléroser » ces comportements et d'annihiler tout effort en vue d'atteindre un résultat performant.

Actuellement, les économies africaines sont toutes essentiellement tournées dans un sens libéral et prétendent privilégier le secteur privé. C'est une rupture d'avec les politiques économiques des années soixante. La plupart des secteurs de la vie économique et sociale qui étaient entre les mains de l'Etat fait l'objet d'un désinvestissement accéléré au profit des opérateurs économiques privés. La privatisation caractérise les économies contemporaines. Cette idée ne fait plus peur et les partisans du « tout libéral » ne lui tracent plus aucune frontière. Dans un tel climat, on comprend aisément que l'idée d'une « privatisation de la justice » ne soit point hérétique. C'est même devenu une banalité du discours sur la promotion du secteur privé en Afrique. C'est ainsi que de nombreuses institutions permanentes d'arbitrage sont installées presque partout sous l'égide des milieux d'affaires.

B : La réception par le droit de l'affirmation de l'autonomie de la volonté

Des traces du libéralisme économique existent dans la quasi-totalité des branches du droit. L'objet ici n'est pas d'en faire une présentation exhaustive. On s'efforcera d'évoquer ensemble deux phénomènes marquants du droit contemporain pour illustrer nos propos.

Premièrement, personne ne conteste le recul des règles d'ordre public en matière des contrats. La théorie générale des obligations intègre ce phénomène comme une des constantes

²⁰³ C'est la manifestation.

du droit contemporain des contrats. Le recul est tellement significatif que le droit des sociétés est à certains égards étudié dans la branche du droit des contrats²⁰⁴. Même l'Acte Uniforme sur les sociétés recèle de nombreux articles renvoyant à la volonté des parties²⁰⁵ pour régler des questions liées à la vie des sociétés.

Deuxièmement, on constate un recul des lieux judiciaires de la médiation à tel point que ce phénomène, désigné du vocable « déjudiciarisation », retient l'attention de nombreux juristes et de spécialistes qui font du droit leur champ d'investigation. C'est principalement en Grande Bretagne et aux Etats-Unis que sont nées et se sont développées les principales formes de mode alternatif de règlement des conflits.

En prenant conscience du coût et de la complexité croissants des conflits dans lesquels sont impliquées les firmes, les juristes d'entreprise et les autres professionnels du droit se sont mis à explorer des modes plus simples de règlement des conflits, et notamment l'arbitrage, mécanismes de contournement du juge étatique reposant sur un accord aussi bien dans la désignation du tiers chargé d'aider à la solution du litige, que dans la solution elle-même.

Paragraphe IV : Les instruments communautaires

Il s'agit ici de voir comment les institutions communautaires ont élaboré des textes, ou des codes, afin de promouvoir et de sécuriser les investissements dans leurs zones d'influence. Pour plus de clarté, nous nous intéresserons dans un premier temps aux instruments de l'Ohada (A), ainsi qu'à d'autres non moins importants, dans un second temps (B).

A : Les instruments de l'Ohada

L'essentiel des normes de l'Ohada relatives à l'arbitrage est constitué de quelques dispositions du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires (1), de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage du 11 mars 1999 (2) et du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. (3).

²⁰⁴ Ouvrage de GUYON consacré au droit des sociétés et publié dans le traité des contrats que dirige J. GHESTIN à la L.G.D.J.

²⁰⁵ C'est-à-dire aux statuts.

1 : Le Traité du 17 octobre 1993 instituant l'harmonisation du droit des affaires en Afrique

Il est primordial de rappeler, avant d'en étudier les dispositions, que le Traité ne constitue pas à lui seul l'unique fondement du droit Ohada. L'Acte Uniforme et le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. en sont également des fondements. Il est cependant important d'établir une hiérarchie entre ces différents fondements afin de déterminer la portée de chacun de ces textes.

Il convient tout d'abord de préciser que le Traité constitutif de l'Ohada vise l'arbitrage dans deux parties différentes²⁰⁶, avec des fonctions totalement distinctes. Le Traité présente donc deux importantes rubriques, totalement distinctes, de dispositions portant sur l'arbitrage.

La première disposition résulte de l'article 2 du Traité qui liste les domaines juridiques qui entrent dans le cadre exclusif du droit des affaires et qui, en conséquence, devront être harmonisés conformément à l'objet même du Traité qui est précisé en son article 1^{er}. Or, l'arbitrage figure parmi ces matières qui doivent faire l'objet d'une harmonisation, qui a d'ailleurs abouti par l'adoption de l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage de 1999. Ainsi, on peut dire que cette disposition, qui est certes la plus courte, est néanmoins la plus importante par sa portée.

Le titre IV du Traité intitulé « l'arbitrage » constitue la seconde famille des dispositions relatives à l'arbitrage. Alors que l'objet de l'article 2 était d'harmoniser l'arbitrage, le titre IV, à travers les articles 21 et suivants, s'attèle tout simplement à organiser une procédure d'arbitrage singulière dans le cadre de la C.C.J.A.,²⁰⁷ qui pose le cadre d'un arbitrage institutionnel spécifique, complété par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Force est alors de constater que l'Acte Uniforme sur l'arbitrage a été fondé sur la base de l'article 2 du Traité alors que le Règlement d'arbitrage l'a été sur la base des articles 21 et suivants et tout particulier l'article 26. La portée très différente des dispositions du Traité en matière d'arbitrage induit ainsi deux actes complémentaires²⁰⁸. Le Règlement, à l'instar de tous les règlements d'arbitrage, organise la procédure en vigueur pour les arbitrages qui se déroulent au sein de l'institution permanente que constitue la Cour Commune.

²⁰⁶ Titre I relatif aux dispositions générales et Titre IV relatif à l'arbitrage.

²⁰⁷ Art. 21 et suivants.

²⁰⁸ Acte Uniforme relatif à l'arbitrage et Règlement d'arbitrage.

L'arbitrage institutionnel, organisé selon les principes des articles 21 à 26 du Traité, est limité aux litiges d'ordre contractuel²⁰⁹. Par conséquent, les relations conflictuelles extracontractuelles sont exclues. Il est certain que les litiges d'origine contractuelle constituent l'essentiel des différends soumis devant un tribunal arbitral. Cependant on peut s'étonner et interroger la pertinence de cette restriction qui peut être perçue comme un frein à l'arbitrage.

L'arbitrage institutionnel de l'Ohada confère à la C.C.J.A. des attributions d'ordre administratif. De ce point de vue, l'arbitrage de la C.C.J.A. ne diffère point de celui des autres institutions permanentes d'arbitrage et suscite les mêmes interrogations. Ces attributions administratives sont revues, dans leurs principe, à l'article 21 alinéa 2 du Traité et précisées à la fois par les articles 22 et 24²¹⁰, et surtout par le Règlement d'arbitrage. Quant à la fonction juridictionnelle, la seule compétence réellement visée par le Traité concerne l'exequatur des sentences arbitrales qui est la compétence exclusive de la Cour²¹¹.

Ainsi, le Traité règle un certain nombre de questions telles que la validité de la clause compromissoire qui est la convention d'arbitrage signée avant la naissance du litige, le domaine de l'arbitrage²¹², le rôle de la C.C.J.A. en tant que centre d'arbitrage²¹³ et en tant que juridiction, l'autonomie de la convention d'arbitrage²¹⁴, la portée et l'exequatur des sentences. Mais ce qui importe véritablement ici, c'est qu'il faut avoir à l'esprit la place du Traité dans la hiérarchie des normes applicables dans un pays et celle tenue par l'Acte Uniforme.

2 : L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage

Il constitue l'instrument juridique fondamental duquel l'arbitrage *ad hoc* Ohada fonde sa principale teneur. En effet, l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage est un ensemble de dispositions de nature législative²¹⁵ qui régit les différents aspects de l'arbitrage interne et

²⁰⁹ Art. 21 du Traité.

²¹⁰ Pour ce qui concerne respectivement la nomination, la récusation et le remplacement des arbitres et l'examen préalable du projet de sentence.

²¹¹ Art. 25.

²¹² Différend d'ordre contractuel.

²¹³ Rôle administratif.

²¹⁴ Art. 23 du Traité.

²¹⁵ Quoique son élaboration, comme celle de l'ensemble des autres Actes Uniformes, ne soit pas l'œuvre des parlements nationaux.

international à l'intérieur de l'espace Ohada²¹⁶. Il est l'un des actes prévus par le Traité Ohada pour régir son champ d'application ayant exclusivement trait au domaine du droit des affaires²¹⁷. Il a été adopté le 11 mars 1999 et est entré en vigueur le 11 juin 1999. Du point de vue rédactionnel, c'est une législation très courte contenant seulement 36 articles. Sa formulation, aussi bref qu'elle puisse paraître, ne souffre tout de même pas de trop de lacunes d'autant plus que dans sa version finale, il a fait sien, des principes fondamentaux de l'arbitrage international aussi bien commercial que d'investissement. Ainsi donc, il se caractérise par le plus grand libéralisme²¹⁸ reconnu à ce mode de règlement privé des conflits.

L'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage est hétéroclite. En effet, il est largement inspiré d'une part du droit français de l'arbitrage et certaines dispositions du droit suisse de l'arbitrage international lui sont d'autre part adjointes. Cet aspect hétéroclite de la nature de l'Acte Uniforme a permis à un auteur de conclure que le droit Ohada de l'arbitrage, en l'occurrence l'Acte Uniforme, n'a pas dérogé au principe qui veut que le choix du style législatif se fasse parmi les grands systèmes ou modèles dominants. Ainsi, la réforme juridique entreprise par l'Ohada selon cet auteur n'a pas pu échapper à la « règle du politiquement ou de l'idéologiquement correcte »²¹⁹. Il en a déduit qu'en l'espèce, le législateur Ohada semble avoir construit un système d'arbitrage qui, bien que *sui generis* et composite, pourrait être classé dans la famille du droit français²²⁰. Du fait de son caractère hybride nous pousserons même un peu plus loin la catégorisation en disant que le droit Ohada de l'arbitrage peut être rattaché à la famille des droits de tradition civiliste²²¹, c'est-à-dire les droits romano-germaniques.

Du droit français, l'arbitrage Ohada en a adopté la philosophie libérale²²². Tout en reconnaissant la suprématie de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral, il a aussi réglementé l'organisation de la procédure arbitrale. La quasi-totalité de ses

²¹⁶ Ph. LÉBOULANGER, « Présentation Générale des Actes sur l'Arbitrage » dans « L'Ohada et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique », Travaux du centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 63.

²¹⁷ Art. 2 de l'A.U/D.A.

²¹⁸ Ph. LÉBOULANGER, « Présentation Générale des Actes sur l'Arbitrage » dans « L'Ohada et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique », *op.cit.*, p. 65.

²¹⁹ R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'Ohada », dans « L'Ohada et les perspectives de l'Arbitrage en Afrique », Travaux du centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 24.

²²⁰ *Idem.*

²²¹ Les droits de tradition civiliste constituent un système juridique appelé aussi droit civil (en anglais Civil Law) ou système romano-germanique, qui puise ses origines dans le droit romain et comprend un système complet de règles, habituellement codifiées, qui sont appliquées et interprétées par des juges civils.

²²² B. OPPETIT, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », J.D.I., 1993, p. 811.

dispositions ont un caractère supplétif et l'importance du rôle du juge étatique est limité à la coopération à l'arbitrage avec un contrôle sur la sentence arbitrale conforme aux critères généralement admis en droit comparé²²³.

Du droit suisse, L'acte Uniforme a repris les dispositions sur l'arbitrabilité subjective de l'article 177 al. 2 de la Loi Fédérale Suisse sur le Droit International Privé portant sur l'arbitrage international. Il convient de remarquer que cette disposition est formelle sur les restrictions des droits portant sur l'aptitude des entités comme l'Etats, les collectivités ou entreprises publiques, à se soumettre à l'arbitrage qui deviennent inopposables à leurs cocontractants lorsqu'une convention les lie²²⁴. Cependant, aussi louable que puisse être l'entreprise des législateurs de l'Ohada à avoir un droit moderne de l'arbitrage, le texte de l'Acte Uniforme comporte un certain nombre d'insuffisances qui portent sur l'absence de dispositions relatives à l'arbitrage multipartite et la possibilité qui peut être donnée aux litigants ou au tribunal d'ordonner la jonction de procédures connexes.

On examinera d'abord les champs d'application de l'Acte Uniforme (a), puis sa portée sur les législations nationales antérieures (b), et enfin les principes généraux qui le caractérisent (c).

a) Les champs d'application de l'Acte Uniforme

Il s'agit de dégager le champ d'application spatial (a-1) et le champ d'application matériel (a-1) de l'Acte Uniforme.

a-1 : Le champ d'application spatial de l'Acte Uniforme

L'Acte Uniforme définit son champ d'application spatial par rapport à la notion du siège du tribunal arbitral. C'est ainsi que son article 1^{er} dispose que « le présent acte a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal se trouve dans l'un des Etats parties ». L'Acte ne définit pas ce qu'il faut entendre par le terme de siège. Selon

²²³ Ph. LEBOULANGER, «Présentation Générale des Actes sur l'Arbitrage » dans « L'Ohada et les perspectives de l'Arbitrage en Afrique », Travaux du centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 66.

²²⁴ Art. 2 al. 2 de l'Acte Uniforme qui pose le principe de l'arbitrabilité subjective dont nous aborderons la revue dans la suite de notre étude.

plusieurs auteurs, deux acceptions sont, a priori, possibles²²⁵. Selon Pierre MEYER « une première acception, « territorialiste », peut y voir le lieu géographique où se déroulent les opérations d'arbitrage. Une deuxième conception voit dans le siège de l'arbitrage, non pas un lieu, mais un environnement juridique choisi par les parties pour leur arbitrage »²²⁶. Le siège est alors indépendant du lieu matériel, géographique de l'arbitrage. Il est ainsi, en lui-même, sans signification. Le siège ne devrait avoir de portée que par rapport au rattachement qu'il opère entre l'arbitrage et un système de droit, tout particulièrement pour ce qui concerne le for judiciaire d'appui à l'arbitrage et les voies de recours ouvertes contre la sentence. Pour Pierre MEYER, cette conception volontariste du siège de l'arbitrage permet ainsi de relier l'arbitrage au droit d'un Etat, sans obligation de tenir matériellement les audiences dans ledit Etat.

Il est difficile de déterminer avec précision la conception du siège dans l'Acte Uniforme. En effet, le fait qu'il recoure à l'expression « siège du tribunal arbitral », plutôt qu'à celle de « siège de l'arbitrage », constitue un indice que le siège, pour les auteurs de l'acte, est un lieu spatialement situé.

a-2 : Le champ d'application matériel de l'Acte Uniforme

Le champ d'application matériel est défini par l'article 1^{er} de l'Acte Uniforme. Il s'applique ainsi à « tout arbitrage »²²⁷, sans exclusif de forme ou de nature. En effet, s'il est évident que l'Acte Uniforme est la source principale de l'arbitrage international dans l'espace Ohada, il constitue sans nul doute le droit commun de l'arbitrage dans cette zone et, en tant que tel, peut régir toutes sortes d'arbitrage. L'Acte Uniforme est formel sur son champ d'application matériel puisque sa portée n'est exclusive d'aucune forme d'arbitrage. Il peut s'en déduire qu'il peut donc régir, dans l'espace Ohada, un arbitrage *ad hoc* d'investissement sur la base des conditions classiques contraignantes de compétence tenant au consentement, aux parties, à la nature de l'investissement etc. que l'on retrouve dans la jurisprudence du C.I.R.D.I. Nous inférons cette compétence supposée de l'Acte Uniforme à pouvoir s'appliquer à un arbitrage d'investissement du fait qu'il nous semble avoir tenu grand compte des développements récents du droit et de la jurisprudence de l'arbitrage international. En effet, il en consacre les grands principes applicables à un arbitrage d'investissement tels qu'ils

²²⁵ A. PANCHAUD, « Le siège de l'arbitrage international de droit privé », *Revu. Fr. Arb.*, 1966, pp. 1 et s ; G. KAUFFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexion à propos de deux formes récentes d'arbitrage », *Revu. Fr. Arb.*, 1998, pp. 517 et s.

²²⁶ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage. », *op. cit.*, p. 59.

²²⁷ Art. 1^{er} de l'A.U./D.A.

ressortent des instruments du C.I.R.D.I. que sont ceux du contradictoire, de l'autonomie des parties, de l'indépendance et de la séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal avec son corollaire du principe de compétence-compétence du tribunal arbitral pour ne citer que ces grands principes là.

b) La hiérarchie entre l'Acte Uniforme et les législations antérieures

En s'appliquant à tout arbitrage, l'Acte a nécessairement des implications sur les législations nationales antérieures²²⁸. La question de la hiérarchie entre ces deux séries d'actes doit être résolue selon la même méthode et les mêmes principes que pour tous les autres actes uniformes.

A cet égard, l'article 10 du Traité Ohada dispose que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Le fait que le Traité vise expressément les dispositions internes postérieures exprime clairement la supériorité hiérarchique des actes uniformes sur les dispositions normatives de droit interne.

Les dispositions internes antérieures à un acte uniforme sont donc évidemment abrogées. On peut logiquement se poser la question de savoir si l'effet abrogatoire de l'Acte Uniforme doit avoir une portée plus importante encore et ne pas concerner que les seules dispositions internes contraires. Il faut avoir à l'esprit que le Traité ne vise que les dispositions contraires, mais il faut également observer que l'objet d'une législation uniforme est normalement de se substituer aux législations nationales antérieures. Toute autre solution mettrait en danger la sécurité juridique, qui est l'objectif majeure de toute loi uniforme.

La portée de l'effet abrogatoire de l'Acte Uniforme, même si elle est complète, doit être bien comprise. Elle ne peut nullement avoir pour effet d'abroger les normes internes particulières existant dans certains Etats à l'effet d'organiser une procédure spécifique d'arbitrage institutionnel. L'effet abrogatoire ne peut concerner que les lois générales, c'est-à-dire organisant le droit de l'arbitrage. Cependant, il faudra que les textes, législatifs ou d'une autre nature, qui les régissent soient conformes au nouveau droit uniforme de l'arbitrage.

²²⁸ G. KENFACK-DOUJANI, « L'incidence du système Ohada sur le droit camerounais de l'arbitrage », *Revu. Cmr. Arb.* 1981, n° 1, pp. 3 et s.

c) Les caractères de l'Acte Uniforme

Les législations contemporaines sur l'arbitrage se caractérisent par un certain nombre d'objectifs communs qui semblent constituer des principes généraux de l'arbitrage²²⁹. On peut en relever trois qui paraissent essentiels. On constatera que, relativement à chacun de ces caractères, la législation uniforme de l'Ohada s'inscrit, de manière très affirmée, dans ces tendances contemporaines du droit arbitral.

D'abord, les législations modernes sur l'arbitrage ont pour but d'assurer et de renforcer l'efficacité des conventions d'arbitrage. Ceci suppose, entre autres, l'affirmation de l'autonomie de ces conventions et l'élargissement des matières susceptibles de donner lieu à un arbitrage. L'Acte Uniforme affirme, de manière explicite, l'autonomie de la convention d'arbitrage et lui confère une portée qu'aucune autre législation ne lui a reconnue.

Ensuite, les législations contemporaines permettent le détachement de l'arbitrage de tout droit étatique, aussi bien du point de vue de la procédure arbitrale que du point de vue du droit applicable au fond du litige. La délocalisation procédurale est expressément consacrée par l'article 14 de l'Acte tandis que l'article 15, en visant les « règles de droit » et non les seules lois étatiques, permet la dénationalisation du droit applicable au litige.

Enfin, les législations actuelles se caractérisent par la limitation du contrôle judiciaire sur l'arbitrage en limitant les voies de recours contre les sentences et le nombre de griefs recevables contre la sentence. Sur ce point également, l'Acte Uniforme, en instituant une voie de recours ordinaire, le recours en annulation, et en fixant de manière limitative les causes d'annulation de la sentence, participe également de cette tendance du droit contemporain de l'arbitrage.

Après le Traité et l'Acte Uniforme, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. constitue le troisième instrument permettant de promouvoir et de sécuriser les investissements dans la zone Ohada par l'arbitrage.

3 : Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Afin de n'est pas dérogé à son esprit de promotion de l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels, le Traité Ohada a, dans ses dispositions et notamment

²²⁹ Ph. FOUCARD, *juriscl. Dr. Int.*, voir arbitrage commercial international, Fasc. 582-2, n° 60 et s.

son article 1^{er}, apporté la précision selon laquelle l'uniformisation du droit des affaires dans les Etats parties passe « par l'encouragement au recours de l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels »²³⁰. Pour y arriver, deux textes relatifs au droit de l'arbitrage ont été adoptés le 11 mars 1999 à l'issue du Conseil des ministres, organe législatif du système Ohada : l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage dans le cadre du Traité Ohada ainsi que le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A.) Ohada²³¹.

Le Règlement de la C.C.J.A. comprend 34 articles. Il est, un *continuum juris*²³² c'est-à-dire un relai juridique au Titre IV du Traité Ohada avec lequel il forme un tout cohérent. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. a pour objet d'organiser l'arbitrage institutionnel mis en place au sein de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'Abidjan. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. est pour partie semblable à celui de tous les règlements d'arbitrage contemporains. Il est d'ailleurs manifestement inspiré du Règlement de la C.C.I. de Paris²³³ et est subdivisé en trois chapitres qui portent sur les attributions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'arbitrage, sur la procédure à suivre devant ladite Cour, mais enfin et surtout sur certaines dispositions sur la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues sur la base de ses dispositions²³⁴. Ce dernier pouvoir fait du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., le plus complet de tous les autres règlements.

On examinera ainsi sa nature juridique (a), son champ d'application (b) et ses institutions de fonctionnement (c).

²³⁰ G. KENFACK-DOUJANI et C. IMHOOS, « L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité Ohada », Revu. Cmr. Arb. n° 5, avril-mai-juin 1999, p. 3. ; P. MEYER, « L'Acte Uniforme de l'Ohada sur le droit de l'arbitrage », Revue de Droit des Affaires Internationales (R.D.A.I.), n° 6, 1999, p. 630.

²³¹ R. BOURDIN, « Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », Rev. Cmr. Arb., n° 5, avril-mai-juin 1999, pp. 10 et s ; G. KENFACK-DOUJANI, « L'arbitrage C.C.J.A. », Rev. Cmr. Arb., n° 6, juillet-août-septembre 1999, pp. 3 et s.

²³² Cette expression est utilisée par la Cour Internationale de Justice pour la première fois dans un arrêt de la Cour relatif au conflit frontalier Burkina Faso / Mali. Voir Arrêt du 22 décembre 1986, différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), C.I.J. Recueil 1986, p. 568 § 30, <http://www.icj-cij.org/docket/files/69/6446.pdf>.

²³³ Nous avons déjà traité de ce Règlement de la C.C.I. comme source privée du droit de l'arbitrage d'investissement dans l'Ohada.

²³⁴ Chap. II, art. 29 et s. ; R.A./C.C.J.A.

a) La nature juridique du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Le Règlement d'arbitrage est la manifestation de la volonté des Etats membres de l'organisation, en ce sens qu'il a été adopté à l'unanimité par ces Etats. Cette particularité quant à son mode d'adoption en fait son originalité.

En effet, contrairement à presque tous les règlements d'arbitrage, celui de la C.C.J.A. est d'origine publique, ce qui lui procure un caractère obligatoire tiré de la volonté étatique des pays membres. Pour les parties, cette force obligatoire se concrétise par le fait qu'elles choisissent l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A. Ainsi que dispose le Règlement, « lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la cour, elles se soumettent par là même aux dispositions du titre IV du Traité de l'Ohada, au présent règlement, au règlement intérieur de la cour, à leurs annexes et au barème des frais d'arbitrage »²³⁵.

b) Le champ d'application du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Entrent dans le champ d'application du Règlement les différends portés devant la C.C.J.A. aux fins d'arbitrage. Ces différends doivent être d'ordre contractuel. De plus, le contrat à l'origine du différend doit présenter un lien avec un Etat partie, soit par son lieu d'exécution qui, en tout ou en partie, doit être situé dans un Etat partie, soit par le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties dans un Etat membre.

On peut se poser la question de savoir si le champ d'application du Règlement est limité aux litiges ainsi définis du point de vue de leur nature et de leur rattachement à un Etat partie. Une réponse affirmative semble devoir s'imposer. Dans le cas contraire, on ne comprendrait pas le sens qu'il faut attribuer à l'article 2 §1 du R.A./C.C.J.A., qui est une reprise intégrale de l'article 21 §1 du Traité, qui a précisément pour objet de limiter le champ d'application du Règlement et donc la compétence de l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A. Ce sont les raisons qui expliquent que le commentaire de l'article 21 du Traité propose de répondre affirmativement à la question de savoir si la C.C.J.A. peut connaître de litiges non définis à l'article 21 du Traité et donc à l'article 2 §1 du Règlement d'arbitrage. Ainsi, le commentaire suggère que « la réponse affirmative s'impose si la convention d'arbitrage lui attribue compétence »²³⁶.

²³⁵ Art. 10, §1, du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

²³⁶ J. LOHOUES-OBLE, « commentaire du traité », dans « Ohada : traité et Actes Uniformes commentés et annotés », Juriscope, 2^e éd. 2002, p. 37.

4 : Les institutions de fonctionnement de l'arbitrage C.C.J.A.

Il s'agit de la Cour (a) et des juridictions arbitrales (b).

a) La Cour

Nous avons vu auparavant que la Cour exerce des fonctions à la fois administratives et juridictionnelles²³⁷. Les fonctions administratives de la Cour sont définies dans le chapitre II du Règlement, alors que ses fonctions juridictionnelles sont relatives au recours en contestation de validité²³⁸ et à l'exequatur des sentences arbitrales²³⁹. Sur ce point, le Règlement présente une autre facette de son originalité²⁴⁰.

Trente six articles forment l'Acte Uniforme et se trouve, dans la lignée du Traité, e conformité avec les grands principes de l'arbitrage : les conventions d'arbitrage sont autonomes, les arbitres ont la compétence de leur compétence, l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage, la limitation des voies de recours contre la sentence, l'exequatur par la « juridiction compétente » etc. Il détermine les fonctions administratives de la Cour dans le déroulement de l'arbitrage. Il est primordial de remarquer que la Cour ne rend pas de jugement, les litiges étant résolus par les tribunaux arbitraux.

On trouve néanmoins des divergences entre le Règlement arbitral de la C.C.J.A. et les autres règlements d'arbitrage. Il diffère par exemple du Règlement d'arbitrage de C.C.I. par les fonctions juridictionnelles octroyées à la C.C.J.A. Ces fonctions juridictionnelles sont relatives au recours en contestation de validité de la sentence²⁴¹ et à l'exequatur des sentences arbitrales²⁴², le recours en révision²⁴³ et la tierce opposition²⁴⁴. Alors que les autres institutions permanentes d'arbitrage, à l'exception du C.I.R.D.I., ne peuvent assurer de telles fonctions juridictionnelles, la Cour de l'Ohada peut les assumer en raison de sa nature de juridiction internationale des Etats membres²⁴⁵. Ces fonctions ne lient bien entendu que les seuls Etats de

²³⁷ Introduction.

²³⁸ Art. 29 du R.A./C.C.J.A.

²³⁹ Art. 30 du R.A./C.C.J.A.

²⁴⁰ Sur ce point, la C.C.J.A. devrait veiller à distinguer soigneusement ce qui relève de l'administration de l'arbitrage des tâches juridictionnelles.

²⁴¹ Art. 29 du R.A./C.C.J.A.

²⁴² Art. 30 du R.A./C.C.J.A.

²⁴³ Art. 32 du R.A./C.C.J.A.

²⁴⁴ Art. 33 du R.A./C.C.J.A.

²⁴⁵ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 65 et s.

l'Ohada et non les Etats tiers²⁴⁶. Ainsi, l'exequatur accordé par la C.C.J.A. n'a d'efficacité que dans les seuls Etats membres de l'organisation. Dès lors, les décisions prises par la C.C.J.A. relativement à la validité de la sentence ne privent pas les Etats tiers de connaître des recours contre la sentence dans les conditions et selon les modalités de leur législation sur l'arbitrage²⁴⁷.

b) Les juridictions arbitrales

Il s'agit de souligner ici, d'un point de vue général, l'importance des arbitres au sein d'une institution d'arbitrage. Puisque la Cour ne tranche pas elle-même les différends, les arbitres constituent un instrument essentiel du fonctionnement de l'arbitrage organisé par la C.C.J.A.

La Cour dresse une liste d'arbitres, qui est mise à jour annuellement²⁴⁸, après avoir recueilli, le cas échéant, l'avis des particuliers dont la compétence est reconnue en matière d'arbitrage commercial international²⁴⁹. Aucune condition de nationalité n'est exigée pour figurer sur ladite liste, pas plus d'ailleurs qu'aucune autre condition générale. Il est important de préciser que les arbitres composant un tribunal arbitral ne doivent pas nécessairement figurer sur une liste établie par la Cour. Le pouvoir de juger conféré aux arbitres fait nécessairement que, pour chaque tribunal arbitral, l'arbitre doit être²⁵⁰ et « demeurer indépendant des parties en cause ». La constitution du tribunal arbitral par la Cour peut tenir compte des circonstances factuelles ou juridiques du litige. Ainsi, « pour nommer les arbitres, la Cour tient compte de la nationalité des parties, du lieu de résidence de celles-ci et du lieu de résidence de leurs conseils et des arbitres, de la langue des parties, de la nature des questions »²⁵¹. Les arbitres remplissent un rôle essentiel dans l'arbitrage de la C.C.J.A. puisque, comme tous les arbitres dans un arbitrage juridictionnel, ils jugent le litige qui leur est déféré conformément aux règles de procédure fixées par le Règlement d'arbitrage.

²⁴⁶ *Idem.*

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ Art. 3 §2 du R.A./C.C.J.A.

²⁴⁹ Art. 3 §3 du R.A./C.C.J.A.

²⁵⁰ Art. 4 §1 du R.A./C.C.J.A.

²⁵¹ Art. 3 § 3 du R.A./C.C.J.A.

B : Les autres instruments communautaires

Il s'agit ici d'évoquer ce qui est nommé « le nouveau droit des investissements dans l'espace Ohada »²⁵². Il est essentiellement constitué de deux textes fondamentaux applicables à l'investissement, textes qui régissent l'une des branches les plus importantes du droit international du développement qu'est le droit des investissements²⁵³. Un rapide rappel historique du cadre juridique de l'investissement dans l'espace Ohada nous édifierait sur le fondement de l'arbitrage d'investissement dans cette zone.

A l'accession des pays membres de l'Ohada à l'indépendance, l'urgence de se doter d'instruments législatifs favorables à la stimulation et à l'accroissement des capitaux extérieurs afin de favoriser l'essor des activités économiques s'est fait ressentir. A cet effet, nombre de pays s'est doté d'un code des investissements, ensemble de règles encadrant les conditions dans lesquelles les personnes physiques et morales exerçant ou se proposant d'exercer une activité économique ou d'investir dans le pays, peuvent bénéficier des garanties ou avantages prévus par cette législation. Ces codes sont structurés de telle sorte à permettre aux investisseurs de retrouver dans un seul et même document les conditions d'agrément et les divers avantages fiscaux, économiques et juridiques dont ils peuvent bénéficier.

A leur lecture et étude, il ressort que ces codes prévoient tous, deux catégories de garanties dont les éventuels investisseurs peuvent bénéficier. Une première catégorie de garanties d'ordre général couvre toutes les mesures de sécurité et de protection de l'investissement étranger²⁵⁴. Une seconde catégorie de garanties dites spéciales est faite de diverses exonérations fiscales et douanières que les lois de finances des Etats considérés ont progressivement vidé de leur substance, au point d'en faire des « coquilles vides »²⁵⁵. Ces codes et avec eux les conventions d'établissement²⁵⁶ et les codes pétroliers et miniers ont

²⁵² G. KENFACK-DOUJANI, « Arbitrage et investissement dans l'espace Ohada », Rev. Cmr. Arb. n° 37, avril, mai-juin 2007, p. 3.

²⁵³ Ph. KAHN cité par R. AMOUSSOU-GUENOU, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne, Thèse polyc. Université Paris II, 1995, p. 78, note 84. Selon l'auteur le droit des investissements constitue « une des branches les plus importantes du droit international du développement ».

²⁵⁴ Il en est ainsi des services liés à l'absence de discrimination entre les investissements étrangers et les nationaux, à la garantie de « l'inexpropriation » ou de la non nationalisation de l'investissement et le cas échéant, la garantie d'une indemnisation préalable de l'investissement, à la garantie du libre transfert des revenus et des fonds par l'investisseur y compris la garantie des risques non commerciaux prévus par le Traité de Séoul instituant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.).

²⁵⁵ G. KENFACK-DOUJANI, « Arbitrage et investissement dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁶ Selon Ch. HABERLI cité par R. AMOUSSOU-GUENOU, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial International en Afrique subsaharienne », Thèse. Université Paris II, 1995, p. 78, note 84. Les conventions d'établissement sont des accords de nature particulière entre l'Etat et l'investisseur étranger.

constitué pendant longtemps les principales sources du droit de l'arbitrage d'investissement dans ces Etats.

Par ailleurs, même s'ils ne feront pas l'objet d'une étude approfondie, il convient de souligner le rôle et l'importance des accords bilatéraux entre les pays hors espace Ohada et les Etats membres de l'Ohada se référant à l'arbitrage d'investissement, comme source de l'arbitrage d'investissement dans l'espace Ohada. Ces accords bilatéraux permettent d'assurer que les ressortissants de chaque Etat, en investissant dans l'autre Etat, se verront accorder certains droits dont la violation donne droit à des dommages-intérêts. Les accords bilatéraux d'investissement impliquant les Etats membres de l'Ohada, dans leur immense majorité, prévoient habituellement l'arbitrage du C.I.R.D.I. conformément à la Convention de Washington ou conformément aux règles du Mécanisme additionnel du centre. Référence est aussi souvent faite aux arbitrages *ad hoc* conformément à l'arbitrage C.N.U.D.C.I. Toutefois, actuellement, de plus en plus, se profilent dans ces accords des clauses d'arbitrage se référant aux procédures de l'arbitrage Ohada.

Ceci étant, nous distinguerons les fondement de l'arbitrage dans l'espace Centre-africain d'une part, à travers la Charte C.E.M.A.C. (2) et d'autre part, le rôle que jouent les dispositions sur le règlement des différends comme source de l'arbitrage dans la Loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest (1).

1 : Le droit de l'investissement et l'arbitrage dans la zone ouest-africaine

Contrairement à la zone C.E.M.A.C., la zone de l'Ouest-africain²⁵⁷ ne dispose pas d'une Charte destinée à réguler l'ensemble des dispositions relatives à la promotion et à la protection de l'investissement. Ce constat a permis au Ministère du Commerce des Etats-Unis d'Amérique de mettre en place un Programme de Développement du Droit Commercial appelé C.L.D.P.²⁵⁸ selon son acronyme anglais. En effet, la fiche informative du C.L.D.P. propose une assistance technique aux gouvernements des pays en voie de développement qui souhaiteraient améliorer l'environnement juridique pour la promotion des entreprises et des affaires dans leurs pays respectifs. Pour cela, le C.L.D.P. avait organisé certaines conférences

²⁵⁷ Il convient de noter que la C.E.D.E.A.O. a été créée en 1975 et comprend les pays suivants : Bénin, Burkina-Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Liberia, Mali, Mauritanie, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Léone et Togo.

²⁵⁸ Commercial Law Development Program, voir le site : <http://www.cldp.doc.gov/>

et séminaires sur les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (M.A.R.C.) et le droit des investissements. En avril 2003, une conférence tenue à Accra au Ghana sur « l'analyse d'un Code sur l'Investissement » en vue de la protection et de la promotion des investissements a abouti à l'adoption d'une « Loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest »²⁵⁹.

Le texte de cette Loi-modèle du point de vue de sa consistance est très court et ne contient que 11 articles traitant de tous les aspects relatifs à la protection et à la promotion de l'investissement²⁶⁰. Du point de vue de la protection juridique et judiciaire de l'investissement, les points essentiels de cette Loi-modèle, sont référencés à l'article 7 alinéa 2 qui prévoit que tous les litiges émanant de l'application du présent article seront résolus en conformité avec les dispositions de l'article 10. Or, à la lecture des dispositions de cet article force est de constater qu'il recourt à un mécanisme hiérarchisé qui va du règlement amiable à la médiation ou conciliation et à l'arbitrage²⁶¹. Ceci étant, les modèles d'arbitrage retenus par cette Loi-modèle sont entre autres ceux du C.I.R.D.I., de la C.C.I. et de la C.C.J.A. ou de toute autre institution d'arbitrage. Il convient donc de constater que, tout comme la Charte C.E.M.A.C., la Loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest ne dispose pas d'un mécanisme propre de règlement des conflits mais fait référence à l'arbitrage des principaux forums internationaux de règlement des conflits liés à l'investissement, y compris l'arbitrage Ohada. Cela témoigne de son utilité comme source de l'arbitrage d'investissement même au-delà de la zone circonscrite par son champ d'application.

2 : Le droit de l'investissement et l'arbitrage dans la zone centre africaine

Il s'agit d'un ensemble de textes relevant du droit commun de l'investissement et régissant les activités liées à l'investissement dans l'espace géographique circonscrit par la

²⁵⁹ Il s'agit, selon les dispositions de l'article 2 de la fiche technique informative sur les activités en Afrique de l'Ouest, d'un Code modèle élaboré sur les matériels fournis par les codes des pays de l'Afrique de l'Ouest ainsi que sur le projet de Code de l'U.E.M.O.A. et sur des matériaux internationaux. Ce Code est important parce qu'il établit une structure régulière compétente pour les investissements, qui annule les dispositions des anciens codes jugés compliqués et inéquitables, mettant ainsi l'investisseur local et étranger sur le même pied d'égalité et prévoit des dispositions sur la transparence.

²⁶⁰ Il contient entre autres des définitions, du champ d'application, du traitement, des restrictions, des publications, des garanties et protections des investissements, des garanties des transferts, des autres garanties, des règlements des différends et des paiements illicites.

²⁶¹ Art. 10 de la Loi-modèle : « Tous les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de cette loi seront, autant que possible, résolus à l'amiable par voie de médiation ou de conciliation, conformément aux règlements de conciliation de la Convention créant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.), au Règlement des Modes Alternatifs pour le Règlement des Conflits (M.A.R.C.), de la Chambre Internationale de Paris (C.C.I.) ou au Règlement de tout autre Centre de médiation convenu par les parties, qui peuvent, par ailleurs, convenir d'une médiation ou d'une conciliation *ad hoc* ».

Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (C.E.M.A.C.). La Communauté Économique et Monétaire des Etats de l'Afrique Centrale regroupe 6 pays: le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad. La C.E.M.A.C. constitue un prolongement de l'Union monétaire (B.E.A.C.) et de l'Union Douanière et Économique de l'Afrique Centrale (U.D.E.A.C.) dont elle prend le relais et qu'elle renforce.

Le droit de l'investissement et l'arbitrage dans la zone centre africaine est ainsi composé du Traité C.E.M.A.C., de la Charte et du Règlement de la Communauté.

Le Traité instituant la C.E.M.A.C. a été signé le 16 mars 1994 à N'Djamena (Tchad). L'espace C.E.M.A.C., qui fait d'ailleurs partie intégrante de l'Ohada, dispose d'un Traité du même nom, le Traité C.E.M.A.C. instituant cette communauté. Les principes et objectifs poursuivis par le Traité sont faits de déclarations générales relatives à l'objet et au but de l'organisation. Pour mieux atteindre les objectifs du Traité constitutif, il a été adopté et promulgué la Charte des investissements C.E.M.A.C., instrument dont l'objectif est de promouvoir le développement d'un secteur privé dynamique et d'attirer des capitaux privés nationaux et internationaux. Pour cela, les Etats C.E.M.A.C., dans le cadre de leur Union Economique, ont défini d'un commun accord les conditions favorables à un développement économique et social harmonieux qui passe, selon eux, par un certain nombre de principes de liberté dont, entre autre, la liberté d'investissement et la liberté de mouvement de capitaux²⁶². Dans l'objectif de donner un aspect concret à ce principe, le Conseil des Ministres de la C.E.M.A.C. a adopté le Règlement relatif à la Charte des Investissements. Ce règlement a une force obligatoire et est directement applicable à tous les Etats membres. Comme le souligne si bien un auteur, le Règlement relatif aux investissements va, pour la première fois en zone C.E.M.A.C., fixer les règles relatives aux investissements obligatoires pour les Etats membres car jusque-là, chacun de ces Etats disposait de son propre code en la matière²⁶³. Sur le plan de son contenu, il est intéressant de noter que la Charte contient globalement tous les principes directeurs de la Banque mondiale sur le Traitement des Investissements Etrangers²⁶⁴. Au plan du cadre juridique et judiciaire, les dispositions préambulaires ont posé les bases légales sur lesquelles tous les Etats membres de la C.E.M.A.C. ont adhéré. Ainsi, il est fait état de leur adhésion aux principaux dispositifs internationaux de garantie des investissements, y compris

²⁶² Art. 13-d de la Convention régissant l'Union Economique.

²⁶³ G. KENFACK-DOUADJINI, « Arbitrage et investissement dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p.4.

²⁶⁴ Pour une étude desdits principes, D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit International Economique », 4ème édition, L.G.D.J., p 427-430, n°s 1133-1138.

ceux relatifs aux procédures de Cours arbitrales internationales et à la reconnaissance et l'exécution de leurs sentences²⁶⁵. Pour y arriver, les dispositions de l'article 4 énoncent leur adhésion au Traité de l'Ohada et garantissent l'application des procédures et des arrêts de la C.C.J.A. Une telle adhésion au Traité Ohada emporte dès lors une adhésion à ses principes et mécanismes dont celui de la résolution par voie d'arbitrage des différends de l'Acte Uniforme et du Règlement de la C.C.J.A.

On constate ainsi que la Charte C.E.M.A.C. participe au mouvement d'encouragement au recours à l'arbitrage tout en garantissant l'application des sentences arbitrales²⁶⁶. Pour cela, la Charte C.E.M.A.C. fait référence à l'arbitrage en renvoyant aux mécanismes Ohada. Cela fait dire à Gaston KENFACK-DOUJANI²⁶⁷ que la référence au Traité Ohada dans la Charte C.E.M.A.C. des investissements confirme que ce Traité se situe dans la lignée des instruments juridiques internationaux²⁶⁸ conçus non seulement pour promouvoir les investissements Nord-Sud et Sud-Sud, mais aussi pour restaurer « un climat favorable à l'investissement Nord-Sud qu'avait gravement détérioré la politique d'expropriation et de nationalisation menée, de façon systématique, au cours des décennies 1960 et 1970, par nombre de pays du Sud, au nom de la souveraineté permanente »²⁶⁹. Pour autant, il n'est toutefois pas exclu le recours aux autres procédures arbitrales telles que celles du C.I.R.D.I. dans le nouveau droit des investissements en zone C.E.M.A.C.²⁷⁰.

²⁶⁵ Le préambule de la charte.

²⁶⁶ Art. 5 de la charte C.E.M.A.C.

²⁶⁷ G. KENFACK-DOUJANI, « Arbitrage et investissement dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁸ Tels que la Convention de Washington du 18 mars 1965 relative aux différends en matière d'investissement qui a créé le C.I.R.D.I. ou encore le Traité de Séoul de 1985 instituant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements.

²⁶⁹ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit International Economique », *op. cit.*, n° 1063, p. 398.

²⁷⁰ L'article 11 de la loi n° 2002/004 du 19 avril 2002 portant Charte des investissements en République du Cameroun. Cet article dispose que l'Etat camerounais adhère à la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, à la Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) et qu'il est partie à la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 créant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (M.I.G.A.), au Traité Ohada. ; la loi gabonaise n° 15/98 du 23 juillet 1998 portant Charte des investissements en République Gabonaise.

Conclusion de la partie préliminaire

Etant donné la variété des raisons qui peuvent pousser les parties à recourir à l'arbitrage, ce dernier est inévitablement une institution complexe aux aspects multiples. Il peut servir à résoudre des litiges, c'est l'aspect sous lequel les juristes le considèrent le plus communément ; mais il peut aussi avoir pour fonction d'intervenir dans le cadre d'un contrat, en dehors de tout litige, pour parfaire ou pour adapter un accord à des circonstances nouvelles. Certains voient dans ces deux aspects de l'arbitrage, deux phénomènes entièrement différents que recouvre un mot amphibologique. En réalité, ce sont deux aspects étroitement liés d'une même institution.

On risque une vue fautive de l'arbitrage si on le réduit à seulement un de ces deux aspects en négligeant le second. En effet il n'existe aucune opposition entre les différents types d'arbitrage. On ne choisit pas d'aller devant des arbitres tantôt pour une raison, tantôt pour une autre, mais le plus souvent les raisons se cumulent pour expliquer la préférence donnée à l'arbitrage.

Les parties apprécient le plus souvent le fait que, devant les arbitres, il règne une atmosphère plus détendue, la procédure y est conçue de façon moins rigide, les débats se déroulent avec une moindre agressivité. Les arbitres ont toujours tendance à opérer une conciliation entre les parties, la sentence arbitrale ne faisant souvent que consacrer un accord intervenu entre les parties. Certains droits n'admettent pas que l'arbitre statue selon l'équité ou en mettant le droit strict de côté. Pour contourner cet inconvénient, les parties demandent à leur arbitre d'aménager de nouvelle manière, selon la bonne foi et l'équité, le rapport contractuel qui les unit. Le recours à l'arbitrage pour parfaire ou réviser un contrat peut ainsi connaître une extension en fonction des besoins des commerçants.

Une bonne réglementation de l'arbitrage ne peut ainsi intervenir qu'en envisageant le problème dans toute sa complexité. Les différents droits pourraient notamment soumettre l'arbitrage à un régime différent selon qu'il correspond à telle ou telle motivation ou selon qu'il se situe dans telle ou telle branche du droit ou affecte telle ou telle catégorie de rapports.

Première partie : L'arbitrage Ohada et l'exigence de liberté dans la résolution des conflits

« Je pense que toi, comme moi, comme tout le reste des hommes, nous jugeons tous que commettre l'injustice est pire que la subir et que ne pas être puni est pire qu'être puni ».

C'est en ces termes que Socrate dans le GORGIAS riposte à Polos, un jeune homme fougueux qui, tout comme son compère Calliclès, s'affirmait prêt à assouvir librement tous ses *desiderata*, même en sacrifiant autrui, pourvu que leur injustice reste impunie. On imagine l'assurance tranquille et le sourire de Socrate prétendant leur faire partager comme une évidence, qu'il ne peut y avoir de véritable liberté de l'être sans qu'elle s'accompagne d'une recherche du juste.

Nous sommes avec la question de l'arbitrage confrontés à une problématique analogue. L'exigence de justice et l'exigence de liberté sont-elles séparables ? En d'autres termes, sont-elles de même nature, peuvent-elles exister l'une sans l'autre ? Mais encore, si l'excès de l'une ruine l'autre, comment peut-on espérer les rendre compatibles dans la quête d'une justice équitable ?

Les réponses à ces questions nous semblent primordiales. D'elles dépend la crédibilité des sentences arbitrales. En effet, quand on sait que l'arbitrage consiste à confier la résolution d'un litige à un ou plusieurs arbitres indépendants et impartiaux choisis par les parties, qu'il permet de soustraire le différend aux tribunaux, évitant ainsi les délais et lourdeurs du contentieux étatique, pour éviter toute contestation de la sentence arbitrale, l'arbitrage doit comporter certaines exigences qui garantissent les décisions rendues d'aucune contestation possible. Ainsi plusieurs garde-fous ont été érigés à cet effet. Toutefois, dans le cadre de notre travail, nous nous limiterons à deux aspects essentiels de ces garde-fous qui font appel à la liberté. En effet, la liberté des parties (Titre I) et celle des arbitres (Titre II) sont deux notions capitales dans le déroulement de l'arbitrage sans lesquelles l'existence même de l'arbitrage serait menacée.

Titre I : La liberté dans l'arbitrage, garantie de la liberté et de l'égalité des parties ainsi que d'une justice équitable

« Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations [...] que celui de liberté » affirmait Montesquieu dans *De l'esprit des lois*.

En droit, la notion de liberté répond à une définition précise. C'est « un pouvoir d'autodétermination reconnu par la puissance publique à chaque homme et auquel correspond généralement un droit à ce que ses facultés d'agir ne soit pas entravées, un droit à une action négative de l'Etat ». A travers cette définition, nous allons voir en quoi consiste la liberté dans l'arbitrage en général et en quoi consiste celle des parties en particulier.

Les parties sont les éléments qui concourent à un ensemble organisé. Ainsi, les parties à une convention sont les personnes qui l'ont signée, par opposition à celles qui y sont demeurées étrangères et que l'on qualifie de « tiers ». En procédure, « partie » est le nom donné à l'une et à l'autre des personnes engagées dans un procès civil. Pour les distinguer, on emploie le terme de « demandeur » pour nommer la personne qui a pris l'initiative de la procédure et celui de « défendeur » pour désigner celle d'entre elles contre laquelle la procédure a été engagée. Il convient de signaler que le ou les demandeurs et le ou les défendeurs ne sont pas les seules parties au procès. Les personnes qui sont mises en cause par ces derniers ou qui, pour protéger leurs intérêts, interviennent volontairement à la procédure sont aussi des parties. Dans un arbitrage, les parties répondent également à ces définitions.

Nous avons pu souligner que l'arbitrage, c'est la liberté d'une justice sur mesure, sous réserve toutefois du respect des principes du contradictoire et de l'égalité des parties. En effet, la liberté et l'égalité des parties sont un des fondements essentiels de la justice pour que le justiciable se sente en sécurité. Cette liberté des parties ne peut être effective que quand le libre accès à l'arbitrage (Chapitre I) et la liberté d'aménager leur arbitrage (Chapitre II) sont garantis aux parties.

Chapitre I : La liberté dans l'accès à l'arbitrage

Déclencher un arbitrage impose, dans un premier temps, de déterminer la façon d'engager le processus. C'est l'étape préalable et obligatoire avant toutes les autres opérations qui suivront. Il est alors primordial d'attacher une grande importance aux règles qui permettent d'accéder dans des conditions de parfaite sécurité aux phases successives de l'arbitrage.

Ouvrir l'accès à l'arbitrage aux parties revient obligatoirement à la reconnaissance de la convention d'arbitrage et de ses implications pratiques. C'est là la première étape du processus arbitral. En effet, l'arbitrage résulte d'une convergence de volontés qui se manifeste à l'écrit, dans une convention d'arbitrage, par laquelle une ou plusieurs personnes dénommées arbitres reçoivent la mission de régler un différend que les parties à un contrat ne souhaitent pas soumettre à un tribunal étatique. La convention d'arbitrage prend la forme soit d'une clause compromissoire qui est insérée dans un contrat et qui vise à soumettre des litiges à naître de ce contrat à l'arbitrage, soit d'un compromis qui est l'acte par lequel les parties soumettent une contestation déjà née à l'arbitrage.

Le droit africain à travers le droit Ohada instaure deux formes d'arbitrage : d'une part, l'arbitrage institutionnel envisagé par le Traité sous l'encadrement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A.) et conduit par le Règlement d'arbitrage de cette dernière ; d'autre part, l'arbitrage *ad hoc* réglementé par les dispositions de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (A.U/D.A.). Le recours à l'une ou l'autre forme de l'arbitrage est soumis à la volonté des parties. La manifestation essentielle de la volonté des parties est là encore, la convention d'arbitrage.

A la différence du droit français qui distingue parmi les conventions d'arbitrage, les clauses compromissoires et les compromis d'arbitrage, le droit Ohada n'utilise quant à lui que le terme général de convention d'arbitrage sans faire de distinction entre le compromis d'arbitrage et la clause compromissoire. D'ailleurs, l'absence de distinction entre ces deux formes d'arbitrage existe dans bon nombre de législations contemporaines sur l'arbitrage²⁷¹. Cette absence de distinction n'est pas du tout injustifiée, bien au contraire, puisqu'une distinction n'est pertinente que si les notions distinguées sont soumises à des règles

²⁷¹ Déjà, la Convention de New York du 10 juin 1958 dans son article II, §2, regroupait les deux notions sous l'expression de « convention d'arbitrage ».

différentes. Or, le droit Ohada soumet aux mêmes règles toutes les conventions d'arbitrage²⁷². Il serait ainsi illogique et vain de faire une distinction entre deux notions soumises aux mêmes règles.

La distinction n'a de sens que dans des droits, peu nombreux et archaïques, qui prohibent la clause compromissoire en matière civile, c'est-à-dire, *a contrario*, qui ne la valide qu'en matière commerciale²⁷³. Tel n'est heureusement pas le cas dans le droit Ohada où les conventions d'arbitrage, quelle que soit leur nature, sont validées tant en matière civile que commerciale.

Pour attester de l'importance de la convention d'arbitrage aux yeux des parties à l'arbitrage et son implication dans la sécurité de la sentence arbitrale, donc dans le règlement du litige, nous nous attacherons à étudier la notion de convention d'arbitrage et l'autonomie qui caractérise son régime juridique (Section I), avant d'expliquer les éléments gouvernant ses effets (Section II), pour enfin analyser son domaine (Section III).

Section I : L'autonomie ou l'indépendance de la convention d'arbitrage

Dans l'hypothèse où une convention d'arbitrage est insérée dans un contrat et que le contrat qui contient cette convention d'arbitrage est argué de nullité, la logique voudrait que la convention d'arbitrage, en tant que partie du contrat, soit également nulle. La convention d'arbitrage faisant partie du tout (le contrat), si le tout est nul, la partie est également nulle. En respectant cette logique, il serait considérablement porté préjudice à l'efficacité des conventions d'arbitrage. En effet, supposons que deux parties ont signé un contrat contenant une convention d'arbitrage et qu'un différend survient en cours d'exécution du contrat, si l'une des parties ne souhaite pas que le conflit soit déféré à des arbitres, il lui suffirait alors d'invoquer la nullité du contrat pour que la convention d'arbitrage soit privée d'efficacité. Telle est la raison pour laquelle la jurisprudence dans un premier temps, la loi ensuite, ont posé le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage.

²⁷² Clause compromissoire et compromis d'arbitrage.

²⁷³ En droit français, la distinction a perdu toute importance pour l'arbitrage commercial international mais conserve en revanche toute son utilité pour l'arbitrage interne, essentiellement en raison de la nullité de principe de la clause compromissoire édictée par l'article 2061 du Code civil français.

L'autonomie est un principe essentiel du régime juridique de la convention d'arbitrage. Cette autonomie peut d'abord être entendue de manière substantielle ou matérielle par rapport au contrat qui la contient (Paragraphe I), elle peut également acquérir une portée juridique (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage

L'autonomie substantielle considère la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient. Afin de saisir l'importance que peut revêtir l'autonomie substantielle d'une convention d'arbitrage, il nous incombe en premier lieu d'appréhender le principe et les fondements de l'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage (A) et en second lieu, d'examiner la portée qu'il convient de lui attribuer (B).

A : Les fondements et le principe de l'autonomie substantielle

Il s'agit d'étudier dans un premier temps le principe de l'autonomie substantielle (1) et dans un second temps ses fondements (2).

1 : Le principe

Nous étudierons le principe de l'autonomie substantielle dans le droit Ohada (a) et dans le droit conventionnel (b).

a) Dans le droit Ohada

Nous envisagerons cette autonomie dans l'étude du droit Ohada au niveau de deux textes fondamentaux de ce droit communautaire que sont l'Acte Uniforme (a-1) et le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. (a-2).

a-1) Dans l'Acte Uniforme

Nous avons expliqué plus haut que l'autonomie substantielle considère la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient. Cela consiste à tenir pour autonome ou

indépendante la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans lequel elle est stipulée, de sorte qu'elle n'est pas affectée par l'invalidité de ce dernier. En d'autres termes, l'autonomie substantielle consiste à immuniser la convention d'arbitrage à l'égard des causes d'invalidité susceptibles d'affecter le contrat la contenant.

Ce principe qui nous paraît tout à fait logique et qui est admis par nombre de législations se retrouve naturellement plébiscité par le droit Ohada. Ainsi, l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 affirme expressément l'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage en disposant à cet effet que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat [...] »²⁷⁴. Le droit Ohada rejoint ainsi le courant législatif qui consiste donc à considérer que la convention d'arbitrage est autonome par rapport au contrat dans lequel elle est stipulée de sorte qu'elle n'est pas affectée par l'invalidité de ce dernier.

D'autres textes en Afrique affirment également ce principe, c'est notamment le cas du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

a-2) Dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage est également repris par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. En effet, ce texte envisage le cas où un arbitre peut retenir la nullité du contrat principal alors que la convention d'arbitrage est valable. Dans ce sens, il dispose que « sauf stipulation contraire, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions »²⁷⁵. De plus, le même texte va plus loin en édictant la règle dite de la « compétence-compétence » des arbitres qui, sans être identique au principe d'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage, lui est cependant liée.

Le principe d'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage est donc érigé en règle incontournable dans le droit africain comme en droit conventionnel, sans doute car ce principe paraît garantir l'efficacité des conventions d'arbitrage.

²⁷⁴ Art. 4 de l'A.U./D.A.

²⁷⁵ Art. 10.4 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

b) Dans le droit conventionnel

Toutes les législations contemporaines sur l'arbitrage ont plébiscité le principe d'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage de telle manière qu'on peut y voir un principe général du droit de l'arbitrage²⁷⁶. Plusieurs institutions ont ainsi adopté des règles liées à ce principe. La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. va dans ce sens quand elle consacre expressément l'autonomie substantielle en ces termes : « Une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire »²⁷⁷. D'autres institutions internationales vont également dans ce sens de sorte que les législations internes n'ont d'autres choix que d'ériger ce principe primordial.

En droit français, c'est par l'entremise d'un attendu de l'arrêt GOSSET²⁷⁸, que la Cour de cassation érige expressément le principe de l'autonomie substantielle. On peut lire dans les conclusions de cet arrêt qu'« en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ». Ces conclusions consacrent sans aucun doute le principe de l'autonomie substantielle dans le droit français.

Le principe de l'autonomie substantielle des conventions d'arbitrage est également érigé en règle par la grande majorité des règlements d'arbitrage, avec une nuance somme toute mince. Certains le consacrent directement²⁷⁹, tandis que d'autres y font seulement référence indirectement²⁸⁰. Mais par contre, ils retiennent tous la règle de la « compétence-compétence » des arbitres²⁸¹.

²⁷⁶ Par exemple en Angleterre. Art. 30 de la loi du 17 juin 1996 sur l'arbitrage, *Revu. Fr. arb.*, 1997, p. 107.

²⁷⁷ Art. 26, §1^{er} de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

²⁷⁸ Cass., *Gosset c. Carapelli*, *Revu. Fr. arb.* 1963, p. 60, *J.D.I.* 1964, p. 82

²⁷⁹ Art. 21, §2 du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.

²⁸⁰ Art. 6.4 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I.

²⁸¹ Art. 6.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. ; Art. 21 §1 du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.

En consacrant le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient, la législation uniforme africaine s'inscrit sans doute dans les orientations contemporaines du droit de l'arbitrage. Cependant, si l'énoncé est simpliste, le fondement du principe de l'autonomie substantielle est du al.

2 : Les fondements du principe de l'autonomie substantielle

Les fondements du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage qui, on l'a déjà signalé, heurte la logique qui voudrait que la nullité du tout annule également une partie du tout, ont toujours prêté à interrogation.

Lorsque des parties insèrent dans leur contrat une convention d'arbitrage, elles témoignent de leur commune volonté de faire trancher les litiges, c'est-à-dire tous les litiges sauf ceux qu'elles auraient expressément exclus, qui naîtraient de leur relation par des arbitres. Or, la nullité du contrat qui contient la convention d'arbitrage peut incontestablement être un des litiges susceptibles de naître de la relation contractuelle. La volonté des parties constitue ainsi le véritable fondement de l'autonomie de la convention d'arbitrage. C'est parce que les parties ont entendu conférer à la clause son efficacité, même lorsque le litige qui les oppose porte sur la nullité du contrat contenant la clause, que celle-ci survit à l'annulation du reste du contrat.

En outre, sur le plan pratique, la solution qui consisterait à priver d'efficacité l'accord compromissaire en cas de nullité alléguée du contrat dans lequel l'accord est inséré, nuirait gravement à la fiabilité du mécanisme arbitral. Une telle solution aurait pour effet de paralyser le mécanisme arbitral du fait de la simple nullité prétendue du contrat. L'autonomie de la convention d'arbitrage a donc un fondement fonctionnel. C'est parce qu'il faut favoriser l'efficacité de l'arbitrage, lorsqu'un tel processus de règlement des litiges a été voulu par les parties, que la convention d'arbitrage est détachée du contrat qui la contient.

En ce sens, le principe de l'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage contribue au respect du principe de bonne foi dans l'exécution des conventions. Il serait en effet peu conforme à ce principe de permettre qu'une partie, après avoir accepté le principe du règlement arbitral des différends, puisse en paralyser l'efficacité par la simple allégation de la nullité du contrat contenant la clause arbitrale.

La volonté des parties et la recherche de l'efficacité de la justice arbitrale, en même temps qu'elles constituent les fondements du principe de l'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage, en fixent également la portée.

B : La portée de la notion de l'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage

L'étude de la portée du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage nous amène à mettre en exergue sa spécificité (1) et ses limites (2).

1 : La consécration et la distinction du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage

La portée essentielle de l'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage est de la faire échapper aux vicissitudes pouvant affecter le contrat la contenant. Ainsi, l'invalidité du contrat est *a priori* inefficace sur la convention d'arbitrage. L'absence d'effet de l'invalidité se manifeste d'abord par le fait que l'arbitre peut statuer sur la validité du contrat principal pour juger, le cas échéant, de son invalidité²⁸². C'est précisément cet aspect procédural qui est connu sous le vocable de règle de la « compétence-compétence » des arbitres. Cette règle implique que l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence, même si celle-ci est contestée sur la base de la nullité du contrat principal ou de la convention d'arbitrage.

Si la compétence de l'arbitre est contestée sur le fondement de la nullité du contrat principal contenant la clause d'arbitrage, la règle de la « compétence-compétence » et le principe d'autonomie substantielle se confortent mutuellement. La première règle régit les aspects procéduraux et le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage dégage les conséquences substantielles du pouvoir de l'arbitre. Si la compétence de l'arbitre est contestée sur la base de la nullité de la seule convention arbitrale, le principe d'autonomie ne permet pas d'expliquer la compétence de l'arbitre. Seule la règle de la « compétence-compétence » permet de justifier la compétence de l'arbitre.

²⁸² En d'autres termes, l'invalidité du contrat contenant la clause arbitrale est sans incidence sur la compétence de l'arbitre.

Alors que la règle de la « compétence-compétence » de l'arbitre n'explique que la seule compétence de l'arbitre, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, par rapport au contrat qui la contient, comporte des conséquences substantielles.

Il est donc acquis que les vicissitudes susceptibles d'affecter le contrat contenant la convention d'arbitrage ne rejaillissent pas sur celle-ci. La volonté des parties est le fondement essentiel de cette autonomie. Mais, en même temps qu'elle en constitue le fondement, la volonté de parties fixe également les limites qu'il faut apporter à l'autonomie de la convention d'arbitrage.

2 : Les restrictions au principe de l'autonomie substantielle

La question se pose cependant de savoir si l'autonomie de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire cette indépendance ou séparabilité du contrat la contenant, est totale. En d'autres termes, existe-t-il des limites éventuelles à cette autonomie ?

Si la volonté des parties et le souci de favoriser l'efficacité de l'arbitrage constituent les fondements de l'autonomie de la convention d'arbitrage, ils permettent également d'en tracer les limites.

L'Acte Uniforme n'affirme l'autonomie de la convention d'arbitrage que par rapport à la nullité du contrat principal. Dans cette perspective, il dispose que la validité de la convention d'arbitrage « n'est pas affectée par la nullité de ce dernier »²⁸³. Or, la nullité n'est pas la seule vicissitude susceptible d'affecter le contrat principal. Ce dernier peut faire l'objet d'une résiliation ou d'une résolution.

Sachant que c'est la volonté des parties de voir jouer le mécanisme arbitral pour tous les litiges susceptibles d'affecter leur relation contractuelle, qui constitue l'un des fondements essentiels de l'autonomie de la convention d'arbitrage, il n'y a aucune raison de limiter celle-ci à la seule hypothèse de la nullité du contrat principal. La résolution ou la résiliation constituent, au même titre que la nullité, des litiges susceptibles de naître des relations contractuelles. On peut donc estimer que le terme utilisé par l'Acte Uniforme ne doit pas être entendu dans son sens technique ; il doit au contraire être entendu dans un sens large de manière à couvrir également les hypothèses de résolution et de résiliation.

²⁸³ Art. 4 al. 2 de l'A.U./D.A.

Alors que l'Acte Uniforme se montre exagérément restrictif, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. tombe dans l'excès inverse en ne semblant fixer aucune limite à l'autonomie de la convention d'arbitrage. Ainsi, le Règlement d'arbitrage retient l'autonomie de la convention d'arbitrage lorsque « le contrat liant les parties est nul ou inexistant²⁸⁴ »²⁸⁵. Or, il est très compliqué de considérer qu'une convention d'arbitrage puisse être efficace alors que le contrat qui la contient n'a aucune existence.

Cette disposition du Règlement d'arbitrage pose, d'une manière générale, la question des limites qu'il convient logiquement de fixer au principe d'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage. Ces limites sont nombreuses, nous allons en citer trois qui semblent être les plus importantes.

La première limite tient à la volonté des parties elles-mêmes. En effet, si les parties ont entendu exclure expressément du mécanisme arbitral les litiges tirés de la nullité du contrat, cette volonté doit être respectée.

La deuxième limite tient à certaines causes de nullité affectant le contrat principal et qui rejaillissent nécessairement sur la convention d'arbitrage. Il s'agit de causes de nullité qui ne sont pas liées au contrat principal lui-même, ni à son objet ou à sa cause, mais qui sont relatives aux parties. On sait que les causes de nullité d'un contrat sanctionnent tantôt le défaut de conditions de validité tenant à l'opération contractuelle elle-même, tantôt le défaut de conditions tenant aux parties : consentement, capacité et pouvoir. Il est possible qu'une condition relative aux parties affecte, en même temps, et le contrat principal et la convention d'arbitrage de sorte que les deux conventions doivent être privées d'efficacité. Ainsi, en serait-il de l'absence de pouvoir du signataire de l'une des parties au contrat.

La troisième limite tient à l'absence totale de consentement. Il paraît tout à fait contestable de faire produire des effets à une convention d'arbitrage alors qu'il n'y a eu ni offre, ni acceptation, tant concernant le contrat principal que la convention d'arbitrage.

L'ensemble de ces limites témoigne de l'encadrement juridique que les législateurs donnent à la volonté des parties. Cet encadrement juridique n'enlève rien à la liberté des parties qu'elles tirent de l'autonomie de la convention, au contraire, il permettra de garantir les conditions d'élaboration de la liberté des parties.

²⁸⁴ P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op.cit.*, p.85.

²⁸⁵ Art. 10.4 du R.A./C.C.J.A.

Après avoir cerné le principe d'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage et ses implications par rapport au contrat principal, il nous incombe de faire une analyse du second aspect de l'autonomie de la convention d'arbitrage qu'est l'autonomie juridique.

Paragraphe II : L'autonomie juridique de la convention d'arbitrage

L'autonomie juridique vise le régime juridique de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire les règles qui la gouvernent. Le régime juridique de la convention d'arbitrage, lorsqu'il s'agit d'une convention d'arbitrage international au sens du droit international privé, peut être déterminé sur la base d'un raisonnement de type conflictuel. Dans cette hypothèse, l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage se manifeste par l'autonomie de rattachement de la convention par rapport au contrat qui la contient (A). La pratique contemporaine du droit de l'arbitrage écarte cependant, de plus en plus fréquemment, la technique conflictuelle dans la détermination du régime juridique de la convention d'arbitrage. L'autonomie juridique se manifeste alors par l'exclusion de la méthode de rattachement et l'absorption du principe d'autonomie dans un principe de la validité de la clause d'arbitrage (B).

A : L'autonomie de rattachement de la convention par rapport au contrat la contenant

L'autonomie de rattachement signifie que la convention d'arbitrage peut être régie par un droit distinct de celui régissant le contrat principal. Plus précisément, une telle autonomie de rattachement permet aux parties de choisir deux droits différents, l'un s'appliquant à la convention d'arbitrage, l'autre régissant le contrat principal. Nous étudierons cette autonomie dans le droit Ohada (1) et dans le droit conventionnel (2) avant de souligner l'utilité du principe de rattachement (3).

1 : L'autonomie de rattachement dans le droit Ohada

Le droit Ohada sur l'arbitrage n'affirme pas expressément l'autonomie de rattachement de la convention d'arbitrage. Cela ne signifie cependant pas qu'une telle pratique soit exclue. En effet, en vertu des principes gouvernant le droit international privé

des Etats de l'Ohada, les parties peuvent choisir le droit applicable au contrat international. Ce principe est d'ailleurs expressément affirmé, tant par l'Acte Uniforme que le Règlement d'arbitrage, lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable au fond du litige puisque, d'une manière générale, les arbitres « appliquent les règles de droit désignées par les parties »²⁸⁶. Or, il paraît aujourd'hui admis, en droit international privé des contrats, que le choix des parties peut porter sur des droits différents pour différentes parties de leur contrat²⁸⁷.

Si l'on admet que la Convention européenne du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles²⁸⁸ reflète assez bien les tendances contemporaines du droit international privé des contrats, cette faculté de dépeçage du contrat, expressément admise par l'article 3 aux termes duquel « les parties peuvent désigner la loi applicable [...] à une partie seulement de leur contrat », pourrait être utilisée, au titre de principe du droit international privé contractuel, pour justifier l'autonomie de rattachement de la convention d'arbitrage dans les Etats Ohada.

Il convient cependant de rappeler qu'une telle pratique ne peut se concevoir que pour les conventions d'arbitrage de droit international privé. En effet, aucune question de droit applicable et donc de choix du droit applicable ne se pose pour une relation contractuelle interne, de sorte que l'idée d'un dépeçage des droits applicables, respectivement au contrat principal et à la convention d'arbitrage, est rationnellement impossible.

En conclusion, on constate que malgré l'absence de texte en droit Ohada relatif au principe de l'autonomie de rattachement de la convention d'arbitrage, ce dernier peut être appliqué dans la zone Ohada dans les conditions que nous venons de citer. Qu'en est-il dans le droit conventionnel ?

2 : L'autonomie de rattachement dans le droit conventionnel

L'autonomie de rattachement signifie que la convention d'arbitrage peut être régie par un droit distinct de celui régissant le contrat principal. Plus précisément, une telle autonomie de rattachement permet aux parties de choisir deux droits différents, l'un s'appliquant à la

²⁸⁶ Les articles 15 de l'Acte Uniforme et 17 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

²⁸⁷ P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 87.

²⁸⁸ P. LAGARDE « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Revu. Dr. Int. Pr.*, 1991, pp. 287 et s.

convention d'arbitrage, l'autre régissant le contrat principal. Ce « découpage » du droit applicable à la convention par rapport au droit régissant le contrat principal a été admis par la jurisprudence dans certains Etats²⁸⁹ et la jurisprudence arbitrale²⁹⁰. La Convention de New York de 1958 le retient également comme solution de principe chaque fois que les parties n'ont pas fourni d'indication sur la loi applicable à la convention d'arbitrage. Ainsi, la convention pose qu'à défaut d'indication des parties sur la loi applicable à la convention d'arbitrage, celle-ci relève « de la loi du pays où la sentence a été rendue »²⁹¹.

L'autonomie de rattachement de la convention d'arbitrage est donc un principe qui est quelquefois contesté mais malgré tout admis dans la pratique du droit de l'arbitrage en général et du droit de l'arbitrage international privé en particulier. A partir de là, beaucoup se sont s'interrogés sur son utilité.

3 : L'utilité du principe de l'autonomie de rattachement

On peut s'interroger sur l'utilité concrète d'une telle pratique. Un auteur fait observer qu'en pratique, « on ne rencontre jamais de clause compromissoire que les parties auraient expressément soumise à une loi distincte de la *lex contractus* »²⁹². Sans doute, face à certaines législations qui se montrent restrictives par rapport à l'admissibilité des clauses compromissoires, ainsi la législation française qui les prohibe sauf en matière commerciale, une telle pratique permet de valider une clause compromissoire qui serait frappée de nullité en vertu de la *lex contractus*. C'est d'ailleurs dans ce souci de valider des clauses compromissoires nulles selon le droit français, que la jurisprudence française a admis que les parties pouvaient faire régir leur convention d'arbitrage par un droit distinct de celui régissant le contrat principal. Une telle utilité ne se rencontre guère dans le droit de l'Ohada qui se montre nullement restrictif dans l'admissibilité des clauses compromissoires.

En outre, dans tous les droits, la faculté de l'autonomie de rattachement a perdu de son utilité pratique depuis que l'autonomie juridique s'entend de l'exclusion de la technique conflictuelle et d'absorption de ce principe dans un principe plus vaste de validité des conventions d'arbitrage.

²⁸⁹ En France, Cass. (Fr), 14 décembre 1983, Revu. Fr. arb. , 1984, p. 483 et note M.C. RONDEAU-RIER.

²⁹⁰ Sentence C.C.I. n° 4504 (1985), J.D.I., 1986, P.1118, note S. JARVIN ; sentence C.C.I. n°5730 (1988), J.D.I., 1990, p. 1029.

²⁹¹ Art. V.1.a de la Convention de New York de 1958.

²⁹² P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *op. cit.* , p. 367.

B : L'exclusion de la méthode du rattachement

Le droit Ohada pose une règle essentielle relative à la validité de la convention d'arbitrage. En effet, aux termes des dispositions de l'Acte Uniforme, cette validité « est appréciée d'après la commune volonté des parties sans référence nécessaire à un droit étatique »²⁹³. Pour bien saisir cette notion, il nous incombe d'en situer les origines (1) et d'en comprendre la signification (2).

1 : Les origines

Elles sont, sans aucun doute, à situer dans l'évolution de la jurisprudence française en matière d'arbitrage de droit international privé.

En 1972, dans l'affaire HECHT²⁹⁴, la Cour de cassation française avait rejeté une clause compromissoire sur la base de la seule volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique. En l'espèce, la clause compromissoire avait été insérée dans le contrat d'agence commerciale soumis par les parties au droit français. On sait que le droit français invalide la clause compromissoire contenue dans un acte mixte. C'est précisément ce qu'invoquait le défendeur et qui fut rejeté par la Cour d'appel de Paris au nom de l'autonomie de l'accord compromissoire. Pour la Cour de cassation cette autonomie ne s'entend cependant pas, comme dans l'arrêt Gosset²⁹⁵, d'une autonomie par rapport au contrat principal mais constitue un véritable principe matériel de validité de la convention d'arbitrage international. La Cour de cassation française approuve cette solution au nom de la complète autonomie de l'accord compromissoire.

2 : Significations

La validité de la convention d'arbitrage « indépendamment de la référence à toute loi étatique » fut une formule utilisée à plusieurs reprises par la Cour d'appel de Paris pour valider une clause compromissoire nulle selon le droit français parce que contenue dans un acte mixte. Cette formule signifie que la recherche du droit interne, selon la technique

²⁹³ Art. 4 de l'A.U./D.A.

²⁹⁴ Cass. (Fr), 4 juillet, Hecht, J.D.I., 1972, p. 843.

²⁹⁵ Cité *supra*.

conflictuelle, n'est plus nécessaire pour déterminer le droit applicable à la convention d'arbitrage.

En 1993, dans l'affaire DALICO²⁹⁶, la Cour de cassation française affirme que l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire « s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ». La formule paraît signifier que l'efficacité de la clause compromissoire repose essentiellement sur la volonté des parties qui est ainsi sacralisée. Cette volonté est cependant encadrée par deux réserves : les règles impératives du droit français et l'ordre public international, qui ne peut raisonnablement être que l'ordre public international au sens du droit international privé français. La technique conflictuelle est ici totalement écartée pour juger de la validité de l'accord compromissoire.

Le droit du for est seul compétent pour juger de la validité et des limites à la validité de la clause compromissoire. Les limites à cette validité ne peuvent évidemment pas être constituées de règles substantielles françaises applicables à la clause compromissoire. Elles se ramènent à la notion d'ordre public au sens du droit international privé français.

Par rapport à l'évolution de la jurisprudence française relative à la validité de la clause compromissoire internationale, l'article 4 de l'Acte Uniforme recèle deux différences importantes.

La première différence est le fait qu'il vise les conventions d'arbitrage en général et non les seules conventions d'arbitrage de droit international privé. Est-ce à dire que l'Acte Uniforme entend apprécier la validité d'une convention d'arbitrage interne « d'après la commune volonté des parties sans référence à un droit étatique » ? L'hypothèse est évidemment inadmissible. Toute convention interne, fut-elle une convention d'arbitrage, ne peut être appréciée que par rapport à la loi étatique dont elle tire sa force obligatoire. Il est donc impensable qu'un contrat interne échappe aux conditions de validité que la loi étatique pose. Sur ce point également il est absolument impossible d'assimiler l'arbitrage interne à l'arbitrage de droit international privé²⁹⁷. Il faut en conclure que la deuxième règle contenue dans la première phrase de l'alinéa 2 de l'article 4²⁹⁸, malgré la généralité des termes

²⁹⁶ Cass. (Fr), 20 décembre 1993, J.D.I., 1994, p. 432, note E. LOQUIN.

²⁹⁷ P. MEYER, « Ohada : Droit de l'arbitrage. », *op. cit.*, p. 91.

²⁹⁸ « Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique ».

employés, ne peut concerner que les seules conventions d'arbitrage de droit international privé.

La seconde différence entre la règle posée par l'article 4, alinéa 2, de l'Acte Uniforme et la jurisprudence DALICO, tient à une totale absence de réserve à la validité de la convention d'arbitrage dans le droit africain harmonisé. Alors que la jurisprudence sus évoquée posait comme limite à l'efficacité des conventions d'arbitrage l'ordre public au sens du droit international privé français, l'Acte Uniforme sur l'arbitrage africain ne pose aucune réserve. Sans doute la réserve de l'ordre public est passablement vague et fluctuante, mais elle a au moins le mérite d'exister en indiquant au juge qu'il doit y avoir des limites à la validité de principe d'une convention d'arbitrage, fondée sur la volonté des parties. La volonté des parties ne peut en aucun cas suffire, à elle seule, à valider une convention d'arbitrage.

On peut ici regretter que l'Acte Uniforme ne donne aucune indication sur les limites possibles au principe de validité qu'il pose. Ainsi, l'Acte Uniforme dispose que la convention d'arbitrage doit être appréciée d'après la commune volonté des parties. Ceci implique que la convention compromissaire doit être appréciée dans le respect du consensualisme le plus largement possible.

En conclusion, nous retiendrons que l'autonomie juridique vise le régime juridique auquel est soumise la convention d'arbitrage. Il convient cependant de distinguer deux hypothèses. Lorsqu'il s'agit d'une convention ayant un caractère interne, sa validité s'apprécie au regard des règles du droit interne. S'il s'agit d'une convention internationale, son autonomie juridique implique, au regard de la pratique actuelle du droit de l'arbitrage, « l'exclusion de la technique conflictuelle du rattachement désignant une loi étatique permettant d'apprécier la validité de l'accord arbitral »²⁹⁹. A cet égard, l'article 4 de l'Acte Uniforme dispose que la validité de la convention d'arbitrage « est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique ». C'est ce régime qui est appliqué à la convention d'arbitrage dans le système d'arbitrage dans l'espace Ohada.

Une fois que la volonté des parties, donc leur liberté, est respectée dans une convention d'arbitrage autonome avec toutes les implications que cela entraîne, les parties attendent par la suite que leur convention compromissaire produise des effets.

²⁹⁹ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 104 et s.

Section II : L'efficacité de la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage, comme n'importe quel contrat, est conclue en vue de produire des effets de droit dont il faudra analyser le contenu et la portée du point de vue des personnes concernées (Paragraphe I). Cela nous amènera à voir par voie de conséquence quelles sont les restrictions à l'efficacité de la convention d'arbitrage (Paragraphe II). Les questions de la durée de cette efficacité (Paragraphe III) et de la forme que peut prendre une convention d'arbitrage (Paragraphe IV) seront également au cœur de notre analyse.

Paragraphe I : L'affirmation par le droit Ohada de l'efficacité de la convention d'arbitrage

Une fois qu'une convention d'arbitrage est valide et qu'un litige survient, la convention d'arbitrage doit manifester son efficacité. L'objet procédural de la convention d'arbitrage implique que son efficacité substantielle porte sur des questions de procédure. Celles-ci consistent pour les parties en l'obligation de soumettre les litiges visés dans la convention aux arbitres (A). Pour les arbitres, la convention fonde leur pouvoir juridictionnel (que nous allons analyser dans le titre II de cette partie), et par là même, pour les juridictions étatiques, leur incompétence (B).

A : L'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des parties

La convention d'arbitrage est soumise, comme tout contrat, au principe de la convention-loi. La force obligatoire du contrat oblige les parties à exécuter ce qui est convenu. En vertu de la convention arbitrale, les parties se sont engagées à soumettre à des arbitres leurs différends (1). Cette obligation de soumettre le différend aux arbitres est cependant encadrée par une procédure dont le respect s'impose aux parties (2).

1 : L'obligation de soumettre le litige aux arbitres

A l'égard des litigants, l'efficacité de la convention d'arbitrage signifie l'obligation pour elles de soumettre le litige à l'arbitre. La force obligatoire de la convention d'arbitrage et

la primauté de l'arbitre se déduisent sans ambiguïté de la lecture de la législation Ohada relative à l'arbitrage. Nous pouvons à ce titre citer les dispositions de l'Acte Uniforme relatives à la constitution du tribunal arbitral, l'article 5 qui organise une procédure destinée à contourner la tentative de blocage du processus arbitral, s'agissant de l'arbitrage C.C.J.A., les dispositions du Règlement d'arbitrage portant sur la demande d'arbitrage et la constitution du tribunal arbitral. En vertu du principe de la force obligatoire des conventions, les parties ont donc l'obligation de déférer aux arbitres les conflits définis par la convention d'arbitrage.

Si la convention arbitrale a un caractère interne, sa force obligatoire lui est conférée par une règle matérielle qui tient le contrat valablement formé pour la loi des parties. Si la convention a un caractère international, on peut s'interroger sur l'origine de la norme qui lui confère sa force obligatoire.

Si la détermination du droit applicable utilise le cheminement conflictuel, la juridicité du contrat et donc son caractère obligatoire pourraient lui être attribués, soit par la règle de conflit qui qualifie le contrat, et par là même lui confère son statut d'acte producteur de normes juridiques obligatoires, soit par la règle matérielle désignée par la règle de conflit de lois pour régir le contrat.

Si le droit régissant le contrat international est constitué de normes matérielles applicables directement, la force obligatoire du contrat international provient d'une règle matérielle de droit international privé. La volonté de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage d'affranchir la convention arbitrale de la technique conflictuelle permet de penser que la force obligatoire de cette convention, dans le droit de l'Ohada, provient d'une telle règle matérielle.

Les griefs portés contre ce principe sont rares et exceptionnelles, notamment lorsque la clause est manifestement nulle. Il a ainsi été admis que des parties ayant donné compétence à la C.C.I. pour connaître de tout différends ou contestation pouvant provenir de l'application ou de l'interprétation du Protocole d'accord et de son annexe, « toute juridiction étatique saisie d'un tel conflit doit se déclarer incompétente conformément aux dispositions de l'article 13 alinéas 1 et 2 de l'Acte Uniforme ». Dans la même affaire, la Cour suprême de Côte d'Ivoire avait précédemment jugé que viole la loi, la Cour d'Appel qui retient sa compétence alors que les parties étaient convenues « de soumettre tout litige ou contestation pouvant

provenir de l'application ou de l'interprétation de la présente convention à une procédure d'arbitrage selon les règlements de la Chambre de Commerce Internationale »³⁰⁰.

2 : Les modalités d'exécution de l'obligation

Les modalités d'exécution de cette obligation se traduisent par les différentes dispositions de l'Acte Uniforme relatives à la constitution du tribunal arbitral, et pour ce qui concerne les arbitrages institutionnels, notamment celui de la C.C.J.A., les dispositions du Règlement d'arbitrage portant sur la demande d'arbitrage et la constitution du tribunal arbitral³⁰¹.

Afin de renforcer l'efficacité de la convention d'arbitrage, l'Acte Uniforme organise, en son article 5, une procédure destinée à contourner le blocage d'une partie qui, après avoir accepté une convention d'arbitrage, tenterait de bloquer le processus de constitution du tribunal arbitral. Ainsi, lorsqu'une partie refuse de nommer un arbitre, la nomination de celui-ci peut être effectuée par le juge étatique à la demande de l'autre partie.

Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. pose lui aussi clairement que si « l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention »³⁰². Il prévoit également que si une partie s'abstient de désigner un arbitre, celui-ci peut être désigné par la C.C.J.A.³⁰³.

La doctrine quant à elle définit l'arbitrage comme un contrat par lequel les parties s'octroient un juge qui oeuvre après sa désignation comme un véritable magistrat ou encore comme « l'accord par lequel les parties décident de soumettre un litige qui les oppose à des arbitres ». Ce contrat prend ses fondement dans un autre contrat : la convention d'arbitrage qui va fonder l'arbitrage. A défaut, il ne peut pas y avoir d'arbitrage. En tant que contrat, la convention d'arbitrage obéit aux règles générales qui gouvernent le droit des contrats, notamment celle de la force obligatoire des contrats tirée de l'article 1134 du Code civil français aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour

³⁰⁰ C.C.J.A., 1ère ch., n° 12, 24-2-2005, Sté MACACI c/ M. Jean-Pierre, Juris Ohada, n° 2/2005, p. 9. ; Recueil de jurisprudence de la C.C.J.A., n° 5, janvier-juin 2005, volume 2, p. 27.

³⁰¹ Art. 3 et 5 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

³⁰² Art. 10.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

³⁰³ Art. 3.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Pierre MEYER a justement considéré que, par la convention d'arbitrage, les « parties s'obligent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà ». C'est l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage.

Les parties par le choix de l'arbitrage, décident de soustraire leurs contrats de l'influence des ordres juridiques nationaux et de leurs juridictions. Dès lors que la convention d'arbitrage est valable, elle s'impose aux litigants qui sont tenues de soumettre leurs litiges contractuels à l'arbitrage, à l'exclusion de tout autre mode de règlement des litiges. Cette règle s'impose même si l'une de ces parties est un Etat, une collectivité publique ou un établissement public, ces derniers ne pouvant, pour éviter l'application de la convention d'arbitrage, invoquer « leur propre droit pour l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». L'Etat et les autres personnes publiques ne peuvent donc plus paralyser la convention d'arbitrage à laquelle ils sont parties et à laquelle ils ont librement consenti.

B : L'incompétence des juridictions étatiques

« L'arbitrage ne peut pas être totalement soustrait de l'emprise des juridictions étatiques ». En effet, l'arbitre n'ayant pas d'imperium, l'Etat doit exercer son contrôle sur la décision afin de la rendre totalement exécutoire sur son espace. En outre, l'arbitrage a parfois besoin pour son organisation et son déroulement de l'appui du juge étatique désigné comme « le juge naturel de l'arbitrage ». En revanche, d'autres atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage, véritables tactiques d'obstruction à sa force obligatoire, doivent être dénoncées.

A l'égard des juridictions étatiques, l'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit par l'incompétence de celles-ci. Le principe est que si un litige visé dans une convention d'arbitrage est porté par l'une des parties devant une juridiction étatique, cette dernière doit se déclarer incompétente. Cette incompétence de principe connaît cependant des dérogations ou exceptions qu'il conviendra d'analyser dans le cadre du droit Ohada.

Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques est posé par l'article 13, alinéas 1 et 2, de l'Acte Uniforme. Le premier alinéa dispose que « lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction

étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente ». Le deuxième alinéa ajoute que « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ». Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques est donc traité différemment selon que le tribunal arbitral est, ou n'est pas, saisi du litige.

Si la juridiction arbitrale est déjà saisie du litige, l'article 1^{er} ne pose aucune exception à l'incompétence des tribunaux étatiques. Cela s'explique par le fait que dans cette hypothèse on peut sérieusement suspecter la partie qui saisirait ce type de juridiction de manœuvres dilatoires tendant à retarder ou troubler le processus arbitral.

En revanche, si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le principe reçoit une atténuation dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage est « manifestement nulle ». Les hypothèses où l'une des parties saisirait une juridiction étatique alors que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, sont au nombre de deux.

Soit le litige est posé, et l'une des parties saisit spontanément une juridiction étatique.

Soit le litige n'est pas encore né et, à titre préventif, l'une des parties saisit un tribunal étatique afin de faire constater la nullité manifeste de la clause compromissoire.

Dans les deux cas, la saisine de la juridiction étatique permet de faire l'économie d'une procédure arbitrale qui serait vouée à l'échec en raison de la nullité manifeste de la convention arbitrale.

La notion de nullité manifeste doit être interprétée de façon restrictive. La nullité doit résulter de l'apparence de la convention et non de son analyse. En d'autres termes, la nullité résulte d'un examen extrinsèque de la convention. Chaque fois qu'une incertitude peut sérieusement exister quant à la nullité de la clause, il n'y a pas de nullité manifeste. Le cas de nullité manifeste le plus évident résulterait du non-respect d'une exigence formelle de la convention arbitrale. Le droit uniforme africain ne soumettant l'accord arbitral à aucune exigence formelle, cette hypothèse de nullité évidente ne peut toutefois pas être effectivement réalisée.

L'insuffisance de la clause, en raison de son obscurité, de son ambiguïté ou de son incompatibilité avec d'autres clauses du contrat, n'est en revanche pas constitutive d'une nullité manifeste parce que la nullité ne peut résulter que d'une interprétation. Par contre, la convention arbitrale qui viserait une matière manifestement inarbitrable selon la loi qui la régit, par exemple un litige portant sur la dissolution du mariage, serait manifestement nulle.

La nullité est ici immédiate, directe et univoque en ce sens qu'elle ne souffre pas d'interprétation.

L'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage n'est toutefois que relative. Ceci implique qu'il ne s'agit pas d'une incompétence que le juge peut relever d'office. Il faut que l'une des parties soulève devant le juge étatique son incompétence. Cela s'explique par le fait que si le litige est porté devant le juge étatique, alors qu'aucune des parties ne soulève cette incompétence, cela implique que les parties ont renoncé à leur convention d'arbitrage, ce qui est évidemment conforme au droit commun des contrats où l'on peut toujours défaire ensemble ce que l'on est convenu ensemble.

En ce qui concerne le juge étatique, l'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit donc par son incompétence. Au-delà du respect qu'il doit à la convention d'arbitrage, la signature d'une telle convention a essentiellement pour incidence de le rendre incompétent pour connaître à titre principal du litige de la clause et du fond du litige. Il doit y avoir exclusivité de la procédure arbitrale vis-à-vis des juridictions étatiques, lorsque les parties sont convenues de soumettre leurs différends à un arbitrage. « En présence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, le juge est invité à renvoyer les parties à l'arbitrage, de façon à mettre les arbitres en mesure de statuer les premiers sur la question de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou du juge de l'exequatur ». Prévues par les principales conventions internationales relatives à l'arbitrage, cette obligation est reprise par le droit Ohada notamment dans l'article 23 du Traité Ohada et dans l'article 13 de l'Acte Uniforme dont l'alinéa 1^{er} dispose que « lorsqu'un litige, dont le tribunal arbitral est saisi 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 ».

L'intervention du juge étatique est cependant quelquefois utile malgré le principe de son incompétence, d'autant que l'implication du juge étatique dans la procédure arbitrale ne contredit pas pour autant son devoir d'abstention. Si le juge étatique est amené à intervenir, il le fait à la demande des parties, non pour exercer une éventuelle tutelle sur l'arbitrage, mais pour consolider un arbitrage fragilisé par la survenance d'une lacune.

Le principe de l'incompétence d'une juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage apparaît logique en raison de la spécificité de ce type de convention. Celle-ci vise en effet à exclure le contrat de l'influence des ordres juridiques étatique et de leurs tribunaux. L'incompétence de la juridiction étatique pose toutefois quelques lacunes.

D'une part, elle est cantonnée aux juridictions nationales des Etats parties au Traité Ohada. Cela signifie que si une telle règle n'est pas posée dans un Etat hors Ohada, l'exclusivité de la compétence du tribunal arbitral ne s'applique pas. Il faudrait alors éventuellement recourir aux conventions internationales signées par l'Etat dont relèvent les juridictions concernées.

D'autre part, la déclaration d'incompétence des juridictions étatiques n'est pas automatique. En effet, conformément à l'article 13 al 3 de l'Acte Uniforme, « la juridiction étatique ne peut d'office relever son incompétence ». Il faut un acte positif de l'une des parties. Il pourrait arriver que l'une d'elles décide de saisir le juge étatique et que l'autre n'excipe pas de l'exception d'incompétence. Dans ce cas, c'est à bon droit que le juge rendra une décision en lieu et place de l'arbitre, une telle abstention pouvant alors être comprise comme une renonciation tacite à l'arbitrage.

Ainsi, la C.C.J.A. a eu l'occasion de décider qu'en présence d'une clause d'arbitrage insérée dans le protocole d'accord constituant une défense à toute réclamation judiciaire de la prétendue créance, la juridiction nationale saisie d'un litige qui relève de la compétence d'un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage, ne peut décliner sa compétence qu'à la condition que l'une des parties lui en ait fait la demande. Pour rejeter la branche du pourvoi, la juridiction supranationale a décidé que le « demandeur au pourvoi n'ayant pas soulevé l'incompétence de la juridiction saisie, la Cour d'Appel d'Abidjan n'a en rien violé les règles régissant la matière des conventions »³⁰⁴.

L'interdiction faite au juge de connaître du fond des litiges visés par une convention d'arbitrage semble être respectée par les juridictions des Etats parties au Traité. Ainsi, la Cour d'Appel de Ouagadougou a par exemple affirmé que « lorsque les parties ont expressément prévu la voie de l'arbitrage pour le règlement des différends, c'est à bon droit que la juridiction étatique s'est déclarée incompétente en application de l'article 13 de l'Acte Uniforme »³⁰⁵.

³⁰⁴ C.C.J.A., 1^{ère} chambre, arrêt n° 9 du 29 juin 2006, Affaire F.K.A c/ H.A.M, Le Juris-Ohada, n° 4/2006, p. 2.

³⁰⁵ CA Ouagadougou, ch. civ. et com., n° 116, 19-5-2006, Kaboré Henriette (BTM) c/ Sté sahel compagnie (SOSACO).

La C.C.J.A. en se fondant sur les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 13 de l'Acte Uniforme, n'a fait que conforter ces différentes positions jurisprudentielles étatiques lorsqu'elle a décidé que la clause d'arbitrage contenue dans un protocole d'accord constitue une défense à toute réclamation judiciaire de la prétendue créance.

Paragraphe II : Les restrictions à la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage est soumise, comme tout contrat, au principe de l'effet relatif qui commande de limiter les effets du contrat aux seules parties contractantes. L'effet relatif pose, en matière de convention d'arbitrage, des problèmes identiques à ceux soulevés pour tous les contrats. Au plan des principes, il convient ainsi de distinguer entre relativité de l'effet obligatoire et opposabilité (A). Lorsque la convention arbitrale s'insère dans un ensemble de contrats, elle pose certaines questions spécifiques qu'il convient d'envisager (B). La troisième question porte sur l'identification des parties, notamment en cas de représentation (C). Enfin, nous nous interrogerons sur les mécanismes de substitution par lesquels des tiers, au moment de la conclusion de l'accord, vont prendre la qualité de parties (D).

A : Le principe de relativité et d'opposabilité de la convention d'arbitrage

Le principe de relativité et d'opposabilité de la convention d'arbitrage doit être entendu d'une certaine manière. Il conviendra ainsi de s'attacher à ses significations (1) avant d'analyser les conséquences quant à son application (2).

1 : Significations

Le principe de l'effet relatif des contrats pose, en principe, que la convention n'a d'effets qu'entre les contractants. Les effets visés par le principe sont les effets internes du contrat, c'est-à-dire les droits et obligations créés par la convention. Dans l'accord arbitral, ceci recouvre principalement l'obligation pour les parties de déférer les litiges visés par l'accord à des arbitres. Seules les parties à la convention d'arbitrage sont soumises à cette obligation. Ceci a des conséquences extrêmement importantes du point de vue de l'instance arbitrale. En effet, les tiers à la convention arbitrale, non obligés par celle-ci, ne peuvent ni

être appelés en garantie, ni *a fortiori* être attirés par voie d'intervention forcée devant la juridiction arbitrale.

On observe donc que l'effet relatif de la convention d'arbitrage induit une différence essentielle entre l'instance arbitrale et le contentieux porté devant des juridictions étatiques. Alors que dans ce dernier cas, des tiers peuvent être attirés devant cette juridiction, par exemple par l'appel en garantie ou la procédure d'intervention forcée, tel n'est pas le cas, sauf bien entendu avec l'accord du tiers, dans le contentieux porté devant les arbitres.

2 : Les conséquences

Le concept d'opposabilité ne présente aucun intérêt pour la convention d'arbitrage. Ainsi, si un tiers incite une partie à une telle convention à se soustraire à l'obligation de porter un litige devant la juridiction arbitrale, cela n'aura en pratique guère de conséquences concrètes. En effet, la procédure arbitrale pourra quand même se dérouler sans la partie défaillante.

La notion d'opposabilité de la sentence ne présente elle aussi que peu de conséquences significatives. Affirmer que la sentence est opposable au tiers ne signifie nullement que cette sentence l'oblige. Elle ne constitue pour lui qu'un fait dont il doit tenir compte mais nullement un acte qui l'oblige. En particulier, l'exequatur de la sentence ne pourra pas être obtenu contre un tiers.

B : La convention d'arbitrage et groupe de contrats

Un contrat peut faire partie d'un ensemble de contrats visant à la réalisation d'une opération économique unique³⁰⁶. Ainsi, la réalisation d'un ensemble industriel peut engendrer des contrats d'études, de construction etc. qui mettent en cause plus de deux parties. Il faut dans cette hypothèse préciser le statut juridique de chaque contrat. L'alternative est la suivante : autonomie de chacun des contrats ou liaison avec les autres contrats. Si l'autonomie est retenue, les obligations de chacun des contrats ne peuvent être ni interprétées, ni affectées dans leur existence ou leur exécution, par les stipulations des autres contrats. La situation contraire prévaut en cas de liaison des contrats.

³⁰⁶ D. COHEN, « Arbitrage et groupe de contrats », Revu. Fr. Arb. , 1997, pp. 471 et s.

S'agissant de la convention d'arbitrage, le problème spécifique qui se pose porte sur la question de savoir si une convention d'arbitrage, contenue dans un contrat faisant partie d'un ensemble contractuel, peut être affectée, dans son interprétation et ses modalités d'exécution, par la stipulation relative à l'arbitrage d'autres contrats constitutifs de l'ensemble.

Les parties peuvent envisager ce problème au moyen d'une clause appropriée afin de réaliser tantôt une coordination entre des arbitrages connexes, tantôt une intégration dans une procédure arbitrale unique³⁰⁷. La coordination d'arbitrages juxtaposés peut s'effectuer, par exemple, par une communauté de présidence des différentes juridictions arbitrales de façon à permettre une harmonie des décisions. A défaut pour les parties d'avoir coordonné ou intégré les conventions d'arbitrage stipulées dans des contrats faisant partie d'un ensemble, on peut imaginer que les législations sur l'arbitrage ou les règles d'arbitrage organisent cet arbitrage multipartite, même si en pratique on risque d'encourir un abus d'autorité³⁰⁸.

L'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage ne contient cependant aucune disposition permettant aux juges étatiques d'organiser la jonction de procédures arbitrales connexes. Sans doute, les articles 5 et 8 permettent au juge étatique d'intervenir dans la composition du tribunal arbitral en cas de difficultés. Ces dispositions ne pourraient toutefois en aucun cas fonder une intervention judiciaire en vue de réaliser une consolidation d'instances arbitrales.

Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. ne contient également aucune disposition expressément consacrée à l'arbitrage multipartite et à la jonction des procédures. Toutefois, il permet de résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans l'hypothèse d'un arbitrage multipartite. Il est en effet prévu que « lorsque plusieurs parties [...] doivent présenter à la cour des propositions conjointes pour la nomination d'un arbitre et que celles-ci ne s'accordent pas dans les délais impartis, la cour peut nommer la totalité du tribunal arbitral ». Une telle disposition a cependant une portée limitée quant aux difficultés de constitution de la juridiction arbitrale. Elle n'autorise en effet pas la cour qui serait par exemple saisie du litige sur la base de conventions d'arbitrage non intégrées, stipulées dans les contrats constitutifs d'un ensemble contractuel, à joindre d'autorité les procédures arbitrales de manière à ce qu'un seul tribunal arbitral statue sur le tout.

³⁰⁷ J.-L. DELVOLVE, « Les solutions contractuelles. La clause d'arbitrabilité des contrats », dans « L'arbitrage et les tiers », *op. cit.*, p. 501.

³⁰⁸ Par exemple, en cas de problème dans la désignation des arbitres ou de leur nombre, le président désigne à la demande de la partie la plus diligente, l'arbitre ou les arbitres, et détermine si nécessaire les règles de procédure à suivre.

C : L'identification des parties

La question de l'identification des parties est essentielle puisque la réponse à celle-ci permet de distinguer les personnes qui sont liées par la convention d'arbitrage de celles qui ne sont pas obligées personnellement.

Le droit des contrats fournit sur ce point une réponse de principe. Les parties sont les personnes qui ont concouru personnellement à la convention ou qui y ont été représentées par le biais d'un mécanisme de représentation parfaite, comme pour le mandat ou la représentation statutaire des personnes morales. La représentation parfaite explique que l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage s'applique aux représentés et non aux représentants. A l'inverse, en cas de représentation imparfaite, ainsi pour les prête-noms ou la commission, le représenté reste tiers tandis que le représentant est lié par la convention arbitrale.

D : Le cas de la substitution des parties

La substitution des parties recouvre les différentes hypothèses de circulation de la convention d'arbitrage, soit par l'effet d'une transmission à titre particulier, soit par l'effet d'une transmission à titre universel³⁰⁹. La législation Ohada sur l'arbitrage, pas plus que les autres législations en matière d'arbitrage, ne contient de disposition spécifique sur les transmissions des conventions arbitrales. Celles-ci sont donc résolues selon les principes du droit commun des contrats s'agissant des transmissions à titre particulier, et du droit des sociétés et des successions pour les transmissions à titre universel. Si la transmission a un caractère international, il conviendra de rechercher le droit applicable à la transmission selon les règles du droit international privé conflictuel.

Les mécanismes de transmission à titre universel recouvrent, pour les personnes physiques, les successions à cause de mort. Ceci explique que l'héritier est lié par la convention d'arbitrage conclue par le *de cuius*, sauf si celle-ci a été rédigée de façon à écarter les successeurs. S'agissant des personnes morales, la fusion et l'absorption de société réalisent une transmission universelle. La société absorbante est donc liée par la convention d'arbitrage obligeant la société absorbée.

³⁰⁹ Ph. DELBECQUE, « La transmission de la clause compromissoire », *Revu. Fr. Arb.*, 1991, pp. 19 et s.

La substitution des parties à la convention d'arbitrage peut également provenir d'une transmission à titre particulier. Celle-ci résultera souvent d'un mécanisme conventionnel au premier rang duquel on trouvera la cession de créance et de contrat.

La stipulation pour autrui ne réalise certes pas une transmission d'obligation. Elle constitue cependant un moyen d'étendre l'effet obligatoire d'une convention d'arbitrage à un tiers. Elle constitue par là même une exception à la relativité des conventions.

Nous venons de voir comment les parties, à travers leur volonté traduite dans une convention d'arbitrage, donnent toute leur confiance à des tiers, en l'occurrence des arbitres, pour que leur convention d'arbitrage produise toute son efficacité en vue d'aller en arbitrage. L'efficacité de la convention d'arbitrage qui reflète bien toute la liberté que les parties ont dans la constitution du tribunal arbitral a cependant une fin.

Paragraphe III : Durée de l'efficacité de la convention d'arbitrage

La durée de l'efficacité de la convention d'arbitrage suppose que l'on détermine le moment où elle s'éteint. Cette extinction peut résulter d'une cause propre à la convention (A). L'extinction de l'instance arbitrale marque dans certains cas la fin de la convention arbitrale. Il conviendra donc d'examiner les relations entre la fin de l'instance arbitrale et l'extinction de la convention (B).

A : Les causes d'extinction propres à la convention d'arbitrage

Deux causes d'extinction propres à la convention d'arbitrage peuvent être identifiées.

La convention d'arbitrage est un contrat. Les parties peuvent dès lors mettre fin, par accord mutuel, à ce qu'elles sont convenues. Par conséquent, la renonciation à la convention d'arbitrage est une cause d'extinction de celle-ci. Le plus souvent, cette renonciation est tacite, lorsqu'une des parties saisit une juridiction étatique et que l'autre partie ne soulève pas l'incompétence de celle-ci avant toute défense au fond.

L'annulation de la convention d'arbitrage entraîne également l'extinction de celle-ci. La convention d'arbitrage peut en effet être « infectée » d'un vice propre à sa formation sans que son annulation ne rejaillisse pour autant sur le contrat principal. En vertu du principe de la « compétence-compétence », les arbitres pourraient prononcer une telle nullité.

Par contre, la nullité, la résiliation ou la résolution du contrat contenant la convention arbitrale n'implique en principe pas l'extinction de celle-ci. Ceci résulte du principe d'autonomie substantielle de la convention arbitrale³¹⁰.

B : La fin de l'instance et l'extinction de la convention d'arbitrage

On pourrait *a priori* penser que la fin de l'instance arbitrale éteint l'efficacité de la convention d'arbitrage. Ceci est en principe exact lorsque la convention d'arbitrage consiste en un compromis. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où l'instance prend fin en raison de l'annulation de la sentence arbitrale. Ceci ne se vérifie cependant pas dans tous les cas pour la convention d'arbitrage qui a pris la nature d'une clause compromissoire.

L'instance arbitrale prend ainsi le plus souvent fin par le prononcé de la sentence arbitrale définitive qui met fin au litige. Dans cette hypothèse, l'instance arbitrale prend fin et le compromis est éteint. Si la convention d'arbitrage est une clause compromissoire, cela n'est pas nécessairement le cas. En effet, un nouveau litige peut naître à l'occasion des relations contractuelles contenant ladite clause de sorte que la clause est toujours efficace. Toutefois, si dans leur sentence, les arbitres mettent définitivement fin à la relation contractuelle dans laquelle une clause compromissoire est stipulée, et qu'ils statuent sur les conséquences de cette extinction définitive, la fin de l'instance implique également l'extinction de l'efficacité de la clause compromissoire.

L'instance arbitrale prend également fin par l'expiration du délai d'arbitrage³¹¹. Le délai de la mission des arbitres est, dans le droit Ohada, de six mois à compter du jour où le dernier des arbitres constituant le tribunal arbitral a accepté sa mission³¹². Ce délai de six mois peut cependant être prorogé, soit par accord des parties, soit par une décision du juge étatique compétent qui a été saisi à cet effet soit par l'une des parties soit par les arbitres³¹³. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. prévoit quant à lui que le délai d'arbitrage est de 90 jours et qu'il court à compter de la clôture des débats. Il peut être prorogé par la cour³¹⁴. Lorsque le délai d'arbitrage, prorogé ou non, a expiré sans qu'une sentence soit rendue,

³¹⁰ *Supra*.

³¹¹ Art. 16 de l'A.U/D.A.

³¹² Art. 12, al. 1 de l'A.U/D.A.

³¹³ Art. 12, al. 2 de l'A.U/D.A.

³¹⁴ Art. 15, al. 4 du R.A/ C.C.J.A.

l'instance arbitrale prend fin. Il est également mis fin par là même au compromis d'arbitrage. Par contre, la clause compromissoire continue de produire ses effets. Par conséquent, de nouveaux litiges, ou même le litige déjà déféré aux arbitres mais sur lequel ils n'ont pas statué en raison de l'expiration du délai d'arbitrage, pourront être déférés devant des arbitres³¹⁵.

En revanche, l'annulation de la sentence arbitrale par le juge dans le cadre d'un recours en annulation n'éteint l'efficacité ni de la clause compromissoire ni même du compromis. L'Acte Uniforme dispose ainsi que lorsque la sentence est annulée « il appartient à la partie la plus diligente d'engager, si elle le souhaite, une nouvelle procédure arbitrale [...] »³¹⁶. La fin de l'instance par l'annulation de la sentence permet ainsi, sur la base du compromis ou de la clause compromissoire, d'entamer une nouvelle procédure arbitrale pour le même litige. La convention d'arbitrage est donc toujours efficace.

Paragraphe IV : La forme de la convention d'arbitrage

En droit, le formalisme est un principe juridique selon lequel une formalité ou un écrit sont exigés par la loi pour la validité d'un acte, d'un jugement ou d'une procédure. En d'autres termes, il indique la procédure d'extériorisation de la volonté telle que la loi l'ordonne pour octroyer à l'acte des effets efficaces. Ces effets peuvent se situer au plan de la validité, au plan du fond, ou tout simplement au plan de la preuve.

En France, le droit de l'arbitrage indique, à l'article 1443 al. 1 du N.C.P.C., que la validité de la clause compromissoire est assujettie au fait que la clause doit nécessairement être stipulée par écrit. Ce même texte indique qu'elle doit être écrite dans la convention principale ou dans un autre document auquel celle-ci se réfère. Ce formalisme permet d'écartier d'éventuels doutes sur l'existence de la clause compromissoire qui, depuis la réforme de 1980, permet de recourir directement à l'arbitrage. Bien sûr, comme nous l'avons mentionné, tout manquement à cette formalité est sanctionné par la nullité de la clause compromissoire.

Dans le droit de l'arbitrage Ohada, aucune exigence de forme conditionnant la validité de la convention d'arbitrage n'est posée. Cependant, dans la pratique, il arrive que ce formalisme soit exigé par les parties afin de renforcer la sécurité dans leur rapport juridique.

³¹⁵ M. DE BOISSESON, « Le droit français de l'arbitrage interne et international », *op. cit.*, p. 106.

³¹⁶ Art. 29 de l'A.U./D.A.

Afin d'étudier la question de la forme de la convention dans son ensemble, nous examinerons les principes gouvernant la forme de la convention d'arbitrage, essentiellement le consensualisme (A), avant de nous attacher à la clause compromissoire par référence (B).

A : Le consensualisme en matière de convention d'arbitrage

Nous examinerons successivement le formalisme consensuel dans le droit communautaire Ohada (1) et dans le droit conventionnel (2).

1 : Le consensualisme dans le droit Ohada

Le consensualisme est un principe juridique selon lequel le contrat ne doit pas être formé selon une forme préétablie. En vertu de cette idéologie, le critère prédominant de l'existence du contrat est l'existence d'un consentement et d'un accord de volonté des parties. Le principe du consensualisme s'oppose à ce titre au droit romain qui posait l'exigence de formes particulières. Le consensualisme s'oppose dès lors au formalisme.

Nous savons que l'efficacité de la convention d'arbitrage s'évalue au plan du fond, c'est-à-dire au plan de la validité de la convention d'arbitrage, et au plan de la preuve. Ainsi, on parle de formalisme de validité dans la première hypothèse et de formalisme probatoire dans la seconde.

Au plan du formalisme probatoire, l'Acte Uniforme prévoit que « la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve »³¹⁷. L'écrit est ainsi privilégié au plan de la preuve sans cependant être exclusif puisque l'Acte Uniforme réserve « tout autre moyen ». Le caractère exclusif est cependant renforcé par une autre disposition de l'Acte Uniforme qui, à propos de la preuve de l'existence de la sentence arbitrale, dispose que celle-ci est établie « par la production de l'original de la sentence accompagné de la convention d'arbitrage »³¹⁸. Pour ce qui concerne l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., le Règlement d'arbitrage oblige également le

³¹⁷ Art. 3 de l'A.U./D.A.

³¹⁸ Art. 31 de l'A.U./D.A.

demandeur à l'arbitrage à produire « la convention d'arbitrage intervenue entre les parties »³¹⁹.

Le droit uniforme ne précise pas le type d'écrit qui pourrait servir à la preuve de la convention d'arbitrage. Ce pourrait être, outre bien entendu un document signé par les parties, une preuve résultant notamment d'un échange de lettres, télégrammes, télex, télécopies, ou courriers électronique³²⁰. Les autres moyens de preuve mentionnés dans l'Acte Uniforme permettent de réserver l'oralité de la convention d'arbitrage. Le caractère non exclusif de l'écrit, au plan de la preuve de la convention d'arbitrage, permet de dire que finalement le droit africain de l'arbitrage ne pose aucune exigence de forme, pas même au niveau probatoire.

Il faut toutefois préciser que sur le plan d'une bonne technique contractuelle et afin d'éviter toute discussion sur la preuve et la portée de la convention d'arbitrage, il s'avère très utile pour les parties de rédiger un écrit, comme l'exige le droit conventionnel.

2 : Le formalisme dans le droit conventionnel

La Convention de New York du 10 juin 1958 impose l'écrit. Pour ce faire, elle dispose que « chacun des Etats reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends [...] »³²¹.

Cependant, l'exigence de l'écrit prônée par la Convention de New York est entendue d'une manière souple. Ainsi, la forme écrite, telle qu'elle est prescrite par la Convention, est entendue de diverses façons. Ainsi, elle précise qu'il faut entendre par la convention écrite « une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis signé par les parties ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes »³²². Le droit conventionnel se montre donc plus rigoureux que le droit uniforme africain. C'est l'une des raisons qui doit faire regretter l'article 34 de l'Acte Uniforme qui soumet au droit conventionnel et non au droit commun de l'Acte Uniforme les sentences rendues dans un Etat tiers à l'Ohada dont la reconnaissance et l'exécution sont requises dans un Etat de l'Ohada partie à la convention de New York.

³¹⁹ Art. 5, paragraphe 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

³²⁰ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op.cit.*, p. 107; Art. 7, paragraphe 2 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

³²¹ Art. 2, §1^{er} de la Convention de New York de 1958.

³²² Art. 2, §2 de la Convention de New York.

Il faut enfin signaler que le droit uniforme africain, tout comme le droit conventionnel, valide la clause compromissoire par référence.

B : La clause compromissoire par référence

C'est une convention arbitrale qui n'est pas contenue dans le contrat litigieux mais dans des conditions générales ou dans un autre acte³²³ auquel le contrat ayant suscité le litige fait référence.

L'Acte Uniforme pose une règle matérielle relative à la clause arbitrale par référence, en disposant que « la convention d'arbitrage peut être faite par la référence à un document la stipulant »³²⁴. La règle matérielle a la même portée que celle qui est relative à la forme probatoire de la convention arbitrale. Le contenu de la règle matérielle, validant la clause arbitrale par référence, se montre extrêmement libéral. L'utilisation de l'expression « document la stipulant » permet que la clause d'arbitrage ne figure pas nécessairement dans un acte juridique sur lequel les parties en cause auraient exprimé leur consentement³²⁵. Le terme « document » implique qu'il peut s'agir de conditions générales. Ce libéralisme ne doit cependant pas supprimer l'exigence de fond de connaissance de la clause par référence qui y est faite. L'Acte Uniforme ne pose aucune exigence quant aux conditions de cette connaissance pas plus qu'il ne pose d'exigence quant aux conditions formelles de son acception. Sur ce point également, le principe retenu est celui du consensualisme.

Section III : Le domaine de l'arbitrage Ohada

Nous analyserons à ce stade de notre étude le domaine de l'arbitrage en fonction des conditions relatives aux parties (Paragraphe I) et de l'arbitrabilité (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les conditions relatives aux parties

Le droit commun des contrats pose deux conditions générales relatives aux parties : leur capacité et le pouvoir du représentant en cas de représentation d'une part, et leur

³²³ Par exemple, le contrat principal auquel le contrat litigieux se rapporte ou un contrat antérieur.

³²⁴ Art. 3 de l'A.U./D.A.

³²⁵ Comme un contrat principal par exemple.

consentement d'autre part. Les conditions relatives à la validité du consentement ne présentant guère de particularités par rapport au droit commun des contrats et les principales questions ayant trait aux formes éventuelles dans lesquelles le consentement devrait être exprimé, on ne traitera pas de cette condition. En conséquence, nous centrerons l'analyse sur les conditions relatives à la capacité et au pouvoir dans le chef des personnes privées (A) et l'aptitude de l'Etat et des personnes morales de droit public à compromettre (B).

A : De la capacité et du pouvoir des personnes privées

La notion de pouvoir suppose un mécanisme de représentation ; elle est différente de la notion de capacité juridique. La capacité d'exercice désigne l'aptitude à exercer les droits dont on est titulaire. Le pouvoir recouvre quant à lui l'aptitude à engager une personne que l'on représente. Ceci concerne principalement mais non exclusivement les personnes morales. Nous examinerons donc ces notions tant pour les personnes physiques (1) que pour les personnes morales de droit privé (2).

1 : De la capacité et du pouvoir des personnes physiques de droit privé

Nous développerons ici la double question de la capacité et du pouvoir des personnes physiques de droit privé de compromettre (a) et de la question de la représentation (b).

a) La capacité des personnes physiques à compromettre

« Toute personne physique ou morale peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition »³²⁶. Cette disposition, qui concerne l'arbitrabilité, suppose que la personne qui passe une convention d'arbitrage doit avoir la capacité générale de contracter et la libre disposition du droit visé dans la convention³²⁷.

Le mineur n'a donc pas la capacité de s'engager par une convention d'arbitrage. Il en est de même du majeur placé sous un régime d'incapacité supposant un mécanisme de représentation, tel celui de la tutelle. Ces personnes n'ont en effet pas la capacité de contracter et ne peuvent disposer librement de leurs droits. Sur ces aspects du droit de la personne, le

³²⁶ Art. 2, alinéa 1^{er} de l'A.U./D.A.

³²⁷ *Infra* la question de la libre disposition du droit.

droit uniforme africain n'a pas vocation à unifier l'ensemble du droit existant, les législations des Etats parties s'imposent donc en matière de capacité.

b) La question de la représentation

Nous nous limiterons au cas de la représentation du débiteur en état de redressement judiciaire (b-1) et du cas du mandat (b-2).

b-1 : La représentation du débiteur en état de redressement judiciaire

Le débiteur en état de redressement judiciaire ou de liquidation n'est certes pas frappé d'une incapacité. En effet, le dessaisissement total ou partiel qu'entraîne l'ouverture de la procédure n'a pas pour but de protéger un incapable mais d'assurer la protection des créanciers. En cas de redressement judiciaire, le débiteur est maintenu à la tête de son patrimoine qu'il administre sous surveillance du syndic qui représente les créanciers³²⁸. Le débiteur doit obligatoirement être assisté du syndic pour tous les actes relatifs à l'administration et à la disposition de ses biens. Certes, le débiteur passe l'acte mais il doit obtenir l'autorisation du syndic. Ceci vaut bien entendu pour les conventions d'arbitrage. La solution retenue dans le droit uniforme est ainsi différente de celle du droit français où le dessaisissement est à contenu variable. Par conséquent, il est nécessaire de consulter le jugement d'ouverture de la procédure pour voir à quelles conditions l'intéressé peut valablement compromettre.

En droit Ohada, en cas de liquidation judiciaire, le dessaisissement du débiteur est complet³²⁹. Seul le syndic peut, avec l'autorisation du juge commissaire, conclure une convention arbitrale relativement à des contestations qui intéressent collectivement les créanciers. Dans certains cas, le compromis doit être homologué par une décision juridictionnelle³³⁰.

³²⁸ Art. 52 de l'A.U./P.C (Acte Uniforme relatif à la procédure collective).

³²⁹ Art. 53 de l'A.U./P.C.

³³⁰ Art. 148 de l'A.U./P.C.

b-2 : Le pouvoir de représentation du mandataire

Les pouvoirs d'un mandataire conventionnel doivent s'interpréter restrictivement. En effet, le mandat conclu en terme général ne concerne que les actes d'administration³³¹. Il convient de préciser que le mandat général s'étend aux actes de disposition.

Le mandataire a donc besoin pour compromettre d'un mandat spécial. Ainsi par exemple, l'avocat doit disposer d'un pouvoir spécial donné par son client pour conclure une convention d'arbitrage. Ceci implique que l'acte qui lui confère son pouvoir de représentation vise expressément le pouvoir de conclure, pour le compte du représenté, une convention d'arbitrage. C'est par exemple le cas du mandat donné à son avocat dans le cadre d'un procès, l'avocat agit au nom et pour le compte de son client. Il peut accomplir tous les actes nécessaires à la conduite du procès sans qu'il y ait besoin d'un écrit.

S'agissant de la possibilité pour l'avocat de modifier la convention d'arbitrage sans l'autorisation spéciale de son client pendant la procédure arbitrale, la réponse est incertaine. Dans les pays de l'Ohada qui ont conservé le Code civil tel qu'il avait été mis en vigueur à l'époque coloniale, « le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre »³³².

2 : De la capacité et du pouvoir des personnes morales de droit privé

L'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage prévoit expressément que « toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage »³³³. La question concrète qui se pose porte sur l'identification des organes sociaux disposant du pouvoir d'engager la personne morale par une convention d'arbitrage. Il faut à cet égard se référer au statut de la personne morale et à la loi qui organise cette catégorie de personne morale.

En ce qui concerne les associations, il est nécessaire de se référer à leurs statuts afin d'identifier l'organe disposant du pouvoir de compromettre pour le compte de l'association. Si les statuts n'ont rien prévu, il faut identifier cet organe qui est, en principe, celui qui est compétent pour poser des actes de disposition. Une convention d'arbitrage passée par l'organe chargé de l'administration courante risquerait par conséquent d'être contestée par l'association aux motifs qu'elle n'a pas été valablement représentée.

³³¹ Art. 1956 du Code civil français.

³³² Art. 1389 du Code civil.

³³³ Art. 2 de l'A.U./D.A.

En ce qui concerne les sociétés commerciales, l'article 121 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique dispose qu'« à l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte Uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers »³³⁴. Il faut donc identifier les représentants légaux de chaque type de société³³⁵, qui peuvent s'engager dans une convention d'arbitrage sans avoir à justifier d'un pouvoir spécial. La règle est identique pour les administrateurs des groupements d'intérêt économique³³⁶. Si des personnes ont passé une convention d'arbitrage au nom d'une société en formation, elles seront tenues solidairement et indéfiniment, à moins que l'engagement ne soit repris par la société une fois celle-ci constituée³³⁷. Cela implique que la convention d'arbitrage devra être exécutée par la personne qui s'est engagée au nom de la société en formation, sauf si la société, une fois constituée, reprend la convention à son compte.

Si la convention d'arbitrage a un caractère international, au sens du droit international privé, l'appréciation de la capacité et du pouvoir soulève une question de conflit de lois. Celle-ci sera traitée par application des règles de conflits de lois. La capacité générale d'une personne privée, c'est-à-dire l'incapacité générale d'exercice, relève de la loi personnelle de l'intéressé. Dans les Etats Ohada, la loi personnelle s'entend de la loi nationale. Celle-ci pourrait être retenue, pour les tribunaux arbitraux siégeant dans un Etat de l'Ohada, au titre de règle de conflit du siège du tribunal arbitral. On pourrait aussi estimer que les arbitres pourraient appliquer la règle de conflit dite loi nationale ou loi du domicile de l'Etat dans lequel la sentence devra être exécutée.

Le deuxième problème porte sur la question de savoir si l'Etat ou, plus largement, une personne morale de droit public peut être engagée dans une convention d'arbitrage. La question a longtemps été débattue. Elle a reçu des solutions très différentes selon les systèmes juridiques considérés.

³³⁴ Art.121 de l'A.U. /S.C. (Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales).

³³⁵ Par exemple, le gérant pour la société en commandite (art. 298 A.U./S.C.), pour la société en nom collectif (art. 276 A.U./S.C.), la S.A.R.L. (art. 323 A.U./S.C.), Président directeur général(art. 462 A.U./S.C.), Président du conseil d'administration (art. 477 A.U./S.C.), Directeur général (art. 487A.U./S.C.), Administrateur général (art. 494 A.U./S.C.) pour la Société Anonyme.

³³⁶ Art. 879 A.U. /S.C.

³³⁷ Art. 110 A.U. /S.C.

B : De l'aptitude de l'Etat et des personnes morales de droit public à compromettre

Dans la quasi-totalité Etats de l'Ohada, à l'instar de l'ancien droit français de l'arbitrage, les différends dans lesquels l'Etat ou une personne morale de droit public étaient partie, n'étaient pas arbitrables. En effet, les Etats dont la législation sur l'arbitrage s'inspirait du droit français de l'arbitrage antérieur aux réformes de 1980 et 1981, avaient intégré l'interdiction de compromettre retenue en droit français sur la base du caractère inarbitrable des causes communicables au Ministère public³³⁸. Or, les différends dans lesquels l'Etat ou une entité publique étaient partie étaient des causes communicables au Ministère public.

Sur ce point, une innovation heureuse a été apporté par le droit Ohada, qui correspond d'ailleurs aux tendances contemporaines du droit de l'arbitrage.

L'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme dispose que « les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». Cette règle confirme une tendance très générale, au moins pour l'arbitrage international, qui interdit à l'Etat de paralyser, par voie d'exception, une convention d'arbitrage à laquelle il est partie, en arguant de son incapacité à compromettre ou du caractère du litige.

Il convient d'analyser la portée substantielle, personnelle et spatiale de la règle posée à l'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage. Cette règle vise aussi bien l'arbitrage interne que l'arbitrage de droit international privé. Le droit uniforme ne fixe aucune limite à l'arbitrabilité des litiges intéressant l'Etat et les personnes morales de droit public. Il précise même que l'Etat ne peut pas invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité du litige. Cette absence de réserve ne signifie pas que les arbitres pourraient juger de la validité ou de l'opportunité d'une mesure prise par l'Etat dans l'exercice de ses fonctions de puissance publique. Sans doute, les arbitres pourront connaître de litiges suscités par l'exercice de l'Etat de telles prérogatives. Ils devront cependant limiter leur pouvoir juridictionnel à la question par exemple des réparations dues à la personne privée consécutivement aux dommages résultant de l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

³³⁸ Art. 1004 de l'ancien Code de procédure civile français.

Sans aucun doute, le législateur Ohada pose de fait, à travers l'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage, une règle matérielle de l'arbitrage. Elle s'applique bien entendu aux Etats de l'Ohada. La nature matérielle de la règle, et l'exclusion explicite du droit de l'Etat partie à la convention d'arbitrage, implique qu'elle concerne également les Etats tiers. Cela reflète parfaitement que la norme posée à l'alinéa 2 de l'article 2 a entendu écarter le recours à la technique conflictuelle en ce domaine.

La condition de validité relative à l'objet de la convention d'arbitrage pose le problème de savoir si un différend peut être tranché par la voie de l'arbitrage ou si, au contraire, il ne doit pas être tranché par une juridiction nationale. Dans la terminologie du droit de l'arbitrage, cette question est identifiée sous l'expression d'arbitrabilité du litige.

Paragraphe II : L'arbitrabilité du litige

L'arbitrabilité des différends est l'une des questions charnières du droit de l'arbitrage. La notion reste pourtant d'appréhension difficile. L'arbitrabilité exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige d'être soumis au pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Cela dit, la conception de l'arbitrabilité proprement dite demeure comme une étape à franchir afin de recourir à l'arbitre, sans oublier que tout arbitre peut se déclarer incompétent si le litige est jugé inarbitrable.

Tant en droit interne qu'en droit international³³⁹, l'arbitrage suscite des débats quant à son champ d'application que l'on peut approcher par l'arbitrabilité, qualité qu'un litige a d'être arbitré. L'arbitrabilité concerne donc la question de savoir si un litige peut être tranché par des arbitres et ne doit pas, au contraire, relever du juge étatique.

La notion d'arbitrabilité est complexe, parce qu'elle est protéiforme³⁴⁰. Elle fait appel à plusieurs concepts très divers sur lesquels le juriste doit se pencher pour savoir si le recours à l'arbitrage est possible dans telle ou telle situation. En d'autres termes, l'arbitrabilité relève aussi bien des questions de capacité, de pouvoir que d'objet. La référence à l'alinéa 1^{er} de

³³⁹ En matière d'arbitrage international, les principales conventions ne sont d'aucun secours car elles ne définissent pas l'arbitrabilité : Ph. FOUCHARD, « *La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international* », J.D.I., 1987-4, 861.

³⁴⁰ Sur les différences entre l'arbitrabilité subjective et l'arbitrabilité objective voir B. HANOTIAU, « La loi applicable à l'arbitrabilité », R.D.A.I. 1998-7, 755 ; du même auteur : « L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen », *Clunet* 1994, p. 899.

l'article 2060 du Code civil français semble s'imposer à ce stade de l'exposé : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Elle fait apparaître que l'arbitrabilité est proche de la notion d'objet de l'obligation³⁴¹. L'arbitre est amené à intervenir parce que l'une au moins des parties n'a pas exécuté son obligation. Ainsi, c'est bien l'objet de la prestation qui conditionne l'arbitrabilité. Mais la personne du signataire peut aussi être considérée comme un critère de détermination du domaine de l'arbitrabilité³⁴².

En substance, il est convenu d'admettre que les fondements de l'inarbitrabilité d'un litige sont au nombre de trois. Echapperaient ainsi à l'attraction de l'arbitrage, en tout cas du point de vue du droit français : les litiges portant sur des droits non disponibles ; les litiges intéressant l'ordre public ; les litiges entrant dans le champ d'une attribution impérative de compétence au profit d'une juridiction étatique.

L'explication de la règle tient au fait que l'arbitrage est une technique conventionnelle de résolution des litiges qui traduit l'expression d'une volonté abdicataire dans la mesure où les parties renoncent à la voie juridictionnelle normale. La violation de la condition d'arbitrabilité entraîne la nullité de la convention d'arbitrage et des actes de la procédure indûment engagée. Tous les litiges ne seraient donc pas arbitrables dans un souci de préservation de l'ordre public. Les principaux arguments reposent sur la nécessité de protéger le plus faible³⁴³, mais aussi sur la prééminence de l'ordre juridictionnel étatique.

Le domaine de l'arbitrabilité en droit français apparaît plutôt étroit si l'on s'en réfère au droit positif. Il est strictement défini et la jurisprudence œuvre timidement pour son extension. Pourtant, de nombreux rapports ou études constatent les avantages qu'il y aurait à ouvrir cette voie. La politique de déjudiciarisation tend à se développer pour des motifs tant économiques³⁴⁴ que sociologiques³⁴⁵.

Dans le droit uniforme africain, la convention d'arbitrage doit viser des différends arbitrables. L'Acte Uniforme sur l'arbitrage pose une règle relative à l'arbitrabilité. Sans viser

³⁴¹ Colmar, 29 novembre 1968, J.C.P. 1970, II, 16246, note OPPETIT et LEVEL.

³⁴² GAVALDA et L. de LEYSSAC, « La restriction la plus notable à l'arbitrabilité tenant à la personne du signataire se trouve dans l'article 2060 du Code civil », L'arbitrage, p. 21.

³⁴³ Notamment les consommateurs et les salariés.

³⁴⁴ Insuffisances du système judiciaire à absorber le traitement des différends.

³⁴⁵ Recherche d'une dédramatisation des litiges.

expressément l'arbitrabilité, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. identifie les litiges qui peuvent être soumis aux tribunaux arbitraux siégeant dans le cadre de l'arbitrage institutionnel mis en place par le Traité Ohada et le Règlement. Il en résulte une indéniable clarté dans l'indication des critères de l'arbitrabilité des différends (A). Cependant, le domaine de l'arbitrage n'apparaît nettement que si l'on examine la portée des critères d'arbitrabilité dégagés par le législateur (B).

A : L'indéniable clarté dans l'indication des critères légaux d'arbitrabilité des litiges dans le droit Ohada

La question majeure à laquelle le législateur devait apporter une solution est bien connue. Quel critère retenir pour sélectionner les litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage ? La question présente des enjeux à la fois pratiques et théoriques. Sur le plan pratique, l'enjeu de la question se pose en termes de domaines de l'arbitrage. Sur le plan théorique, il fallait éviter une solution qui fasse apparaître la justice arbitrale comme une exception à la justice étatique. Le tout n'était pas d'adopter une solution, encore fallait-il l'énoncer. A cet égard, le législateur africain a fait preuve d'une simplicité remarquable dans la définition du litige arbitral. Celui-ci doit être d'ordre contractuel (1) et porter sur un droit dont on a la libre disposition (2).

1 : Un litige d'ordre contractuel

A partir du moment où le champ visé pour le développement de l'arbitrage est le droit des affaires, il paraît logique que l'existence de rapports contractuels soit la condition du recours à l'arbitrage. Cependant cette situation encourt quelques difficultés à son énoncé (a) et requiert certaines explications (b).

a) L'énoncé de la condition

L'exigence selon laquelle le différend à soumettre à l'arbitrage doit être d'ordre contractuel est posée en termes clairs par le Traité Ohada. Ce dernier dispose en effet que « toute partie à un contrat [...] peut soumettre un différend d'ordre contractuel à une procédure d'arbitrage »³⁴⁶. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. fait également du caractère contractuel du différend le premier critère d'arbitrabilité³⁴⁷ ou, plus précisément, le premier critère délimitant la compétence de l'arbitrage institutionnel mis en place par le Traité.

Il faut entendre par différend d'ordre contractuel un litige qui trouve son origine dans un contrat. Le litige peut tout autant concerner la validité du contrat, son exécution, sa fin anticipée ou encore son interprétation. Par rapport au critère de la libre disponibilité des droits retenu par l'Acte Uniforme, le caractère contractuel du différend est à la fois plus étroit et plus large. Il est plus étroit dans la mesure où des droits disponibles n'ont pas nécessairement leur origine dans un contrat. Il est plus large dans la mesure où certains droits visés dans un contrat pourraient être indisponibles à l'état de droits éventuels et ne devenir disponibles qu'une fois nés. La notion d'arbitrabilité dans l'Acte Uniforme ne se confond donc pas intégralement avec le premier critère retenu pour déterminer la compétence du centre institutionnel d'arbitrage de la C.C.J.A.

Le deuxième critère retenu porte sur le lien spatial entre le contrat à l'origine du différend et un Etat partie au Traité.

En conclusion, le critère retenu par le législateur africain pour que le litige soit soumis à l'arbitrage est incontestablement le caractère de différend d'ordre contractuel. Mais que signifie réellement cette notion de « différend d'ordre contractuel » ?

b) Significations

La notion de « différend d'ordre contractuel » n'est pas d'une évidence absolue. Elle l'est d'autant moins que l'exigence de la loi est diversement formulée par le Traité Ohada³⁴⁸, alors que l'Acte Uniforme, dans son article 21, parle uniquement de différend d'ordre contractuel.

³⁴⁶ Art. 21 du Traité.

³⁴⁷ Art. 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

³⁴⁸ Le préambule et l'article 1^{er} parle de « différend contractuel » et non de différend d'ordre contractuel.

Une chose est toutefois sûre, quelles que soient les formulations utilisées, aucune ne semble signifier que le différend doit être visé dans un contrat. Une telle interprétation aboutirait en fait à ne donner effet qu'à la clause compromissoire au détriment du compromis. Le contrat peut certes prévoir l'éventualité d'un différend et organiser à cet effet le recours à l'arbitrage, mais même si le contrat principal ne l'a pas prévu, le recours à l'arbitrage est possible après la survenance du litige. La notion est d'une évidence absolue puisque le recours à l'arbitrage est fondé sur la convention des parties³⁴⁹.

Il semble également sans nul doute que la formule « différend d'ordre contractuel » signifie différend de catégorie contractuelle. On est ainsi renvoyé à la classification en catégories juridiques. En particulier, il s'agit de faire la distinction entre les classifications de différends contractuels et de différends extracontractuels.

Ainsi comprise, la formule « différend d'ordre contractuel » est rigoureusement équivalente à celle de « différend contractuel ». La formule couvre indiscutablement les différends nés des difficultés d'exécution du contrat. En revanche, on peut hésiter sur la question de savoir si elle couvre également les difficultés liées à la conclusion du contrat. Si dans une analyse purement logique, on peut avancer que le contrat n'existe qu'après sa conclusion³⁵⁰, on devrait alors considérer que les différends relatifs à la conclusion d'un contrat ne sont pas des différends contractuels. A ce titre, ils devraient donc être exclus de l'arbitrage. Pour autant il convient de fortement nuancer cette analyse. Le droit de l'arbitrage donne compétence à l'arbitre pour se prononcer sur la validité ou l'existence du contrat principal³⁵¹. Ce pouvoir donné aux arbitres n'est rien d'autre que celui de se prononcer sur les difficultés de conclusion du contrat principal. Il convient donc d'admettre qu'en matière d'arbitrage est contractuel le litige relatif à la conclusion du contrat.

En conclusion, le recours à l'arbitrage doit être exclu chaque fois que le litige se situe dans le domaine délictuel, quasi-délictuel ou quasi-contractuel, mais également lorsque les parties au litige sont des tiers l'une par rapport à l'autre. Mais quand bien même ces parties seraient des contractants, encore faudra-t-il que le différend qui les oppose porte sur un droit dont elles ont la libre disposition.

³⁴⁹ Au demeurant, l'évolution de l'arbitrage démontre que c'est incontestablement la validité de la clause compromissoire et pas celle du compromis qui est à l'origine de nombreuses difficultés.

³⁵⁰ Cass. Com. 11 janvier 1984. Bull.civ.IV. n° 16. p. 13 ; JCP, 1984, IV, p. 86.

³⁵¹ Art. 10.4 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

2 : Un différend portant sur un droit dont on a la libre disposition

L'arbitrabilité, comme nous l'avons constaté, concerne la question de savoir si un différend peut être liquidé par la voie de l'arbitrage ou s'il ne doit pas, au contraire, relever des juridictions nationales. L'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage répond à cette question, en disposant à l'article 2 alinéa 1^{er} de la manière qui suit : « Toute personne [...] peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ». La notion d'arbitrabilité est ainsi liée à celle de la disponibilité des droits. Le critère est classique dans nombre de législations³⁵², et on le trouve ainsi formulé, ou dans une formulation voisine, sous l'expression des droits sur lesquels on peut transiger.

Un droit est disponible conceptuellement, lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, qui peut tout faire à son propos, notamment l'aliéner et même y renoncer. Il existe toutefois des degrés dans la disponibilité des droits³⁵³. Il est ainsi des droits absolument et définitivement indisponibles mais qui deviennent disponibles. Il est ensuite des droits qui procèdent d'une situation indisponible mais qui deviennent disponibles dans certains de leurs aspects. Il s'agit donc de droits partiellement disponibles. Il est enfin des droits qui sont indisponibles à l'état de droits éventuels mais qui sont disponibles à l'état de droits nés et actuels. Ceci implique que tant que le droit est éventuel, il est impossible de recourir à l'arbitrage, alors qu'une telle possibilité s'ouvre lorsqu'il est acquis. Une telle distinction peut ainsi avoir pour effet d'invalider une clause compromissoire alors qu'un compromis d'arbitrage pourrait être valablement conclu.

La concrétisation de ces distinctions relève de chaque législation.

Il est assez banal de constater que la disponibilité des droits peut changer d'un système juridique à l'autre. Plus un droit sera perçu comme une protection, un droit servant à protéger son titulaire, moins il sera disponible. Au contraire, plus il sera perçu comme un pouvoir de volonté, plus il sera disponible. C'est essentiellement en raison de cela que l'on peut se montrer très réservé sur l'utilisation d'un concept aussi fuyant et relatif que celui de la disponibilité des droits comme critère d'arbitrabilité dans une législation harmonisée.

³⁵² Art. 2059 C. civ. Français ; Art. 442 nouveau du C.P.C. algérien ; Art. 1676, al. 1 du Code judiciaire belge etc.

³⁵³ P. LEVEL, « l'arbitrabilité », *Revu. Fr. Arb.*, 1992, p. 222.

Le droit uniforme n'a évidemment pas pour pure objectif de définir la notion de libre disponibilité des droits. Ceci a comme corollaire que la définition, c'est-à-dire la concrétisation de ce concept, relève de chaque législation étatique des pays de l'Ohada. Ceci revient à dire que, malgré l'existence d'une législation harmonisée sur l'arbitrage, un facteur aussi essentiel que celui de l'arbitrabilité du litige est en pratique abandonné à chaque pays. Certes, l'appartenance des droits des Etats de l'Ohada à une même famille de droits peut réduire les divergences. Il n'empêche qu'on peut penser qu'il eut été préférable de recourir à une notion moins fuyante qui ne souffrirait pas d'interprétations différenciées selon les droits qui pourront être utilisés pour la concrétiser. Le critère fixé par le droit fédéral suisse, qui retient la patrimonialité de la cause³⁵⁴ pour définir l'arbitrabilité, peut paraître à cet égard plus adéquat, spécialement dans une législation harmonisée.

Dans une convention d'arbitrage de droit international privé, la libre disposition des droits doit ainsi s'apprécier d'après la loi régissant le droit concerné, c'est-à-dire d'abord la loi applicable au fond du litige. Or, l'on vient de relever que la conception que les systèmes de droit peuvent se faire de la libre disposition des droits subjectifs peut considérablement varier. Ceci peut avoir comme conséquence l'invalidité de la convention d'arbitrage au motif que la loi applicable au fond du litige tient les droits en question pour indisponibles et donc inarbitrables. C'est encore une raison qui explique qu'il a parfois été jugé opportun de ne pas recourir au critère de la libre disponibilité des droits pour fixer les frontières de l'arbitrabilité, mais au contraire d'utiliser le critère patrimonial du litige.

Après cette analyse sur la notion de libre disposition des droits, il convient de la préciser par quelques cas d'application.

a) « Droits dont on a la libre disposition » en matière d'état des personnes et de droit de la famille

On peut d'emblée affirmer que les litiges concernant l'état des personnes sont inarbitrables dans les Etats Ohada parce que les droits en cause sont indisponibles. On ne peut dès lors recourir à l'arbitrage pour divorcer ou trancher la question de la nullité d'un mariage.

³⁵⁴ Art. 177 de la Loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit de l'arbitrage privé.

On ne peut davantage faire trancher par les arbitres une action en désaveu ou de recherche de paternité.

Si les litiges suscités par l'état des personnes et les relations familiales dans leur dimension personnelle sont inarbitrables, il n'en va pas nécessairement de même pour les conséquences patrimoniales ou les droits pécuniaires qui découlent de l'état des personnes. De tels droits peuvent être disponibles et faire l'objet d'un arbitrage. Il est toutefois également possible que le principe d'un droit pécuniaire soit indisponible, par exemple l'obligation alimentaire légale. Cependant, cela ne devrait pas rendre impossible le recours à l'arbitrage quant au mode de règlement ou la quotité d'une pension alimentaire. Il s'agit dans ce dernier cas d'un exemple de droits dérivant d'une situation indisponible mais qui deviennent disponibles dans certains de leurs effets.

Lorsque l'arbitrage a un caractère international, au sens du droit international privé, et que le caractère disponible du droit doit s'apprécier en fonction d'une loi étrangère, en principe la loi régissant le fond du litige, il doit pouvoir être donné effet aux conceptions qui considèrent comme arbitrables certains litiges intéressant le droit de la famille, même dans sa dimension personnelle. Ainsi, si la loi personnelle applicable aux intéressés admet l'arbitrabilité des litiges relatifs à la garde des enfants, il devrait pouvoir être donné effet à la convention d'arbitrage intervenue dans ce domaine.

b) « Droits dont on a la libre disposition » en matière d'infractions et intérêts civils

Il n'est naturellement pas possible d'arbitrer sur des infractions pénales. Il n'y a pas, à proprement parler dans cette matière, de droits subjectifs en cause, dans la mesure où l'exercice de l'action publique et la sanction pénale n'ont pas pour but de sanctionner un droit subjectif. Par contre, les intérêts civils résultant d'une infraction sanctionnent un droit subjectif disponible. Il est donc possible de compromettre sur les dommages intérêts civils résultant d'une infraction pénale.

c) Arbitrabilité et validité d'un droit attribué par une autorité publique

Chaque fois qu'un droit ou une situation résulte d'une décision de la puissance publique, la question de la validité de ce droit ou de cette situation échappe à la compétence

arbitrale. Cela s'explique par le fait que l'existence du droit est liée aux conditions que l'autorité publique pose à son attribution. Dans cette mesure, le droit n'est pas disponible. Si la validité est contestée, on peut même dire que ce droit n'existe pas et qu'il ne constitue qu'une virtualité.

d) Arbitrabilité et ordre public

La législation Ohada sur l'arbitrage ne fait pas référence à l'ordre public. De manière assez heureuse, elle évite les obscurités et les controverses que l'article 2060 du Code civil français a pu susciter dans la mesure où il écarte de l'arbitrage « les matières qui intéressent l'ordre public »³⁵⁵. L'absence de référence à l'ordre public doit cependant être bien comprise. Ni les parties dans leur convention d'arbitrage, ni les arbitres ne peuvent bien entendu violer l'ordre public. Celui-ci constitue une réserve nécessaire à la validité des actes juridiques privés qui ne peuvent déroger aux lois qui intéressent l'ordre public. Ainsi, une convention d'arbitrage portant sur des droits non disponibles pour des raisons d'ordre public, doit être annulée à la fois parce qu'elle porte sur des litiges non arbitrables mais aussi parce qu'elle viole l'ordre public. De même, une sentence qui refuserait d'appliquer une loi d'ordre public ou un principe général d'ordre public devrait encourir les mêmes critiques. Cela ne signifie en aucun cas que les arbitres ne peuvent pas connaître de litiges, à condition qu'ils portent sur des droits disponibles, suscitant l'application de lois ou de principes d'ordre public.

Les arbitres, lorsqu'ils sont saisis d'un litige nécessitant l'application d'une loi ou d'un principe d'ordre public, sont tenus de s'y conformer. Le contrôle de l'ordre public reviendra d'ailleurs, en dernier ressort, au juge étatique puisque la sentence pourra être annulée si elle a violé l'ordre public. L'arbitrabilité des différends par rapport aux législations d'ordre public doit par contre être écartée chaque fois que l'appréciation d'une situation par rapport à un principe d'ordre public a été expressément confiée à une autorité publique. Le droit européen de la concurrence en offre un exemple éclatant³⁵⁶. Le Traité de Rome interdit les pratiques ayant pour effet de favoriser ou de restreindre la concurrence. Les accords qui organisent ces pratiques sont nuls à moins qu'ils ne bénéficient d'une exception qui leur est octroyée par la Commission européenne. L'Afrique centrale, à travers la C.E.M.A.C. et l'Afrique de l'ouest, à travers l'U.E.M.O.A., entendent promouvoir des marchés libres et intégrés. Les dispositions

³⁵⁵ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, pp. 232 et s.

³⁵⁶ Sentence C.C.I. 3916 (1982), J.D.I., 1984, p. 930, obs. Y. DERAIS.

sur la concurrence, contenues dans les Traités organisant la C.E.M.A.C. et l'U.E.M.O.A., sont très nettement inspirées du droit communautaire de l'Union européenne³⁵⁷.

e) Arbitrabilité et protection d'une partie faible

On a déjà relevé l'idée que plus un droit subjectif a un caractère protecteur, moins il est disponible pour son titulaire. Certaines branches du droit sont construites sur l'inégalité présumée des parties à une relation juridique.

Le droit du travail et le droit de la consommation français sont, sans aucun doute, animés de cette philosophie de protection de la partie faible, en l'occurrence le travailleur et le consommateur. En revanche, la législation Ohada ne contient aucune disposition particulière sur l'arbitrabilité des litiges pour les contrats individuels de travail et les contrats de consommation. C'est sans doute regrettable car il s'agit de matières dans lesquelles la concrétisation de la disponibilité des droits pourrait considérablement varier d'un Etat à l'autre. Il n'est évidemment nulle part question de considérer les droits du travailleur ou du consommateur comme indisponibles. En effet, ils doivent pouvoir recourir à l'arbitrage s'ils le souhaitent. En revanche, ce qui doit être évité, c'est le fait de les obliger à recourir à la justice arbitrale par l'effet d'une clause, qu'ils se sont obligés d'accepter et dont ils n'ont à aucun moment mesuré la portée.

³⁵⁷ F. HAUTFENNE, « Approche comparative des concepts d'entente et d'abus de position dominante dans le cadre de l'U.E. et l'U.E.M.O.A. », Rev. Burk. Dr. 1998, pp. 173 et s.

Conclusion du chapitre I

La liberté dans l'accès à l'arbitrage consiste à octroyer à toute personne physique ou morale de droit privé (et plus exceptionnellement de droit public), confrontée à un litige, le droit de recourir, au moment et dans les conditions voulus, à l'arbitrage afin de faire trancher le différend l'opposant à une ou plusieurs autres personnes. Toutes les parties doivent cependant consentir au règlement du litige par voie arbitrale. Cette liberté se traduit par une convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage, clause compromissoire ou compromis, est la source du pouvoir juridictionnel des arbitres. Elle est l'expression de la volonté des parties qui se transforme en véritable source de compétence juridictionnelle. C'est l'effet premier de la convention d'arbitrage : donner compétence à un tribunal arbitral. L'effet second de la convention d'arbitrage est de définir les modalités d'arbitrage : le siège, la procédure, la loi applicable, la nomination des arbitres, etc.

La volonté des parties, condition primordiale de la liberté contractuelle octroyée aux parties pour régir leur rapport juridique, est un élément essentiel de la liberté des parties dans l'arbitrage en général et l'arbitrage Ohada en particulier. En effet, contrairement au Code Napoléon, où la liberté contractuelle n'apparaît pas de façon directe et franche mais plutôt implicite³⁵⁸, l'Acte Uniforme proclame en très bonne place, dès le chapitre premier consacré aux dispositions générales, le principe de cette liberté, indiquant ainsi son choix non équivoque pour l'autonomie de la volonté. Il convient de noter que l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général avait également, dès avant l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage, consacré la primauté de la volonté des parties³⁵⁹.

Mais quel est le champ d'application de cette liberté ? La liberté contractuelle signifie que les parties font théoriquement ce qu'elles veulent, leur liberté devant pouvoir s'exprimer sur tous les plans, depuis l'initiative du contrat, le choix du partenaire, la forme du contrat, la détermination du contenu du contrat, et l'exécution dudit contrat. Aussi, le libre accès à

³⁵⁸ En effet la liberté contractuelle est tout d'abord visée par l'article 6, de manière négative, par l'évocation des limites que sont l'ordre public et les bonnes mœurs. L'article 6 dispose en effet qu' « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La liberté contractuelle n'est ensuite posée que par les articles 1134 al. 1, et 1156. Le premier, l'article 1134 al. 1 dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». L'article 1156 prévoit quant à lui qu' « on doit dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

³⁵⁹ Art. 206 al. 1 : « En matière de vente commerciale, la volonté et le comportement d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci, lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention ».

l'arbitrage permet de sécuriser les activités des acteurs économiques et financiers dans le sens où cette liberté leur permet en toute célérité de se protéger des éventuelles péripéties susceptibles d'entraver leurs activités.

Cependant, la liberté octroyée aux parties dans l'accès à l'arbitrage ne peut pas être à elle seule suffisante pour rassurer les opérateurs économiques quant à la protection de leur activité. En effet, le second aspect que l'on peut rajouter au libre accès à l'arbitrage pour donner plus de sécurité aux parties à l'arbitrage est de leur octroyer une totale liberté d'aménager leur arbitrage.

Chapitre II : La liberté des parties d'aménager l'arbitrage

La possibilité donnée aux parties d'aménager les différentes étapes du processus de résolution des litiges doit être une règle universelle. Cette liberté est un facteur fondamental du succès que remporte l'arbitrage. Il convient donc qu'en Afrique les parties puissent déterminer et imposer, tout au long de la procédure arbitrale, leurs choix en ce qui concerne les arbitres (Section I), la procédure à suivre (Section II) et le droit applicable au fond du litige (Section III).

Section I : La liberté des parties dans le choix des arbitres

La mise en place du tribunal arbitral est, en tous les cas d'un point de vue chronologique, le premier acte procédural que font les parties dans l'arbitrage. De ce fait, elle constitue une étape primordiale et essentielle, ce qui est mondialement admis. Dans ce sens, l'article V de la Convention de New York de 1958 dispose de nombreux cas dans lesquels la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées du fait d'irrégularités relatives au tribunal arbitral³⁶⁰.

C'est aussi et surtout en accordant aux parties le droit de désigner leurs arbitres et de régler les modalités de la mise en place du tribunal arbitral que la justice arbitrale se distingue

³⁶⁰ Art. 5 de la Convention : « la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

a) Que les parties à la convention [...] étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou

b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou

c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou

d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution est requise constate :

a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou

b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays [...] ».

de la justice étatique³⁶¹. Pour la constitution d'un tribunal arbitral, le principe d'autonomie de la volonté doit être de rigueur. Pour autant, si les parties peuvent se référer à leur convention d'arbitrage, elles peuvent également se référer à un règlement d'arbitrage *ad hoc* ou institutionnel.

L'autonomie des parties se manifeste tant au niveau de la désignation des arbitres (Paragraphe I) que du choix de la personne de l'arbitre (Paragraphe II).

Paragraphe I : Liberté des parties et désignation des arbitres

La liberté des parties constitue le principe fondamental de l'instance arbitrale, y compris dans sa phase préalable de constitution de la juridiction. La liberté des parties se manifeste alors par la constitution conventionnelle du tribunal arbitral (A) dont l'assistance judiciaire, usitée en cas d'arbitrage *ad hoc*, constitue un complément (B). Les règles de constitution du tribunal arbitral dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. comportent des spécificités que nous examinerons (C). D'une manière générale, différents incidents peuvent affecter la composition de la juridiction arbitrale (D).

A : La constitution conventionnelle, expression du libre choix de l'arbitre

La constitution conventionnelle désigne les différents modes de constitution de la juridiction arbitrale par la volonté des parties. Nous examinerons ses fondements (1) et ses limites (2) avant de décrire les différentes modalités de désignation conventionnelle (3).

1 : Les fondements du libre choix des arbitres par les parties

En droit français, l'article 1443 alinéa 2 du N.C.P.C. exige que la désignation des arbitres figure dans la clause compromissoire. Toutefois, les parties peuvent se contenter de déterminer les modalités de désignation des arbitres. Concrètement, c'est d'ailleurs ce que font le plus souvent les parties. En effet, la désignation des arbitres à une époque où les parties ignorent encore tout de la nature et des spécificités du différend qui pourrait éventuellement survenir est une décision prématurée qui risquerait de se révéler par la suite inadéquate. Pour

³⁶¹ N. NAJJAR, « L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international », L.G.D.J., 2004, p. 219.

satisfaire cette exigence de détermination des modalités de désignation des arbitres, les parties peuvent ainsi décider que sera choisi un arbitre unique, dont le nom sera retenu d'un commun accord entre elles, ou que chacune désignera un arbitre, le troisième étant désigné par les deux premiers ou encore que cette désignation sera confiée aux soins d'un tiers, qui pourra être une personne physique³⁶² ou une personne morale³⁶³.

Le Nouveau Code de procédure civile fait également obligation aux parties de désigner les arbitres ou de prévoir les modalités de leur désignation dans le compromis d'arbitrage³⁶⁴.

De la même manière, en droit Ohada, l'Acte Uniforme affirme très clairement que c'est à la convention d'arbitrage signée par les parties, et à elle seule, qu'il incombe de désigner les arbitres ou, tout au moins, de fixer les modalités de leur désignation. L'Acte Uniforme affirme ainsi que « les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés, conformément à la convention des parties »³⁶⁵. Ce n'est qu'à défaut de cette volonté ou en cas d'insuffisance de celle-ci que les dispositions légales relatives à la constitution du tribunal des arbitres trouveront à s'appliquer³⁶⁶. Il faut entendre par là qu'il est nécessaire que les parties aient la volonté de recourir à l'arbitrage pour que les règles légales sur la désignation des arbitres puissent s'appliquer. En ce sens, il faut donc une convention d'arbitrage. L'expression « à défaut de convention » signifie dès lors qu'un accord d'arbitrage existe mais qu'il ne prévoit rien quant à la désignation des arbitres. L'insuffisance de la convention pose quant à elle un accord d'arbitrage mais qui, concrètement, ne permet pas la désignation des arbitres parce qu'il est incomplet.

Textuellement, puisque la convention est complète, elle n'est pas insuffisante. Il paraît alors difficile dans ce cas de substituer la procédure de désignation organisée par la loi à celle qui a été voulue par les parties. Une telle interprétation textuelle aboutirait cependant à des conséquences totalement inopportunes en raison de ce que l'intervention judiciaire dans la constitution du tribunal arbitral paraît limitée, dans le droit Ohada, aux seules hypothèses où une juridiction arbitrale est constituée en fonction des règles légales posées à l'article 5 de l'Acte Uniforme. En l'absence de substitution des règles légales à la volonté des parties et en l'absence d'intervention judiciaire, la constitution du tribunal arbitral pourrait alors être

³⁶² Un magistrat par exemple.

³⁶³ Un centre d'arbitrage.

³⁶⁴ Art. 1448, al. 2 du N.C.P.C.

³⁶⁵ Art. 5, al. 1^{er} de l'A.U./D.A.

³⁶⁶ Art. 5, al. 2 de l'A.U./D.A : « à défaut d'une telle convention [convention désignant les arbitres] ou si la convention est insuffisante ».

définitivement bloquée. Il faudrait en conséquence suggérer une interprétation très large de l'expression « insuffisance de la convention » qui permettrait d'inclure tous les cas où, malgré le caractère complet d'une convention, la constitution de la juridiction arbitrale s'avère impossible.

La primauté de la volonté des parties et l'application à titre subsidiaire des dispositions de la loi uniforme reflètent le mécanisme retenu par la Convention de New York du 10 juin 1958, lorsqu'il s'agit d'apprécier, à cet égard, la régularité de la sentence arbitrale. Sur ce point, la philosophie de l'arbitrage va dans le même sens en ce qui concerne la primauté de la convention des parties. En outre, le choix des arbitres peut dépendre de nombreux facteurs dont on peut penser que les parties sont particulièrement bien placées pour apprécier l'importance et l'incidence du point de vue de la composition de la juridiction arbitrale³⁶⁷.

L'article 4 de l'Acte Uniforme précise par ailleurs que les parties ont la liberté de fixer les modalités de la procédure arbitrale, qui comprend nécessairement la constitution du tribunal arbitral, et ce, soit directement, soit par référence à un règlement institutionnel, ou encore, dans leur silence, par l'application de l'Acte Uniforme. Les parties sont ainsi maîtres d'organiser librement leur procédure et donc de s'entendre sur les modalités de constitution du tribunal arbitral.

La primauté de la volonté des parties a dès lors pour conséquence directe le caractère subsidiaire des dispositions de l'Acte Uniforme. L'Acte Uniforme s'inscrit ici dans un courant doctrinal et législatif bien établi. Les différentes législations africaines consacraient déjà la primauté de la convention des parties. Au Mali, l'article 880 du décret du 28 juin 1994 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale prévoyait ainsi que « la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation ». En Côte d'Ivoire, l'article 2 alinéa 2 de la loi n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage, contenait une disposition identique. Au Tchad, l'article 372 de l'ordonnance du 28 juillet 1967 portant Code de procédure civile disposait pour sa part que « le compromis désigne [...] le nom de l'arbitre, à peine de nullité, ainsi que le délai qui lui est imparti ». L'article 276 alinéa 2 du décret togolais du 15 mars 1982 portant Code de procédure civile, ainsi que l'article 578 de la loi camerounaise n° 75/18 du 8 décembre 1975 portant Code de

³⁶⁷ E. ROBINE, « Le choix des arbitres », dans « Les institutions d'arbitrage en France », *Revu.fr. Arb.*, 1990, pp. 315 et s.

procédure contenait une disposition similaire. Enfin, le Code de procédure civile gabonais énonçait le principe de la primauté de la convention des parties en son article 974.

Si on élargit notre examen du droit comparé, on peut observer que la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. de 1985 reconnaît la liberté des parties quant au nombre des arbitres et à la procédure de nomination des arbitres³⁶⁸. La loi fédérale suisse de 1987 affirme en son article 179 que les arbitres sont nommés « conformément à la convention des parties ». Des dispositions semblables se retrouvent notamment en droit français³⁶⁹, en droit belge etc.

2 : Les limites au libre choix des arbitres par les parties

Outre les conditions tenant à la personne des arbitres qui seront examinées à propos du statut des arbitres, la loi uniforme limite la liberté des parties quant au choix des arbitres par deux conditions.

La première limitation concerne le nombre des arbitres. L'Acte Uniforme prévoit que « le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres »³⁷⁰. L'Acte Uniforme ne prévoit ainsi que deux types de tribunaux arbitraux : celui composé d'un seul arbitre (arbitre unique) ou celui composé de trois arbitres. L'Acte Uniforme s'éloigne ainsi de la Loi-type C.N.U.D.C.I. qui prévoit que les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres³⁷¹. L'Acte Uniforme confirme en son article 8 que le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre³⁷², soit de trois arbitres et prévoit à son alinéa 2 qu'en cas de désignation d'un tribunal arbitral d'un nombre pair d'arbitres, ledit tribunal sera complété par un arbitre supplémentaire à désigner par les parties par entente entre elles, par les arbitres désignés ou, à défaut, par le juge compétent dans l'Etat-partie. Cette disposition originale couvre le cas du tribunal arbitral constitué de manière « imparfaite », mais s'étend aussi au cas du tribunal arbitral tronqué lors de récusation ou d'incapacité, de décès, de démission ou de révocation d'un arbitre. Cet article reprend à l'identique le texte de la loi française³⁷³.

³⁶⁸ Art. 19 § 1 et art.11 § 2 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

³⁶⁹ Art.1493, al. 1 du N.C.P.C.

³⁷⁰ Art. 8, al. 1 de l'A.U./D.A.

³⁷¹ Art. 10, al. 1 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. : « les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres. Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres ».

³⁷² L'article 1453 du N.C.P.C. prévoit quant à lui que le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs arbitres, mais toujours en nombre impair.

³⁷³ Cette disposition s'inspire de l'article 1454 du N.C.P.C.

La limitation légale du nombre d'arbitres est assez inhabituelle. Certes, certaines législations posent des exigences relatives au nombre d'arbitres³⁷⁴, mais aucune ne fixe cependant une telle limite au nombre d'arbitres. Outre qu'elle est inhabituelle, cette limitation est inopportune. Certains litiges particulièrement complexes pourraient en effet exiger la présence de plus de trois arbitres.

La deuxième limitation apportée à la volonté des parties a précisément trait au respect de l'égalité des parties. La liberté des parties est contrôlée puisque le principe d'égalité des parties, affirmé par l'Acte Uniforme, s'applique à la constitution du tribunal arbitral. Ainsi, il dispose que « les parties doivent être traitées sur un même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits »³⁷⁵. La justice arbitrale est une des formes de la justice qui, à ce titre, doit satisfaire aux exigences d'indépendance et d'impartialité du tribunal. La violation de ce principe, dès la phase de constitution du tribunal arbitral, permettrait sans nul doute l'annulation de la sentence par le juge étatique dans le cadre d'un recours en annulation, soit pour irrégularité de la composition du tribunal arbitral, soit pour violation « d'une règle de l'ordre public international »³⁷⁶. En effet, l'irrégularité de la composition de la juridiction ou de la désignation de l'arbitre unique constitue, selon l'Acte Uniforme, un motif d'annulation de la sentence³⁷⁷. La convention des parties doit ainsi octroyer des droits identiques à chaque partie pour la désignation des arbitres. Ce principe impose l'équilibre de la convention d'arbitrage dans ses dispositions portant sur la constitution du tribunal. Cela implique que la convention ne doit pas mettre une partie dans une situation privilégiée et que les parties doivent disposer des mêmes droits pour la désignation des arbitres.

L'égalité des droits implique qu'une partie ne doit pas avoir plus de droits que l'autre dans la désignation des arbitres.

Si les parties ont choisi de recourir à un arbitre unique, ceci exclut évidemment que la désignation de l'arbitre soit du ressort exclusif de l'une des parties.

Lorsque les parties en litige sont au nombre de deux et que le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, aucune difficulté majeure ne devrait se poser. En effet, soit les trois arbitres

³⁷⁴ Tel est le cas par exemple en France pour l'arbitrage international car, pour l'arbitrage interne, un nombre impair est exigé (art.1453 N.C.P.C.). C'est également le cas de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I., voir *supra*.

³⁷⁵ Art. 9 de l'A.U./D.A.

³⁷⁶ Art. 26 de l'A.U./D.A.

³⁷⁷ Art. 26 de l'A.U./D.A.

peuvent être désignés par un tiers préconstitué, soit chacune des parties désigne un arbitre, les deux arbitres choisis désignant le troisième.

Par contre en cas d'arbitrage multipartite mettant aux prises plus de deux parties, alors que le nombre des arbitres est limité à trois, de sérieuses difficultés sont susceptibles de se poser.

Quoi qu'il en soit, l'égalité des parties doit être un sacerdoce dans les modalités de désignation des arbitres.

3 : Les modalités de désignation des arbitres par les parties

La désignation des arbitres par les parties est une procédure règlementée par toutes les législations relatives à l'arbitrage. Les parties sont ainsi tenues de suivre certaines modalités pour la désignation des arbitres composant le tribunal arbitral susceptible d'arbitrer leur litige. Les modalités par lesquelles les parties procèdent à la désignation des arbitres sont fondamentalement au nombre de deux : le mode direct (a) et le mode indirect (b).

a) Le mode de désignation directe des arbitres

Ce mode de désignation, qui est susceptible de soulever un certain nombre de difficultés (a-2), comporte des modalités spécifiques (a-1).

a-1 : Les modalités de la désignation directe des arbitres

La désignation directe des arbitres dans une clause compromissoire est tout à fait exceptionnelle, à la différence du compromis d'arbitrage. Cela se comprend aisément eu égard au caractère éventuel du litige au moment où la clause est stipulée. On ne connaît alors ni la nature, ni l'ampleur, ni le moment où un litige qui demeure éventuel est susceptible de se manifester.

Par contre, on conçoit aisément qu'une telle désignation puisse être effectuée dans une clause compromissoire. Dans ce cas, la désignation peut être effectuée en fonction du litige à arbitrer, par référence à la fonction du ou des arbitres. Leur fonction est ainsi déterminée par les parties eu égard à la nature du litige à arbitrer.

Très souvent, lorsque les parties choisissent la méthode de désignation directe, la clause prévoit que chacune des parties désigne un arbitre, le troisième arbitre étant choisi par les arbitres désignés par les parties. Cette façon de désignation directe est toutefois susceptible de soulever certaines difficultés.

a-2 : Les difficultés de la désignation directe des arbitres

Malgré l'apparente assurance qu'offre le mode de désignation directe des arbitres, il est quelques fois à l'origine d'un blocage total de la constitution du tribunal arbitral.

En effet, la première difficulté à laquelle les parties peuvent se heurter en adoptant ce mode de désignation est de se confronter au danger de voir les arbitres désignés par les parties se comporter en « arbitre partie ». Cette situation est inacceptable en droit Ohada puisqu'elle heurte frontalement le principe d'indépendance et d'impartialité des arbitres, principes chers à l'Acte Uniforme³⁷⁸.

Une autre difficulté peut résulter de la désignation du troisième arbitre par les deux arbitres choisis par les parties, surtout quand on sait que ce troisième arbitre a une importance primordiale au sein du tribunal arbitral.

Enfin, ce système peut s'avérer délicat à concilier avec le principe de l'égalité de droits entre les parties dans certaines situations particulières, notamment lorsque les parties sont plus de deux³⁷⁹.

A côté de ce mode de désignation des arbitres où ce sont les parties qui procèdent elles-mêmes directement à la désignation des arbitres, il existe un second mode appelé mode de désignation indirecte qui, comme son nom l'indique, suppose l'existence d'un tiers qui aide les parties à la constitution du tribunal arbitral.

b) Le mode de désignation indirecte des arbitres

Le mode de désignation indirecte est la seconde modalité par laquelle les parties constituent conventionnellement le tribunal arbitral. Ce procédé de désignation indirecte suppose, comme nous l'avons déjà évoqué, que les parties désignent un tiers chargé de

³⁷⁸ Art. 6, al. 2 de l'A.U./D.A.

³⁷⁹ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 140.

désigner les arbitres. L'efficacité de ce type de désignation suppose que la clause identifie précisément cette personne, faute de quoi le risque d'aboutir à une situation de blocage est prégnant. Ce tiers peut être une personne physique, le plus souvent identifiée par sa fonction³⁸⁰, ou une personne morale. C'est notamment le cas lorsque les parties choisissent un arbitrage institutionnel. Le centre chargé d'administrer l'arbitrage est alors chargé de désigner le ou les arbitres en conformité avec le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage. Cependant, les règlements d'arbitrage prévoient le plus souvent que leur intervention en tant qu'autorité de nomination est subsidiaire par rapport à la volonté des parties. Ce n'est alors qu'à défaut d'accord des parties sur la nomination des arbitres que l'institution procède à cette désignation.

En plus de ces modes de désignation des arbitres, il peut arriver que les parties demandent l'aide de l'assistance judiciaire pour former le tribunal arbitral. Ceci est surtout valable en cas d'arbitrage *ad hoc*.

B : L'assistance judiciaire à la constitution du tribunal arbitral

Il est possible de solliciter le juge étatique avant la constitution du tribunal arbitral, pour le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires, que l'on soit en arbitrage *ad hoc* ou institutionnel, sauf convention contraire des parties. Par ailleurs, lors de la constitution du tribunal arbitral, notamment dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc*, le juge étatique peut également être amené à intervenir pour compléter le nombre d'arbitres.

On s'attachera ainsi à examiner les hypothèses dans lesquelles intervient l'assistance judiciaire.

1 : L'intervention du juge prévue par l'article 8 de l'Acte Uniforme

L'Acte Uniforme énonce à son article 8 que « le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. Si les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le juge compétent dans l'Etat partie ».

³⁸⁰ Il peut s'agir par exemple du président d'une juridiction, ou d'une chambre de commerce, ou d'une association professionnelle etc.

L'Acte Uniforme ayant institué le principe de l'imparité dans la constitution du tribunal arbitral, celui-ci doit être constitué d'un seul ou de trois arbitres. Dès lors, si les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral doit être complété selon les modalités ci-dessus énoncées. Du point de vue procédural, le juge d'appui à la constitution du tribunal arbitral est identifié par l'expression « juge compétent dans l'Etat partie ».

La première question qui se pose a trait à l'identification de l'Etat partie. Il s'agit de l'Etat du siège de l'arbitrage.

Le deuxième questionnement porte sur le tribunal matériellement et territorialement compétent dans le pays membre. Etant donné l'aspect différencié de l'organisation judiciaire dans les pays Ohada, la législation uniformisée ne pouvait en ce domaine que renvoyer à la législation étatique de chaque pays³⁸¹. Les codes de procédure civile et commerciale des Etats devront en conséquence compléter, sur ce point, le droit uniformisé.

Outre cette intervention du juge étatique pour compléter le nombre d'arbitres devant constituer le tribunal arbitral conformément au principe de l'imparité posé par son article 8, l'Acte Uniforme prévoit également que le juge étatique peut intervenir pour désigner un arbitre aux lieu et place d'une partie défaillante.

2 : L'intervention du juge dans la constitution initiale du tribunal arbitral

Après avoir indiqué que les arbitres sont nommés conformément à la convention des parties, l'article 5 de l'Acte Uniforme précise qu'« en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent un troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans le délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie ou, si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur demande d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat partie. En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat partie ».

Le recours au juge étatique n'est ainsi formellement prévu que dans les situations dans lesquelles le tribunal arbitral est formé en vertu de la loi parce qu'il n'y a pas de convention

³⁸¹ P. MEYER, « Ohada : droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 144.

des parties désignant les arbitres ou que celle-ci est insuffisante. Dans ces hypothèses, la loi remplace la volonté des parties, inexistante ou incomplète.

Il est tout à fait regrettable que l'Acte Uniforme, qui en son article 5 alinéa 2 reprend les termes utilisés par la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.³⁸², ait omis de les reprendre en leur entier³⁸³. En effet, tandis que la Loi-type de la C.N.U.D.C.I., après avoir organisé l'intervention du juge en cas de constitution du tribunal arbitral en fonction des règles légales, organise cette intervention en cas de constitution purement conventionnelle, l'Acte Uniforme ne va, quant à lui, pas jusque-là, ce que l'on peut regretter. On peut cependant imputer cette frilosité du législateur de l'Acte Uniforme, par la peur d'une immixtion intempestive de l'autorité judiciaire étatique dans le fonctionnement de la justice privée, même si l'on admet pertinemment que cette immixtion du juge, en cas de blocage de constitution du tribunal arbitral, est pourtant de nature à régler les difficultés. C'est ce qu'on nomme sous le vocable de « mission d'assistance et d'appui à l'arbitrage ».

En droit français, une telle désignation, qui n'a lieu que dans le cadre de l'arbitrage interne, peut intervenir dans plusieurs hypothèses, mais selon une procédure qui est identique.

En présence d'une clause compromissoire, l'article 1444 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que la désignation du ou des arbitres est opérée par le président du T.G.I., ou celui du tribunal de commerce si les parties l'ont expressément prévu, lorsque, une fois le litige né, la constitution du tribunal arbitral « se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation ». Cette formule est large et permet au juge d'intervenir dans un nombre important de cas. Toutefois, le juge refuse de procéder à cette désignation si la clause compromissoire s'avère être « manifestement nulle » ou « insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral », le plus souvent en raison de l'absence de détermination par les parties des modalités de désignation. Le juge étatique intervient également lorsque les parties ayant désigné un nombre pair d'arbitres et n'ayant rien prévu à ce sujet, les arbitres désignés ne parviennent pas à s'entendre sur le nom d'un arbitre supplémentaire qui est alors désigné par le président du T.G.I.³⁸⁴.

Dans ces divers cas, le président du tribunal, qu'il s'agisse du T.G.I. ou du Tribunal de commerce, est saisi « comme en matière de référé »³⁸⁵. La saisine peut émaner de l'une des parties ou du tribunal arbitral. Le magistrat rend une ordonnance qui n'est en principe pas

³⁸² Art. 11, §3, a et b de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

³⁸³ Notamment les termes de l'article 11§4.

³⁸⁴ Art. 1454 du N.C.P.C.

³⁸⁵ Art. 1457, al. 1 du N.C.P.C.

susceptible de recours, sauf s'il refuse de procéder à la désignation du ou des arbitres à raison de l'existence de l'une des causes prévues par l'article 1444 al. 3³⁸⁶. Dans cette hypothèse, l'ordonnance peut faire l'objet d'un appel qui « est formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence »³⁸⁷.

Malgré la possibilité de se faire assister par le juge étatique, le principe demeure celui de la liberté des parties quant à la désignation des arbitres. Ce principe connaît des singularités dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

C : La désignation des arbitres dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

En droit français, le N.C.P.C. laisse aux parties la possibilité de confier la constitution du tribunal arbitral à un centre d'arbitrage, ce qui est le cas lorsqu'elles ont décidé de recourir à un arbitrage institutionnel. Les dispositions du N.C.P.C. prévoient toutefois que l'institution désignée ne peut être chargée que de l'organisation de l'arbitrage. Elle ne peut donc pas elle-même trancher le litige³⁸⁸. En application de son article 1455, les arbitres désignés par l'institution d'arbitrage doivent être « acceptés par toutes les parties ». En l'absence d'une telle acceptation, chaque partie est invitée à désigner un arbitre, le centre d'arbitrage procédant à la désignation directe des arbitres non désignés par les parties et, éventuellement, à celle du troisième arbitre. Ces dispositions ne valent qu'en matière d'arbitrage interne. En matière d'arbitrage international, la désignation des arbitres par l'institution d'arbitrage se fait conformément aux termes de son règlement d'arbitrage.

Le droit africain et plus particulièrement le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. se rapproche du droit français en ce qui concerne le respect de la volonté des parties, et ce même si les dispositions relatives à la constitution du tribunal arbitral sont relativement rares. En effet, seuls deux articles du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. y sont relatifs. Le premier article porte sur la constitution du tribunal arbitral³⁸⁹, c'est-à-dire la désignation des arbitres ;

³⁸⁶ A savoir la nullité manifeste ou l'insuffisance de la clause compromissoire.

³⁸⁷ Art. 1457, al. 2 du N.C.P.C.

³⁸⁸ Art. 1451 al. 2 et 1455 du N.C.P.C.

³⁸⁹ Art. 3 du R.A./C.C.J.A.

le second est relatif aux incidents de récusation et de remplacement des arbitres³⁹⁰. Ces deux articles sont pratiquement les seuls donnant des indications sur la désignation des arbitres.

Nonobstant la rareté des dispositions, il est indéniable que le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. fait une large place à la volonté des parties dans la désignation des arbitres.

Du point de vue du nombre, les parties n'ont cependant le choix qu'entre deux schémas : un tribunal arbitral composé d'un ou de trois arbitres³⁹¹. A défaut d'accord des parties quant au nombre d'arbitres, le principe retenu est celui d'un arbitre unique nommé par la Cour « à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres qui seront alors choisis par les parties »³⁹².

Si les parties choisissent la formule de l'arbitre unique, le choix de celui-ci repose d'abord sur leur commune volonté. Ce n'est qu'à défaut d'accord que l'arbitre est nommé par la Cour³⁹³.

Si les parties préfèrent une juridiction collégiale, le principe retenu est celui du choix par chacune des parties d'un arbitre, le troisième, qui assume la présidence du tribunal, étant nommé par la Cour. Les parties peuvent cependant prévoir que le troisième arbitre n'est pas nommé par la Cour mais désigné par les deux arbitres qu'elles ont choisis³⁹⁴.

Dans ce processus de désignation volontaire de deux ou des trois arbitres, la Cour intervient d'abord pour remédier à l'inaction des parties ou des arbitres. Et dans tous les cas, lorsque l'arbitre unique ou les arbitres sont désignés par les parties, ou les arbitres déjà choisis par les parties, la Cour intervient pour confirmer le choix des parties ou des arbitres. Cette confirmation a pour but de garantir que l'arbitre choisi sur une base volontaire remplit les conditions requises par la loi ou le règlement pour pouvoir exercer ses fonctions. Elle doit aussi et surtout permettre de garantir l'impartialité des arbitres³⁹⁵.

En cas d'arbitrage multipartite, lorsqu'il y a plusieurs parties demanderesse et défenderesse et qu'elles ne s'entendent pas pour désigner les arbitres, la Cour peut nommer la totalité du tribunal arbitral. Cette disposition tend à éviter que l'égalité des parties ne soit compromise lorsque plusieurs parties doivent faire des propositions conjointes pour la désignation d'un arbitre. Les arbitres désignés par la Cour sont choisis sur la liste des arbitres établie par ses soins et mise à jour annuellement. Une fois désignés, ces arbitres doivent être

³⁹⁰ Art. 4 du R.A./C.C.J.A.

³⁹¹ Art.3.1, al.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

³⁹² Art. 3.1, alinéa 4 du R.A. de la C.C.J.A.

³⁹³ Art. 3.1, alinéa 2 du R.A. de la C.C.J.A.

³⁹⁴ Art. 3.1, alinéa 3 du R.A. de la C.C.J.A.

³⁹⁵ Art. 7, §2 du Règlement de la C.C.I.

confirmés par la Cour. La confirmation permet à la Cour de s'assurer que l'arbitre est indépendant des parties et qu'il remplit toutes les conditions requises pour accomplir sa mission. Il peut ainsi arriver qu'une partie s'oppose à la confirmation d'un arbitre en démontrant sa dépendance. C'est pourquoi il pèse sur l'arbitre une obligation d'information, car il doit révéler les « faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties »³⁹⁶.

Au moment de la désignation des arbitres par la C.C.J.A., celle-ci « tient compte de la nationalité des parties, du lieu de résidence de celles-ci et du lieu de résidence de leur conseil et des arbitres, de la langue des parties, de la nature des questions en litige et, éventuellement des lois choisies par les parties pour régir leurs relations »³⁹⁷. Il peut toutefois arriver que l'arbitre, bien que désigné et confirmé, soit récusé, démissionne ou décède.

Il est principal de noter que les arbitres désignés par la cour jouissent, dans le cadre de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques ainsi garantis par l'article 49 du Traité Ohada. Ces privilèges et immunités sont étendus aux arbitres désignés par les litigants dès lors qu'ils sont confirmés par la Cour. Il s'agit là d'une particularité de l'arbitrage organisé sous l'égide de la C.C.J.A. Cela permet à l'arbitre de conduire sa mission à l'abri des éventuelles pressions.

D : Les incidents affectant la composition du tribunal arbitral

Les incidents pouvant affecter la composition de la juridiction arbitrale sont essentiellement visés par l'article 8 de l'Acte Uniforme. Ils sont essentiellement au nombre de cinq : la récusation, l'incapacité, le décès, la démission et enfin la révocation d'un arbitre.

Il est important ici d'évoquer un problème qui constitue un incident susceptible d'affecter la composition du tribunal arbitral. Cette question est primordiale car elle a elle-même trait à la question de la confiance, question primordiale en matière d'investissements. Il s'agit de la question de la récusation d'un arbitre. Etant juge, l'arbitre doit donc être indépendant et impartial vis-à-vis des parties. Il s'agit là, d'une exigence fondamentale du droit de l'arbitrage. L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage prévoit expressément par l'article 6 alinéa 2 que « l'arbitre doit [...] demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties ». L'indépendance étant une notion factuelle, l'exigence de l'indépendance a trait à l'absence de relations de travail, de collaboration, de parenté ou d'alliance entre les parties.

³⁹⁶ Art. 4.1 al. 3 du R.A. de la C.C.J.A.

³⁹⁷ Art. 3.3 du R.A. de la C.C.J.A.

L'impartialité est en revanche plus difficile à prouver puisqu'il est une notion d'ordre psychologique. Un auteur observe à ce propos que la « partialité est quelque chose d'assez facile à reconnaître mais de difficile à prouver pour la partie qui en est victime »³⁹⁸.

La procédure de récusation varie selon qu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel ou d'un arbitrage *ad hoc*.

S'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc*, il est rare que les litigants aient organisé une procédure. Il est alors nécessaire de porter la procédure devant la juridiction nationale. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'Acte Uniforme sur l'arbitrage par son article 7 alinéa 2 de. Il est précisé que la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours. Aussi, si le juge retient la récusation, il faut alors remplacer l'arbitre récusé. Si les parties ou les arbitres désignés, et non récusés, ne s'entendent pas sur le choix d'une personne pour remplacer l'arbitre récusé, le juge étatique peut alors, à la demande de l'une des parties ou des arbitres, procéder à cette désignation.

S'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, le Règlement d'arbitrage de l'institution organise la procédure de récusation, qui est une procédure interne. Si elle aboutit à la récusation, le même Règlement organise la procédure de remplacement de l'arbitre récusé. Tel est par exemple le cas dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.³⁹⁹.

Les autres incidents pouvant affecter la composition de la juridiction arbitrale sont l'incapacité, le décès, la démission ou la révocation d'un arbitre. L'ensemble de ces incidents pose, à l'instar de la récusation, le problème du remplacement de l'arbitre au sein du tribunal arbitral qui est ainsi amputé de l'un de ses membres par incapacité, décès, démission ou révocation.

Si la liberté des parties se manifeste dans la désignation des arbitres, elle s'exerce aussi dans le choix même de la personne de l'arbitre.

³⁹⁸ A. REDFERN et M. HUNTER, « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », Paris, L.G.D.J., 1994, p. 179.

³⁹⁹ Art. 4.2 et 4.3 du R.A. de la C.C.J.A.

Paragraphe II : La liberté des parties dans le choix de la personne de l'arbitre

La liberté dans le choix de la personne de l'arbitre est une réalité effective en arbitrage *ad hoc*. En arbitrage institutionnel, même si beaucoup de centres d'arbitrage, comme d'ailleurs la C.C.J.A, proposent aux parties une liste d'arbitres dans laquelle les parties doivent choisir leurs arbitres, la volonté des parties reste primordiale quand il s'agit de choisir les arbitres. Il convient d'ailleurs de souligner que les parties, même en cas d'imposition d'une liste d'arbitres par un centre d'arbitrage, peuvent tout à fait décider de choisir un arbitre en dehors de cette liste.

Bien que la liberté des parties dans le choix de l'arbitre soit grande, le choix de la personne de l'arbitre est toutefois assujéti à des conditions légales. Ainsi, l'arbitre choisi par les parties doit nécessairement avoir la qualité de personne physique (A), jouir de ses droits civils (B) et avoir une moralité irréprochable (C). L'exigence d'indépendance et d'impartialité que nous allons analyser dans le titre II de cette partie, est aussi une des conditions essentielles requises.

A : L'exigence de la qualité de personne physique de l'arbitre

La qualité de personne physique, exigence que l'on rencontre dans certains droits⁴⁰⁰, implique qu'une personne morale ne peut pas être désignée en tant qu'arbitre. La législation Ohada ne pose aucune autre condition que la qualité de personne physique⁴⁰¹. Cela implique nécessairement qu'une personne physique étrangère peut, sans aucun doute possible, être arbitre. Jadis, certaines législations interdisaient aux étrangers d'être arbitres. Aujourd'hui, à l'exception d'une poignée d'Etats, ces prohibitions ont totalement disparu. La loi-type de la C.N.U.D.C.I., qui a inspiré les législateurs d'une grande majorité de pays, prévoit à ce titre que « nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer les fonctions d'arbitre »⁴⁰².

Au vu de cette disposition, reprise dans la majorité des pays, les parties ont le droit de choisir un arbitre indépendamment de sa nationalité et de sa présence sur une liste d'arbitres,

⁴⁰⁰ Art. 1451 du N.C.P.C. français qui pose cette règle en droit interne.

⁴⁰¹ Art. 6 de l'A.U./D.A.

⁴⁰² Art. 11 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

pourvu toutefois qu'il ait la qualité de personne physique et qu'il jouisse de l'exercice de ses droits civils.

B : L'exigence de la jouissance par l'arbitre de ses droits civils

Au regard de l'Acte Uniforme, « l'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils »⁴⁰³. L'exigence de cette condition de la jouissance des droits civils s'explique par le rôle joué par l'arbitre. L'arbitre ayant un rôle de juge, exerçant dans une certaine mesure la magistrature, il agit avec un caractère public.

Cette intervention parée de la symbolique de la justice justifie pleinement que soit exigée de l'arbitre la jouissance de ses droits civils.

C'est parce qu'il est investi du pouvoir juridictionnel, que l'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils. Il doit, pour les mêmes raisons, également présenter des qualités morales et professionnelles indiscutables.

C : L'exigence pour l'arbitre de présenter des qualités morales et professionnelles irréprochables

Cette condition, qui n'est pas expressément posée par l'Acte Uniforme, apparaît néanmoins de manière implicite. Certaines conventions internationales et de nombreux règlements d'arbitrage le précisent. Ainsi, par exemple, la Convention de Washington du 18 mars 1965 dispose que les personnes désignées pour figurer sur les listes d'arbitres « doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique commerciale, industrielle ou financière »⁴⁰⁴. De même, dans les arbitrages corporatistes, il est fréquent que le règlement de l'association qui les administre exige que les arbitres soient des professionnels de la branche. Enfin, les parties peuvent choisir un arbitre en raison de son expérience professionnelle dans tel secteur économique ou technique, de sa connaissance de tel système juridique et/ou de telle branche de droit, de ses aptitudes linguistiques etc. De la même manière, un décret portant Code de procédure civile au Togo disposait que « les personnes figurant sur la liste d'arbitres sont choisies sans considération de nationalité, parmi les magistrats, les avocats, les professeurs de droit et autres juristes ayant une compétence

⁴⁰³ Art. 6, al.2 de l'A.U./D.A.

⁴⁰⁴ Art. 14 de la Convention de Washington de 1965.

reconnue, en raison de leur qualification et de leur expérience, en matière judiciaire ou arbitrale et qui offrent toute garantie de moralité »⁴⁰⁵.

Ces exigences sont légitimes puisque les parties, en choisissant la voie de l'arbitrage, s'en remettent à la décision de justice privée adaptée à leurs exigences et leurs besoins. D'ailleurs cette condition est d'une certaine manière le corolaire de la précédente exigeant que les arbitres jouissent de leurs droits civils. *A contrario*, le fait de ne pas jouir de ses droits civils implique que l'arbitre a été condamné, jetant ainsi un doute certain quant à son honorabilité et à sa droiture.

Si elle trouve une résonance particulière dans le choix de l'arbitre, la liberté des parties est également manifeste en matière de détermination de la procédure arbitrale à laquelle elles acceptent de se soumettre.

Section II : La liberté des parties dans le choix de la procédure

Les lois étatiques contemporaines des Etats membres de l'Ohada sur l'arbitrage ne réglant plus la procédure arbitrale, le législateur Ohada se devait donc de légiférer pour aplanir les éventuelles difficultés à venir en la matière. Pourtant, dans l'Acte Uniforme de l'Ohada sur l'arbitrage, la procédure arbitrale ne fait l'objet que d'une seule disposition⁴⁰⁶ totalement insuffisante pour régler la procédure arbitrale. On peut alors se poser la question de savoir comment se règle la procédure arbitrale.

Dans les arbitrages institutionnels, la conduite de l'instance arbitrale est réglée par les règlements d'arbitrage. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. organise le déroulement de l'instance arbitrale depuis la demande d'arbitrage jusqu'à la notification de la sentence arbitrale.

Dans l'arbitrage *ad hoc*, les litigants ne disposent pas d'un règlement d'arbitrage d'une institution. Ils peuvent alors organiser la procédure arbitrale comme elles en conviennent, en général en s'inspirant d'un règlement d'arbitrage. Le règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. a d'ailleurs été élaboré pour cet objectif. Il est cependant assez rare que les parties règlent la procédure. Elles chargent le plus souvent, les arbitres de régler la procédure arbitrale comme

⁴⁰⁵ Art. 10.2 du décret du 15 mars 1982 portant Code de procédure civile du Togo.

⁴⁰⁶ Art. 14 de l'A.U/D.A.

ils le jugent le plus approprié. La liberté des parties est finalement là encore, le principe par excellence en matière de procédure arbitrale.

Le principe que constitue la liberté en matière de procédure arbitrale, doit cependant être impérativement limitée par un principe fondamental qui gouverne toute procédure juridictionnelle de règlement d'un différend. Il s'agit du respect du principe du contradictoire. Dans le respect de ce principe, la procédure arbitrale doit régler l'introduction de l'instance⁴⁰⁷, le cas échéant l'organisation préliminaire de l'instance⁴⁰⁸, l'instruction de l'affaire par le tribunal arbitral⁴⁰⁹, le règlement d'éventuels incidents concernant les termes du litige, les demandes additionnelles ou reconventionnelles, ou relatifs aux pièces etc.

La liberté des parties va ainsi se manifester tant dans l'établissement des règles de procédure (Paragraphe I) que dans la possible renonciation aux voies de recours (Paragraphe II).

Paragraphe I : La manifestation de la liberté des parties dans l'établissement des règles de la procédure

L'examen des dispositions sur l'arbitrage fait clairement apparaître la prééminence de la volonté des parties dans la détermination des règles applicables à la procédure d'arbitrage (A), même s'il peut arriver que les parties restent sur ce point silencieuses (B). Pour autant, les parties ne peuvent pas vouloir n'importe quoi, des limites à leur volonté sont posées (C).

A : La prééminence de la volonté des parties

C'est dans l'arbitrage *ad hoc* qu'apparaît le plus clairement la prééminence de la volonté des parties dans la réglementation de la procédure d'arbitrage⁴¹⁰. La toile de fond est constituée par l'article 14 de l'Acte Uniforme qui prévoit que « les parties peuvent

¹²⁶ A savoir la forme de saisine des arbitres.

¹²⁷ Par exemple au moyen d'une réunion préparatoire qui doit préciser certains points : l'indication sommaire des demandes et des moyens, le siège de l'arbitrage, la langue, etc.

¹²⁸ Audition des parties, témoignages, examen des écritures et expertises etc.

⁴¹⁰ Contrairement à l'arbitrage institutionnel où c'est plutôt l'institution d'arbitrage, à travers son Règlement d'arbitrage, qui réglemente la procédure d'arbitrage.

directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix. Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié ». Les parties exercent ainsi leur liberté dans la procédure arbitrale suivant trois modalités. Elles peuvent réglementer elles-mêmes la procédure (1), elles peuvent la soumettre à un règlement d'arbitrage (2) ou enfin la soumettre à une loi étatique (3).

1 : La réglementation directe de la procédure arbitrale par la volonté des parties

La liberté des parties dans la manière de procéder est affirmée de différentes manières dans l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage.

Cette liberté est d'abord expressément affirmée en ces termes : « Les parties peuvent directement [...] régler la procédure arbitrale »⁴¹¹. Cette disposition permet ainsi aux parties de régler elles-mêmes la procédure que les arbitres suivront. Elles peuvent le faire directement, c'est-à-dire en créant leurs propres règles de procédure. Toutefois, ces règles sont le plus souvent élaborées en référence à un règlement d'arbitrage, notamment le Règlement d'arbitrage proposé par la C.N.U.D.C.I. qui a été élaboré à cet effet, même s'il a, dans la pratique, également inspiré plusieurs règlements de centres institutionnels d'arbitrage.

La seconde façon pour l'Acte Uniforme d'affirmer la liberté des parties en matière de conduite de la procédure arbitrale, résulte de ce que les règles de procédure inscrites dans la loi sont extrêmement réduites. La conduite de la procédure, si l'on excepte les principes posés par l'article 9⁴¹², ne fait l'objet que d'une seule disposition totalement insuffisante pour fixer avec précision la manière de procéder des arbitres⁴¹³. Ainsi, le législateur africain a pris acte de ce que, dans la conduite de l'instance, les règlements d'arbitrage appliqués par des centres institutionnels ou choisis par les parties ou les arbitres dans un arbitrage *ad hoc* constituaient le véritable encadrement normatif de la procédure arbitrale. Cette portée normative des règlements d'arbitrage est attestée par l'Acte Uniforme qui prévoit que « le fait pour les

⁴¹¹ Art. 14 de l'A.U./D.A.

⁴¹² « Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ».

⁴¹³ Il s'agit de l'article 14.

parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions »⁴¹⁴.

La troisième façon pour l'Acte Uniforme d'affirmer la liberté des parties dans la conduite de la procédure arbitrale, résulte de ce que, à l'exception des principes énoncés par l'article 9, l'Acte Uniforme n'affirme pas le caractère impératif des rares règles de procédure qu'il contient. L'Acte Uniforme diffère ici de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.⁴¹⁵. Outre le fait que celle-ci pose davantage de règles de procédure que l'Acte Uniforme⁴¹⁶, elle affirme expressément leur caractère impératif. En effet, la Loi-type affirme le principe de la liberté des parties dans la détermination des règles de procédure « sous réserve des dispositions de la présente loi »⁴¹⁷.

D'un point de vue théorique, les parties peuvent donc convenir de l'ensemble des règles auxquelles elles entendent soumettre la procédure arbitrale. Toutefois, en pratique, force est de constater qu'il n'est pas possible, qu'en vue de faciliter le déroulement de la procédure arbitrale, les parties rédigent l'ensemble des dispositions à appliquer par l'arbitre pour la procédure arbitrale. Il s'agirait concrètement d'indiquer en détail les actes que les parties elles-mêmes et les arbitres doivent poser pour permettre l'introduction, l'instruction et le jugement de l'affaire. Mais si une telle solution peut paraître séduisante, elle est dangereuse en cas d'oublis ou d'incohérences. Dans la pratique donc, les parties ne prennent pas le parti de rédiger un « Code de procédure arbitrale ». Les quelques règles qu'elles peuvent prévoir sont plutôt destinées à apporter des dérogations à un ensemble auquel la procédure est globalement soumise. Ainsi, elles soumettent le plus souvent la procédure à un règlement d'arbitrage.

2 : La soumission de la procédure à un règlement d'arbitrage

Dans le cas où les parties décident de soumettre la procédure arbitrale à un règlement d'arbitrage, il faut reconnaître que leur volonté reste toujours prééminente. Toutefois, le rôle

⁴¹⁴ Art. 10 al. 1 de l'A.U./D.A.

⁴¹⁵ Outre le fait que celle-ci pose davantage de règles de procédure que l'Acte Uniforme africain, elle affirme expressément leur caractère impératif.

⁴¹⁶ Art. 18 à 27 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

⁴¹⁷ Art. 19 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

de la volonté se situe alors en amont, dans la décision de recourir audit règlement. Le poids de la volonté est tellement fort que les règlements d'arbitrage soulignent que les règles applicables au litige sont celles en vigueur au jour de la soumission du litige. Le règlement d'arbitrage est ainsi gelé, pour les besoins de la procédure, de sorte que les fluctuations postérieures, non connues des parties au moment de la convention, ne sont pas applicables au litige. Une nuance est tout de même à apporter selon que l'arbitrage est institutionnel ou qu'il est *ad hoc* et que les parties empruntent simplement les dispositions d'un règlement.

Dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, il ne fait pas de doute que la volonté des parties reste souveraine, non seulement pour combler les vides du règlement d'arbitrage, mais éventuellement pour écarter certaines de ses dispositions et leur en substituer d'autres.

Dans le cas d'un arbitrage institutionnel, le règlement d'arbitrage joue en général un rôle de premier plan, les causes conventionnelles ne pouvant que suppléer sa carence. A cet effet, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dispose que « les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent règlement et, dans le silence de ce dernier, celles que les parties ou à défaut l'arbitre, déterminent, en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage »⁴¹⁸. Cette solution est quasiment telle quelle consacrée par nombre d'institutions d'arbitrage. Seul le Règlement d'arbitrage, de médiation et de conciliation du centre d'arbitrage de la C.C.I.A.D.⁴¹⁹ adopte une solution différente, passant au premier plan la volonté des parties. Il dispose en effet à son article 16 que « les parties sont libres de convenir de la procédure arbitrale. En l'absence, insuffisance ou défaillance des règles de procédure convenues par les parties, la procédure applicable à l'instance arbitrale sera régie par le présent règlement, et dans le silence de celui-ci, par les règles que le tribunal arbitral édictera conformément aux principes généraux de procédure, à la majorité et à défaut par l'arbitre président, après avoir consulté les autres arbitres ».

La liberté des parties dans la conduite de la procédure arbitrale peut aussi s'exprimer dans leur volonté de soumettre la procédure à une loi étatique.

⁴¹⁸ Art. 16 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁴¹⁹ Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar.

3 : La soumission de la procédure à une loi étatique

Soumettre la procédure arbitrale à une loi étatique peut présenter un grand avantage. Contrairement à la solution du recours à un règlement d'arbitrage ou *a fortiori* à celle de la règlementation directe, le recours à une loi étatique met les parties à l'abri des incohérences et oublis. En effet, les lois étatiques sont d'ordinaire exhaustives et cohérentes. La loi étatique choisie par les parties peut régir toute la procédure arbitrale ou combler simplement les vides laissés par la règlementation directe de la procédure par les parties, ou par un règlement d'arbitrage auquel les parties ont eu recours. Mais si l'on admet que les parties peuvent choisir une loi étatique pour régir la procédure arbitrale, encore faut-il donner, en l'absence d'indication expresse sur la question, des précisions sur les méthodes de détermination de la loi choisie. Un point est incontestable : la loi applicable à la procédure n'est pas nécessairement celle qui régit le fond du litige.

La jurisprudence française a souvent affirmé cette solution⁴²⁰. Elle devrait être également consacrée en droit africain, tant elle semble naturelle.

Ainsi, on ne part pas forcément de la loi applicable au fond du litige pour savoir quelle est la loi applicable à la procédure. En réalité, on part toujours d'un faisceau d'indices pour dégager la loi que les parties ont voulu appliquer à la procédure arbitrale. Le siège arbitral peut être à cet effet un indice sérieux. Mais, il ne faut pas lui accorder une importance excessive. En l'absence d'autres indices, on ne peut pas conclure que la loi applicable à la procédure est celle du siège arbitral choisi par les parties. On ne soulignera jamais assez que, contrairement au juge étatique, l'arbitre n'a pas de for.

En tout état de cause, les difficultés de détermination de la loi applicable à la procédure sont telles qu'il est souhaitable que les parties indiquent elles-mêmes la loi choisie. La désignation d'une loi sans préciser si celle-ci s'applique au fond ou à la procédure doit être comprise comme attribution de compétence pour le droit, c'est-à-dire pour le fond, et pour la procédure.

⁴²⁰ Paris, 18 juin 1974, DIEFENBACHER (2 arrêts) Rev.fr. Arb. 1975, p. 179, note J. ROBERT.

B : Les règles supplétives de la volonté des parties

Il n'est pas rare que les parties ne prévoient rien en ce qui concerne la loi applicable à la procédure arbitrale.

Dans une conception ancienne, on soumettait alors la procédure arbitrale à la loi du siège arbitral. On pensait que si les parties n'avaient rien prévu de particulier concernant la procédure arbitrale, cela signifiait qu'elles souhaitaient retourner au droit étatique du siège arbitral. La solution était discutable parce que, d'une part le choix d'un lieu pour la tenue de l'arbitrage obéit parfois à des considérations simplement pratiques, éloignées de toute préoccupation sur la procédure à suivre, d'autre part, l'analyse laissait croire que l'arbitre a un for, ce qui est évidemment faux. Cette solution est aujourd'hui abandonnée.

La plupart des textes sur l'arbitrage prévoit désormais qu'en cas de silence des parties sur les règles applicables à la procédure, les arbitres déterminent ces règles. L'Acte Uniforme prévoit ainsi expressément qu'en cas de silence des parties sur la procédure d'arbitrage, le tribunal peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié⁴²¹. Les règlements d'arbitrage prévoient la même solution, certes avec des nuances qui tiennent au rôle que joue nécessairement le règlement d'arbitrage.

Il est intéressant de savoir comment les arbitres procèdent pour déterminer les règles applicables. Ils peuvent notamment recourir à une loi étatique de procédure pour régler la procédure. En tout état de cause, pour régler la procédure d'arbitrage, les arbitres n'ont pas moins de liberté que les parties à l'arbitrage. On pourrait simplement souhaiter qu'ils justifient leur choix.

La question se pose également de savoir à quel moment les arbitres doivent choisir la norme procédurale applicable. Deux solutions s'affrontent.

La première solution consiste à faire le choix de la norme procédurale en début de procédure. Le support de ce choix est en général l'acte de mission ou le procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure. Cette détermination peut également se faire au cours d'une rencontre informelle ne donnant lieu à la rédaction d'aucun acte. Cette pratique est assez répandue dans les pays anglo-saxons où un « pré-trial conference », à caractère informel, peut avoir lieu. Cette solution a l'avantage de donner plus

⁴²¹ Art. 14, al. 2 de l'A.U./D.A.

de transparence à la procédure arbitrale et donc plus d'assurance aux parties. La solution pourrait également permettre que les arbitres associent, dans une certaine mesure, les parties à leur choix. Mais néanmoins, cette solution présente des inconvénients qui consistent à ne pas permettre aux arbitres de choisir la norme applicable en fonction de chaque difficulté concrète à résoudre.

Toutefois, les règlements d'arbitrage n'obligent pas irrémédiablement les parties, ni *a fortiori* les arbitres, à dire dans l'acte de mission que telle ou telle mesure s'appliquera à la procédure. On peut se contenter d'y indiquer qu'on laisse aux arbitres le soin de régler la procédure. Concrètement, la solution consiste alors à ne choisir la règle procédurale qu'en cas de difficulté avérée.

La très grande liberté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale n'est cependant pas sans limites.

C : Les limites apportées à la volonté des parties

L'Acte Uniforme dispose, en des termes identiques à ceux de l'article 18 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I., que « les parties doivent être traitées sur un même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits »⁴²². Cette disposition pose essentiellement deux principes importants. Le premier est celui de l'égalité de traitement entre les parties. Le deuxième porte sur le fait que les parties doivent pouvoir faire valoir leurs prétentions. Ces deux principes doivent être rapprochés du principe du contradictoire visé par l'article 26 de l'Acte Uniforme. En effet, le non-respect du contradictoire constitue un motif d'annulation de la sentence arbitrale. Le principe du contradictoire suppose que les deux parties aient, de manière égale, été mises en mesure de faire valoir leurs droits.

Les deux principes, égalité de traitement et possibilité de faire valoir ses droits par chacune des parties, doivent être liés. Il serait possible de respecter l'égalité de traitement en refusant également aux parties le droit d'être entendues sur leurs prétentions. Ces exigences sont en réalité consubstantielles à l'idée même de justice. Celle-ci repose sur un débat contradictoire dans lequel chacun s'explique ou a la possibilité de s'expliquer, dans les mêmes conditions, afin qu'un tiers impartial et désintéressé, le juge ou l'arbitre, en tire la vérité judiciaire.

⁴²² Art. 9 de l'A.U./D.A.

Certaines des règles posées par l'article 14 de l'Acte Uniforme doivent être considérées comme des applications des principes posés par l'article 9. A ce titre, elles font partie de l'ordre public procédural dont la méconnaissance devrait entraîner l'annulation de la sentence. Ainsi en est-il pour la règle selon laquelle les arbitres « ne peuvent fonder leur décision sur les moyens qu'ils auraient relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations »⁴²³. Il en est de même pour la règle selon laquelle les arbitres « ne peuvent retenir dans leur décision les moyens, les explications ou les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement »⁴²⁴.

D'autres applications de ces principes peuvent être relevées. Ainsi, une procédure qui prévoirait que le tribunal arbitral ne procéderait qu'à l'audition d'une seule des parties violerait évidemment l'article 9. De même, dans la conduite de l'arbitrage, il est nécessaire que les parties disposent sensiblement du même délai dans l'examen des pièces et mémoires pour préparer leurs moyens de fait et de droit. Il serait en effet contraire à l'égalité de traitement qu'une partie ne dispose que d'un délai très bref pour préparer ses moyens parce que le tribunal arbitral a admis une production tardive des pièces. Si les arbitres ont admis une introduction tardive, ils doivent alors allonger la proportion des délais accordés à l'autre partie pour que celle-ci dispose d'un temps suffisant pour faire valoir ses droits.

Paragraphe II : La renonciation des parties aux voies de recours

L'article 14 alinéa 8 de l'Acte Uniforme contient une disposition intéressante dont le contenu a été intégré dans le nouveau Règlement d'arbitrage de la C.C.I.⁴²⁵. Cette disposition prévoit que « la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Est ainsi codifiée⁴²⁶ la règle visant à combattre certaines manœuvres dilatoires de parties peu scrupuleuses à l'arbitrage. Cette disposition instaure implicitement une renonciation au recours, en donnant une signification juridique et un effet de droit à l'abstention d'une partie. Ainsi, si lors d'un recours en annulation contre la sentence, la partie invoque une irrégularité

⁴²³ Art. 14, al.6 de l'A.U./D.A.

⁴²⁴ Art. 14, al. 5 de l'A.U./D.A.

⁴²⁵ Art. 33 du Règlement C.C.I. dont le texte est publié à la Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 3, 1998, pp. 28 et s.

⁴²⁶ Cette règle était toutefois déjà admise de manière jurisprudentielle, comme en Suisse par exemple.

procédurale dont elle avait connaissance et qu'elle s'est abstenue d'invoquer lors de la procédure arbitrale, sa prétention ne pourra qu'être rejetée. Aussi, il s'agit bien là pour la partie, d'une renonciation aux voies de recours.

La renonciation au recours en annulation est une norme uniquement prévue par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. mais invoquée dans le cadre des procédures régies par l'Acte Uniforme. Sur ce point, on serait de prime abord tenté d'avancer la spécificité de l'arbitrage C.C.J.A., son Règlement d'arbitrage disposant que la « contestation de validité d'une sentence n'est recevable que si, dans la convention d'arbitrage, les parties n'y ont pas renoncé »⁴²⁷. Toutefois, au regard des enjeux de la renonciation à la faculté de contester une sentence, il y a lieu de se demander si, dans le silence de l'Acte Uniforme, on ne devrait pas l'admettre dans les mêmes conditions que le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Dans cette matière, la jurisprudence rigoureuse de la C.C.J.A. ne souffre d'aucune critique, l'impossibilité d'attaquer une sentence n'étant admise qu'en présence d'une clause spéciale et explicite de la convention d'arbitrage et non de clauses sibyllines.

Ainsi, l'efficacité des sentences est identiquement protégée par l'Acte Uniforme et le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., la portée de l'arrêt Delpech étant alors limitée au fait que la renonciation au recours en annulation ne peut être exprimée que par une clause d'un règlement d'arbitrage et une clause explicite dans la convention d'arbitrage⁴²⁸. Ce faisant, la C.C.J.A. aura pleinement rempli sa mission de vigie du bon fonctionnement de l'arbitrage dans l'espace Ohada, la volonté des parties et l'intégrité du consentement étant les piliers de la justice par voie contractuelle.

⁴²⁷ Art. 29.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁴²⁸ La portée de l'arrêt Delpech doit à notre sens être limitée (C.C.J.A., arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, M. DELPECH et Mme. DELPECH c/ Sté SOCTACI, *Actualités juridiques* n° 40/2003, p. 15, note F. KOMOIN). Dans l'affaire Delpech, les parties avaient conclu une clause compromissoire renonçant notamment à tout recours et désignant la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire, l'article 30 du Règlement d'arbitrage de celle-ci prévoyant la renonciation aux voies de recours contre la sentence. La C.C.J.A., pour faire échec à cet article 30, s'est appuyée sur la loi applicable à la convention d'arbitrage, la loi ivoirienne disposant alors qu'un recours en annulation contre la sentence arbitrale est recevable malgré toute stipulation contraire. La Cour s'est aussi fondée sur le fait que le recours en annulation est prévu par l'Acte Uniforme sur l'arbitrage, adopté postérieurement à la conclusion de la clause compromissoire. La Cour a dès lors conclu que la clause de renonciation à tout recours insérée par les parties dans leur convention d'arbitrage devait être considérée comme non écrite en ce qui concerne le recours en annulation. Si cette solution dégagée dans l'arrêt Delpech soulève de nombreuses questions, il ne semble pas qu'elle s'oppose à la renonciation de tout recours par les parties. En l'espèce un problème de conflit de loi était seulement pendant.

Section III : La liberté des parties dans le choix des règles applicables au fond du litige

Le traitement du litige au fond se fait en principe en droit, sauf en cas d'amiable composition (Paragraphe II). Ainsi, l'application par l'arbitre de règles de droit pour trancher le litige dont il est saisi nécessite, lorsque le litige a un caractère international au sens du droit international privé, la détermination du droit applicable. Cette détermination peut être le fait de la volonté des parties (Paragraphe I). Elle peut aussi être effectuée objectivement par les arbitres. Dans tous les cas, la sécurité juridique peut être affectée par différents facteurs d'incertitude quant à la détermination du droit applicable comme nous le verrons dans le prochain titre.

Paragraphe I : La détermination de la loi applicable au fond du litige par la volonté des parties

Le principe de l'autonomie de la volonté des parties est largement admis comme principe général de conflit de lois dans le cadre de l'arbitrage, comme le reconnaît la plupart des lois et règlements d'institutions d'arbitrage, dans les systèmes civilistes comme de common law.

Le choix de la loi applicable peut être explicite ou implicite. Un choix explicite peut figurer dans une clause de choix de la loi applicable dans le contrat, dans la convention d'arbitrage ou encore dans l'acte de mission ou les écrits des parties. Ce choix peut alors être direct ou indirect : les parties peuvent désigner la loi matérielle applicable (choix direct) ou choisir une règle de conflit de lois d'une institution d'arbitrage particulière ou une qui leur est propre (choix indirect). Un choix implicite de la loi applicable résulte pour sa part de la volonté respective des parties et non de leur volonté théorique.

Certains lois et règlements permettent seulement aux parties de choisir une loi nationale⁴²⁹ comme droit applicable au fond du litige. D'autres lois et règlements accordent aux parties la liberté de choisir des règles de droit, et comme il est largement admis que les « règles de droit » comprennent non seulement les lois nationales mais aussi les règles

⁴²⁹ Art. VII-1 de la Convention de Genève ; art. 35-1 du Règlement d'arbitrage C.N.U.D.C.I. ; art. 33-1 du Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État ; art. 28-1 de la Loi-type C.N.U.D.C.I. ; art. 42-1 de la Convention C.I.R.D.I. ; art. 1496 al. 1 du Nouveau Code de procédure civile français.

anationales telles que la *lex mercatoria*⁴³⁰, les parties peuvent donc aussi choisir des règles anationales comme loi matérielle applicable.

Les parties peuvent également habilitier les arbitres à statuer en équité ou en qualité d'amiable compositeur. Cela permet aux arbitres d'appliquer également les règles anationales si leur application résulte en un résultat équitable. Certaines lois ou règlements exigent toutefois que la loi applicable à la procédure d'arbitrage permette un tel arbitrage⁴³¹.

Toutes ces désignations de la loi applicable à l'arbitrage témoignent de la primauté de la volonté des parties. Nous examinerons ainsi successivement la fonction et le rôle de la volonté dans la désignation de la loi applicable au fond du litige (A), l'expression de la volonté des parties (B) et son étendue (C).

A : La fonction et le rôle de la volonté

Du point de vue de l'opportunité, le rôle reconnu à la volonté dans la détermination du droit applicable est justifié par l'intérêt des parties et la sécurité qu'il procure. La possibilité pour les parties de choisir le droit applicable leur permet de désigner le droit qui, en raison de sa teneur, leur paraît le mieux adapté à leur opération. En outre, la désignation de ce droit évite toute complication et toute discussion quant au droit régissant le contrat contribuant ainsi à la sécurité juridique des contractants. Si l'intérêt des parties constitue le fondement du rôle dévolu à la volonté, la prépondérance de cet intérêt et son poids face aux intérêts des Etats à voir appliquer les dispositions qu'ils estiment impératives varient de sorte que la fonction dévolue à la volonté des parties peut varier considérablement. Tantôt la volonté est perçue comme l'expression d'une loi d'autonomie du droit international privé des contrats, tantôt comme un simple indice de localisation du contrat, parmi d'autres indices. Cette autonomie de la volonté des parties est donc appréhendée de façon libérale sur le plan international (1). Elle peut, au contraire, constituer une règle de conflit de lois (2) bien que d'autres la perçoivent de façon plus restrictive (3). La perception de l'autonomie présente toutefois des spécificités en droit Ohada (4).

⁴³⁰ Il peut s'agir aussi des principes généraux, le droit international coutumier ou le droit transnational.

⁴³¹ Art. VII-2 de la Convention de Genève ; art. 35-2 du Règlement d'arbitrage C.N.U.D.C.I.

1 : La règle matérielle de liberté internationale (les règles d'ordre public international)

La loi d'autonomie a parfois été perçue comme une règle matérielle de liberté internationale des contrats. Dans cette conception, le contrat international échappe au conflit de lois, c'est-à-dire à la question du droit applicable, parce que le contrat ne dépend que de la volonté des parties, qui est normative en dehors de toute loi et de tout droit. Seule la volonté, indépendante de tout droit, crée et valide le contrat. Si les parties choisissent dans leur contrat une loi, ce qu'elles ne sont nullement tenues de faire, la loi ne vaut que parce qu'elle a été choisie par la volonté des parties. Elle ne vaut donc pas en tant que loi, revêtue de son caractère obligatoire, mais en tant que simple stipulation conventionnelle. Applicable parce que voulue et choisie par les parties, la loi ne peut pas avoir plus de force que la disposition contractuelle qui la choisit. Le contrat est, dans cette conception, nécessairement un contrat sans loi, même si une loi est incorporée au contrat puisque la loi est dépouillée de son élément formel.

Les conséquences pratiques d'une telle fonction dévolue à la volonté des parties sont multiples. Puisque les parties ne sont soumises à aucune loi, elles peuvent faire ce qu'elles veulent : soit ne choisir aucune loi, soit figer la loi choisie au jour de la conclusion du contrat, soit écarter de la loi choisie les dispositions impératives qui les gênent. Une telle perception, où la loi d'autonomie n'est nullement une règle de conflit de lois, suppose une volonté normative créatrice des règles en dehors de toute loi.

2 : La perception de l'autonomie de la volonté comme règle de conflit de lois

La loi d'autonomie, perçue en tant que règle de conflit de lois, s'attache à établir que la volonté des parties ne constitue qu'un simple facteur de rattachement posé par une règle de conflit de lois. Ceci implique que la volonté ne constitue pas l'élément premier dans la détermination du droit applicable. L'élément premier est la règle de conflit de lois qui permet à la volonté de s'exprimer quant au droit applicable. La volonté s'intercale entre la règle de conflit de lois et le droit désigné. La loi choisie s'applique de la même façon que si elle était désignée par n'importe quel facteur de rattachement objectif. Ceci implique que les parties sont soumises à la loi désignée qui s'impose à elles et dont elles ne peuvent ni figer le contenu, ni écarter les dispositions impératives.

3 : La détermination de la loi applicable par la théorie de localisation (droit matériel ayant les liens les plus étroits avec le litige)

Du point de vue de l'opportunité, cette détermination objective du droit applicable vise à faire coïncider le droit applicable avec l'Etat dont les intérêts sont les plus étroits et les plus pressants à l'égard du contrat en cause. De cette manière, la sécurité des contractants est mieux assurée dans la mesure où le droit appliqué se verra plus rarement évincé par l'application de lois de police qui viennent perturber le règlement conflictuel lorsque celui-ci repose sur la volonté des parties. Dans sa version originelle, la théorie de la localisation reposait exclusivement sur des facteurs objectifs de rattachement. Certes la volonté pouvait jouer un rôle, mais exclusivement dans la mesure où elle objectivait dans des circonstances objectives telles que le lieu de conclusion du contrat ou son lieu d'exécution. La volonté ne constituait donc pas, en tant que telle, un facteur de rattachement.

4 : La perception de l'autonomie de la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable dans le droit Ohada

Il n'est pas possible de déterminer avec précision quel rôle et quelle fonction la législation Ohada sur l'arbitrage a entendu conférer à la volonté des parties dans la détermination du droit applicable. L'examen de la pratique arbitrale internationale témoigne de ce que les arbitres s'estiment liés par le choix des parties sur le droit applicable. La volonté, comme facteur de localisation susceptible d'être remis en cause par l'arbitre, ne correspond pas à la pratique arbitrale. En outre, la loi d'autonomie ne paraît pas constituer, pour les arbitres internationaux, une règle de conflit tirée d'un système juridique déterminé.

Pour les arbitres soumis à l'Acte Uniforme de l'Ohada, le respect de la volonté des parties est commandé par la règle posée à l'article 15⁴³² qui valide la volonté des parties dans la détermination du droit applicable. Il reviendra aux arbitres de préciser la fonction exacte qu'ils assignent à cette volonté. Cela transparaîtra de la décision qu'ils prendront face à des clauses où les parties auraient exprimé leur volonté de s'affranchir des éventuelles limites que la loi qu'elles ont choisie pourrait poser.

⁴³² « Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir ».

B : L'expression de la volonté des parties

L'expression de la volonté des parties pose la question de la formulation par les parties de leur volonté de choisir une loi ou un droit pour régir leur relation (1). Elle pose aussi la question du moment où cette volonté peut être exprimée (2).

1 : La formulation de l'expression de la volonté des parties dans le choix de la loi applicable

Les parties peuvent exprimer leur choix par une clause expresse de leur contrat, dite clause de choix, qui désigne le droit applicable au contrat. En l'absence de manifestation expresse, on peut rechercher une volonté implicite à travers certaines clauses du contrat. Par exemple, le fait qu'un contrat ait été rédigé en se référant à un contrat type en usage dans un pays déterminé peut être considéré comme l'expression d'un choix implicite en faveur de la loi de ce pays. Une convention d'arbitrage désignant le siège territorial de l'arbitrage ne peut évidemment pas être un indice du choix de la loi du pays du siège de l'arbitrage. Toutefois, dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., étant donné les liens étroits entre cet arbitrage et l'ordre juridique et juridictionnel de l'Ohada, il ne serait pas impossible d'y voir un choix implicite en faveur du droit uniforme. Il faut cependant être prudent car on sait que même une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions d'un Etat ne constitue pas un indice sérieux du choix du droit de cet Etat. Choisir une juridiction n'est pas choisir un droit. Tout le droit international privé contemporain repose sur la nécessaire dissociation entre compétence législative, aptitude d'une loi à régir une situation et compétence juridictionnelle. La recherche d'une volonté implicite des parties, au travers d'éléments extrinsèques du contrat, par exemple son lieu de conclusion ou le lien qu'il entretient avec un ou plusieurs contrats antérieurs, doit être maniée avec la plus extrême prudence. On peut penser que le recours à la volonté des parties, dans ces circonstances, est très artificiel et qu'il vaut mieux, plutôt que de rechercher une volonté hypothétique, recourir à une méthode objective de détermination du droit applicable.

2 : Le moment de cette expression de la volonté

La volonté peut s'exprimer au moment de la formation du contrat. Il est même souhaitable que la détermination du droit applicable soit une opération préalable dans la mesure où le contenu du contrat dépend nécessairement du droit qui le régit. Les parties peuvent cependant choisir le droit postérieurement à la conclusion du contrat. On a vu que dans l'arbitrage de la C.C.J.A. ce choix pouvait être effectué au moment de l'établissement du procès-verbal organisant l'arbitrage. De même, la concordance des premières écritures des parties sur le droit applicable constitue une expression valable de choix. L'Acte Uniforme en visant les « règles de droit désignées par les parties », sans précision d'ordre temporel, permet une telle manifestation de volonté. Toutefois, la portée de la liberté des parties dans la détermination du droit applicable dépend de la formulation du contenu de l'article relatif au droit applicable.

L'étendue de cette liberté, nous ne pourrions véritablement la saisir qu'à la lumière des réponses que nous apporterons à certaines questions essentielles.

C : L'étendue de la liberté des parties

L'étendue de la liberté des parties peut être appréciée à l'aune d'un certain nombre de questions auquel nous allons répondre dans les développements qui suivent.

1 : Les parties peuvent-elles choisir une loi sans lien avec leur contrat ?

Oui. En général, les parties ne sont pas astreintes au choix d'une loi présentant des liens objectifs, voire spatiaux, avec le contrat principal. Aucun lien n'est exigé entre le droit élu par les parties et les éléments du contrat. Elles peuvent jeter leur dévolu sur une loi dite « neutre » simplement parce que le contenu de la loi choisie leur paraît adéquat. C'est la solution consacrée par la plupart des législations et règlements d'arbitrage et plus particulièrement le droit Ohada sur l'arbitrage quand il fait référence aux « règles de droit choisies par les parties »⁴³³. Le seul embarras qui résulterait de cette option, lorsque les parties choisissent une loi sans lien avec le contrat, serait celui de fraude à la loi. Mais puisque la preuve de fraude à la loi est dans presque tous les cas impossible à rapporter, il est

⁴³³ Art. 15 A.U./D.A.

inconcevable que ce principe de la liberté des parties soit compatible avec le recours à la fraude de la loi.

2 : Les parties peuvent-elles choisir plusieurs lois ?

Le choix par les parties de plusieurs lois ne pose en général pas de problèmes. Elles peuvent même opter pour un choix différencié de lois, chacune ayant pour objectif de ne s'appliquer qu'à une partie de leur contrat. Cette technique est connue en droit international privé des contrats sous le vocable de dépeçage du contrat qui se trouve être aussi applicable en droit de l'arbitrage international. Ce que l'on peut retenir de cette technique est que si le dépeçage peut porter sur un sous-ensemble de droits et obligations objectivement détachables, il n'est pas impossible en arbitrage. Par contre, s'il doit porter sur divers aspects du contrat, comme par exemple le consentement, la lésion ou la responsabilité contractuelle, il est difficile à admettre dans la pratique arbitrale, dans la mesure où il peut se révéler inopportun et peut engendrer de graves incompatibilités.

3 : Les parties peuvent-elles porter leur choix sur un droit qui n'est l'expression d'aucun ordre juridique étatique ?

L'idée de permettre aux parties de choisir un droit qui n'est l'expression d'aucun système juridique étatique pour régir le fond de leur litige, est de plus en plus ancrée dans la pratique de l'arbitrage international. On la retrouve dans la majorité des systèmes juridiques et dans la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. Cette loi propose de faire référence à d'autres sources de droit, mis à part les droits nationaux, pour régir le fond du litige. Les termes dans lesquels la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. suggère de recourir à un droit autre que celui d'un Etat, sont on ne peut plus clairs : « le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois »⁴³⁴. Quant aux lois d'arbitrage Ohada, tout peut s'inférer du choix du législateur de la terminologie appropriée utilisée pour formuler la problématique du droit applicable au fond du litige. Tous empruntent l'expression « règles de droit choisies par les

⁴³⁴ Art. 28, al. 1^{er} de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

parties » plutôt que « lois choisies par les parties ». Il est évident qu'il existe une différence notoire entre la loi choisie et la règle de droit choisie.

Du point de vue de la sémantique juridique, il y a lieu de faire remarquer que si le législateur utilise le terme de loi cela s'entend comme une limitation du choix des parties en faveur des lois étatiques et des conventions internationales, réserve faite des usages auxquels ces normes peuvent renvoyer. Si par contre le législateur utilise le terme de règle de droit, comme c'est le cas dans les lois ci-dessus envisagées, c'est qu'il permet aux parties de porter aussi leur choix sur des règles anationales non étatiques en sus des lois nationales. Or, la remarque de la référence au terme de règles de droit par la plupart des législations et règlements d'arbitrage contemporains s'impose et mérite qu'on le souligne.

Les terminologies adoptées pour désigner le recours aux sources autres que les lois nationales, visent tantôt la *lex mercatoria*, les principes généraux du droit en général et du droit de l'arbitrage en particulier, les usages du droit commercial, les règles anationales ou encore le droit international public. Ces sources anationales peuvent être complémentaires ou même substitutives de règles nationales. Nous ne rentrerons pas dans le détail sur les principes transnationaux auxquels les parties peuvent faire référence dans le choix de la norme applicable au fond du litige, mais simplement, tenterons-nous de rappeler que les parties sont légitimées à les adopter lorsque la loi d'arbitrage utilise le terme de règles de droit.

Nous constatons donc que les parties, en vertu de leur liberté, peuvent élire directement ou indirectement un droit pour régir leurs obligations contractuelles. Cependant, tout principe devant être nuancé, ce dernier est aussi tempéré. En effet, aussi vrai que les parties peuvent librement choisir le droit applicable, elles seront légitimées aussi longtemps qu'elles le feront de bonne foi et sans contrevenir à l'ordre public. Ainsi, il est du devoir du tribunal arbitral de vérifier si le choix des parties respecte les limites nécessaires à son application⁴³⁵. Cependant, même lorsque les parties n'ont pas exprimé de choix exprès sur la question, le tribunal arbitral, avant toute recherche de la loi applicable, doit s'évertuer à déceler d'éventuels indices de volonté des parties permettant de déduire un choix implicite. Pour ce faire, il se doit d'analyser, avant toute autre recherche, les comportements des parties et d'essayer de déceler, dans les termes du contrat ou les circonstances de la cause, des éléments susceptibles de définir un accord tacite de celles-ci sur le droit applicable. Ce n'est que lorsqu'il est résolument impossible pour le tribunal arbitral de déduire du comportement

⁴³⁵ D'où toute l'importance du respect des principes de la bonne foi et de l'ordre public que nous ne détaillerons pas ici.

des parties un quelconque choix implicite du droit applicable, qu'il aura à le rechercher selon les méthodes dites de rattachement⁴³⁶.

Paragraphe II : L'amiable composition

Les parties à un litige peuvent choisir que la décision à intervenir soit prise en équité et non en suivant les règles traditionnelles de droit. Les parties transmettent ce pouvoir à l'arbitre ou au juge qui prend alors le nom d'amiable compositeur. Nous examinerons le principe et les origines de l'amiable composition (A), ses conditions (B) et enfin sa portée dans le règlement des litiges (C).

A : Principe et origines de l'amiable composition

Le jugement en équité est l'ancêtre du jugement puisque, historiquement, il remonte à une époque où la règle de droit n'était pas encore formalisée. Celui qui jugeait était doté du sentiment de justice qui fondait sa décision. Dans le vieux conflit qui oppose encore aujourd'hui l'application de la règle de droit au sentiment que la justice a été rendue, le jugement en équité permet la rencontre du droit et de la justice, car l'amiable compositeur ne tranchera qu'au regard de ce qu'il estime être juste. Cependant, si le juge peut s'affranchir des règles de droit, il n'y est pas tenu ; il peut trancher le litige selon les règles de droit qui lui semblent équitables, car l'équité et le droit ne sont pas toujours divergents. On n'est pas loin ici de la justice idéale, dont l'exemple le plus célèbre est évidemment le jugement rendu par le roi Salomon, archétype de jugement rendu en équité et non en droit.

La personnalité de celui qui juge est capitale dans l'amiable composition car c'est à son bon sens que les parties s'en remettent. Elles doivent donc avoir une entière confiance en son sentiment de justice, surtout que la décision rendue en équité a la même force que si elle l'avait été en droit. Les parties seront contraintes, de la même façon, à l'exécuter. C'est pourquoi, en pratique, on observe souvent des réticences à abandonner sa cause à une autorité aussi imprévisible que l'équité de celui qui va juger.

⁴³⁶ *Infra.*

En outre, le domaine d'application de l'amicable composition est extrêmement étendu puisque presque tous les litiges peuvent être tranchés par un amiable compositeur. Seuls les conflits sur les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, comme les droits attachés à la personne par exemple, ne peuvent lui être soumis. Cette limite est naturelle puisque, comme on l'a dit, l'amicable composition est avant tout fondée sur l'accord des parties. Si celles-ci n'ont pas la libre disposition de leurs droits, il est logique qu'elles ne puissent décider du mode de jugement.

Cependant, s'il est vrai que la décision sera prise sans fondement juridique particulier, le mode d'adoption de la décision devra quant à lui respecter les garanties fondamentales d'une bonne justice qui sont attachées à tout contentieux, et auxquelles on ne peut jamais déroger, comme les droits de la défense, le principe du contradictoire, l'indépendance de celui qui juge, etc. Ces garanties permettent que l'amicable composition puisse être pratiquée tant par les juges étatiques que par les arbitres.

B: Les conditions de l'amicable composition

La mission de l'amicable composition peut être confiée aux arbitres, quel que soit le caractère, interne ou international, du litige dont ils sont saisis. Un litige purement interne peut donc être tranché par des arbitres statuant comme amiables compositeurs. La seule condition posée à l'amicable composition exige qu'elle résulte d'une volonté certaine des parties. L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose ainsi que les arbitres « peuvent [...] statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir »⁴³⁷.

Il n'y a pas de formulation expresse imposée par la loi pour exprimer la volonté des parties de conférer aux arbitres une mission d'amicable composition. La formule la plus courante et la plus explicite consiste à recourir à l'expression d'amicable composition ou d'amicable compositeur. La formule selon laquelle les arbitres statueront « *ex aequo et bono* », après avoir été réservée aux arbitrages mixtes⁴³⁸, est aujourd'hui utilisée dans les arbitrages privés où elle a la même signification que l'amicable composition. L'expression « arbitrage en équité » a également la même portée.

⁴³⁷ Art. 15, alinéa 2 de l'A.U./D.A.

⁴³⁸ Il s'agit des arbitrages entre les Etats et les personnes privées par exemple.

Les clauses par lesquelles les parties confient aux arbitres la mission d'amiable compositeur, tout en désignant une loi nationale pour régir leur relation, ne sont paradoxales qu'en apparence. L'équité ne constitue en effet qu'une des sources de l'amiable composition, de sorte qu'il n'y a aucune contradiction à combiner la référence à une loi et le statut d'amiable compositeur pour l'arbitre. Cela signifie que la loi nationale choisie est appliquée mais soumise au contrôle de l'équité telle qu'appréciée par les arbitres.

Certaines formulations sont toutefois ambiguës sur la volonté réelle des parties à recourir à l'amiable composition. Ainsi, en est-il des clauses qui stipulent que les arbitres auraient recours « aux principes généraux du droit universellement acceptés comme régissant les relations contractuelles » ou « aux principes généraux du droit et de la justice ». Les pouvoirs d'amiable compositeur étant exceptionnels, la convention des parties sur ce point doit être tout à fait explicite. Dans le doute, il convient de considérer que telle n'a pas été la volonté des parties.

C : La portée de l'amiable composition

Il est bien difficile de fixer avec précision la portée de l'amiable composition dans le règlement arbitral du fond du litige. La seule chose absolument certaine est qu'une stipulation d'amiable composition élargit les pouvoirs de l'arbitre sur la manière d'appréhender le litige. Les arbitres pourront introduire un correctif d'équité afin de trancher de la manière la plus juste le litige qui leur est soumis. La recherche de l'équité dans une situation donnée n'exclut cependant *a priori* le recours aux règles légales sauf à considérer l'hypothèse absolument absurde selon laquelle les lois aboutissent nécessairement à des résultats injustes lorsqu'elles sont appliquées à une situation particulière. L'arbitre dispose ainsi du pouvoir d'appliquer les règles de droit mais en soumettant au critère de l'équité, c'est-à-dire de la justice en situation.

Toutes les règles de droit ne peuvent cependant pas être écartées par l'arbitre au nom de l'équité. S'il est incontestable que l'arbitre peut adapter ou écarter des lois supplétives, des usages commerciaux, des lois impératives de protection d'une partie, il est par contre exclu que cela puisse être le cas pour des lois d'ordre public. L'amiable composition ne permet pas aux arbitres de méconnaître les exigences d'ordre public posées par les lois.

L'incertitude la plus grande règne quant à la portée de l'amiable composition par rapport aux dispositions contractuelles. La question peut être posée en ces termes : l'arbitre,

amiable compositeur, est-il tenu par les dispositions du contrat à l'origine du litige qu'il doit trancher ? L'Acte Uniforme ne fournit aucune réponse à cette question. A défaut d'indication textuelle, il est extrêmement délicat de préciser les pouvoirs de l'arbitre sur le contrat litigieux. En France, on affirme généralement que l'arbitre dispose d'un pouvoir modérateur vis-à-vis des stipulations contractuelles. Ce pouvoir ne permet ainsi pas à l'arbitre de bouleverser ou de réviser le contrat. Il ne pourrait pas davantage le dénaturer. Il pourrait cependant tempérer les droits nés du contrat⁴³⁹ sans pour autant pouvoir modifier, au moins substantiellement, les obligations contractuelles.

⁴³⁹ L'arbitre pourrait par exemple étaler dans le temps l'exécution des obligations ou réduire le taux d'intérêt conventionnel.

Conclusion du chapitre II

Cette partie du travail permet de transcender la thématique de la liberté des parties en démontrant les différentes formes d'expression de cette liberté ainsi que les mécanismes qui permettent de garantir un équilibre procédural entre les parties. Le mode de désignation du ou des arbitres est généralement laissé à la discrétion des parties, lesquelles peuvent prendre à ce sujet toutes dispositions leur paraissant en l'espèce opportunes.

Il convient néanmoins de retenir que la liberté des parties dans l'aménagement de la procédure, expression de leur liberté contractuelle, doit toutefois être combinée avec la notion d'égalité des parties. Le principe de liberté contractuelle comporte donc des limitations. La désignation des arbitres doit ainsi résulter d'un accord entre les parties, celles-ci devant à tout le moins s'entendre sur un certain mode de désignation des arbitres. L'égalité des parties doit aussi être respectée dans la constitution de la juridiction arbitrale. En effet, la convention arbitrale est considérée comme valable seulement lorsque les parties se sont entendues sur le nombre et pas nécessairement sur la personne même des arbitres. Ainsi, il suffit que les parties se mettent d'accord sur un certain mode de désignation des arbitres qui, le moment venu, sera mis en œuvre. Les parties peuvent également prévoir que le moment venu le ou les arbitres seront désignés par un tiers, individualisé dans la convention. Ce tiers est fréquemment le Président d'une Cour d'arbitrage ou d'une Chambre de commerce pour l'arbitrage *ad hoc*.

L'égalité des parties implique donc qu'une stricte égalité soit observée entre les parties en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral. Ainsi il n'est pas admis que la majorité des arbitres soit désignée par une seule des parties. Mais on pourra en revanche admettre qu'il dépende d'une des parties de fixer le nombre des arbitres. Mais nulle critique n'est encourue par la stipulation selon laquelle, dans le cas où l'une des parties n'effectuerait pas la désignation lui incombant, cette désignation serait faite par un tiers, spécifié à la convention.

L'égalité serait alors un principe qui prône une liberté d'accès à l'arbitrage des sujets ainsi qu'une égalité objective. Au sujet de cette dernière, toute partie, en vertu d'un compromis ou d'une clause compromissoire, doit pouvoir bénéficier, au même titre que la partie adverse, des droits et devoirs procéduraux similaires, des délais identiques ainsi que les voies de recours réciproques contre les sentences arbitrales dans le strict respect du contradictoire. Cette égalité impose aux arbitres choisis d'un commun accord par les parties

de leur réserver un traitement équitable pendant toute la durée du procès et ce, dans le strict respect des règles d'indépendance et d'impartialité.

Conclusion du titre I

La première partie de ce travail a permis de démontrer que la liberté des parties à un arbitrage est un principe directeur du procès équitable. Cette liberté, comme nous l'avons dit, se traduit par un égal traitement des parties, aussi bien dans l'accès à l'arbitrage que dans le processus d'aménagement de l'arbitrage.

L'égalité de traitement des parties est un principe clairement consacré par l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage ainsi que par les Règlements de procédure et d'arbitrage de la C.C.J.A. Cette égalité est une égalité tant subjective qu'objective.

La subjectivité de l'égalité a trait aux personnes habilitées à recourir à l'arbitrage Ohada, qu'il s'agisse d'un cas d'arbitrage de l'Acte Uniforme ou de celui de la C.C.J.A. En effet, la subjectivité de l'égalité des parties consiste à démontrer que toute personne peut recourir à l'arbitrage Ohada, sans distinction de sa qualité physique ou morale, encore moins de sa qualité civile ou commerciale.

Par ailleurs, l'égalité des parties telle que reprise dans les textes de l'Ohada a été inspirée des textes internationaux en matière d'arbitrage. Il s'agit notamment des conventions de New York, de Washington et de lois-types telles que la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. Les termes tels que l'égalité de traitement sont utilisés par la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sous le prisme de l'autonomie de la volonté dans le choix de la convention d'arbitrage. L'égalité de traitement est un aspect de l'égalité des parties qui est objective car essentiellement d'ordre procédural. Cette égalité de traitement est manifeste en début de procédure dans la désignation consensuelle par les parties des arbitres, de la norme arbitrale et même du type d'arbitrage. Un autre aspect de l'égalité des parties est leur audition selon une procédure contradictoire faite dans les délais. L'imputation des mêmes délais et le paiement des provisions d'arbitrage à toutes les parties ainsi que l'accès réciproque aux droits de défense, de recours et d'exécution de la sentence arbitrale témoignent de l'égalité objective des parties.

L'autonomie des parties dans l'arbitrage est un principe qui offre aux parties la sécurité juridique quant à l'application de leur convention d'arbitrage. Il assure aux parties la liberté complète d'organisation de leur arbitrage, dans le respect des normes internationalement reconnues qui garantissent le principe du respect du contradictoire. Cette sécurité juridique et judiciaire offerte aux parties est un vrai gage de sécurisation des activités économiques octroyé aux parties.

Mais pour que la sécurité juridique soit totalement effective encore faut-il que les autres acteurs de l'institution arbitrale aient à leur tour les moyens de s'exprimer librement dans l'instance arbitrale. Ainsi, nous tenterons de démontrer dans le second titre de cette première partie, comment la liberté de l'arbitre, qui est un autre acteur principal de l'arbitrage, peut contribuer à renforcer la sécurité juridique et judiciaire de l'arbitrage.

Titre II : La liberté ou l'autonomie de l'arbitre

La problématique de l'autonomie de l'arbitre et du contrôle de ses pouvoirs suppose dans un premier temps l'identification de ces pouvoirs⁴⁴⁰ et de leur fondement⁴⁴¹. Spontanément, la question se pose de savoir selon quel droit on peut identifier et encadrer les pouvoirs de l'arbitre. Il nous paraît raisonnable à cet égard de soutenir, à l'instar du Professeur G. KAUFMANN, que ce sont les dispositions de la *lex arbitri* qui sont déterminantes, *a fortiori* si l'on considère que la première sanction à un excès de pouvoir de l'arbitre sera donnée par les tribunaux d'annulation de la sentence, soit ceux du siège de l'arbitrage. Cette question pose ensuite la problématique du contrôle de ces pouvoirs. La sanction d'excès de pouvoir par l'arbitre est évidemment essentielle comme le serait celle d'excès de pouvoir par le juge. Les règlements d'arbitrage fournissent également des règles de comportement de l'arbitre qui devront être prises en compte.

A priori moins sujet à controverses que le statut de l'arbitre du fait d'une littérature plus importante, la question des pouvoirs de l'arbitre n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt. Encore moins sous le prisme du droit africain, du droit international et même du droit comparé. Nous examinerons essentiellement dans ce premier titre, les pouvoirs de l'arbitre au début de l'instance (Chapitre I) et en cours d'instance (Chapitre II).

⁴⁴⁰ A savoir, la compétence, la procédure, le fond du litige etc.

⁴⁴¹ C'est-à-dire les parties, la loi etc.

Chapitre I : L'autonomie ou le pouvoir de l'arbitre au début de l'instance arbitrale

Aux fins de cet exposé, nous limiterons l'identification des pouvoirs des arbitres à deux niveaux : d'abord celui de la compétence, ou le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence (Section I), ensuite celui de la procédure, ou le pouvoir de l'arbitre d'organiser la procédure (Section II).

Section I : Le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ou le principe de compétence-compétence

Au début de l'instance arbitrale, la conduite de la procédure est au fur et à mesure transmise des parties au tribunal arbitral. En effet, si les premières sont au départ celles qui définissent leur litige et la manière dont elles entendent le résoudre, le second va se voir confier un certain nombre de pouvoirs dans le but d'accomplir sa tâche, sous les réserves de la loi applicable à leur litige mais aussi sans pouvoir compter sur un quelconque *imperium*. Ces pouvoirs peuvent être expressément conférés au tribunal arbitral, soit par un accord lors de la constitution du tribunal, soit par un accord spécial ultérieur. Le tribunal arbitral peut également se voir conférer ses pouvoirs par le biais des règles applicables à l'arbitrage, qu'il s'agisse d'un arbitrage *ad hoc* ou d'un arbitrage institutionnel⁴⁴² ou encore par le biais des lois nationales. Toutefois, l'instance arbitrale ne peut être valablement engagée que si le tribunal arbitral est bien compétent.

La question de la compétence de l'arbitre de statuer sur « l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage », et ceci en priorité⁴⁴³, constitue un pouvoir essentiel dont le principe est consacré tant par le droit Ohada que par les lois nationales, mais aussi par les règlements d'arbitrage et la Convention de New York. Ce pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence inclut la liberté dont il jouit de ne pas surseoir à statuer lorsque cette compétence est parallèlement contestée devant un juge étatique⁴⁴⁴.

⁴⁴² Art. 14.1 du Règlement C.C.I. ; Art. 16.1 du Règlement L.C.I.A. ; Art. 13.1 du Règlement I.C.D.R.

⁴⁴³ Notamment une priorité sur le juge étatique.

⁴⁴⁴ À ce sujet l'analyse très complète d'A. DIMOLITSA, « Compétence-compétence », Rev. Fr. Arb. , 1998, n° 2, pp. 305 et s.

Le principe de compétence-compétence est aujourd'hui reconnu par la plupart des législations (Paragraphe I). Le droit africain démontre toutefois que son effet négatif peut être envisagé de différentes façons (Paragraphe II). Il convient toutefois de souligner que la liberté des arbitres n'est pas absolue dans l'appréciation de leur compétence (Paragraphe III).

Paragraphe I : Le principe de compétence-compétence

A l'égard des arbitres, l'efficacité de la convention d'arbitrage se manifeste par le fait que cette convention est la source des pouvoirs juridictionnels qui leur sont conférés. On perçoit alors immédiatement la difficulté. Si l'une des parties conteste les pouvoirs juridictionnels des arbitres en arguant de l'invalidité de la convention d'arbitrage, les arbitres sont-ils compétents pour statuer sur cette question ? En effet, s'il n'y a pas de convention d'arbitrage ou si la convention d'arbitrage est nulle, ils ne disposent d'aucune compétence, d'aucun pouvoir juridictionnel. L'Acte Uniforme sur l'arbitrage répond à cette question de la manière suivante : « le tribunal arbitral statue sur sa compétence, y compris sur toutes les questions relatives à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage »⁴⁴⁵. Cette règle est connue sous l'expression de règle de la compétence-compétence.

Nous analyserons le principe de compétence-compétence dans le droit Ohada (A) et dans le droit conventionnel (B).

A : Le principe de compétence-compétence dans le droit Ohada

Comme nous venons de le constater, si l'une des parties venait à contester les pouvoirs de l'arbitre en prenant pour prétexte l'invalidité de la convention d'arbitrage, il appartiendrait à l'arbitre de statuer sur la question, ceci en vertu du principe de compétence-compétence. Le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence est consacré actuellement par la plupart des lois nationales. Ainsi, en France, le Nouveau Code de procédure civile prévoit que « si devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture »⁴⁴⁶. Le principe est ancré et stable dans la jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation française qui a ainsi pu juger qu'« il appartient à

⁴⁴⁵ Art. 11, al. 1^{er} de l'A.U./D.A.

⁴⁴⁶ Art. 1466 du N.C.P.C.

l'arbitre, par priorité, de statuer sur sa propre compétence »⁴⁴⁷. Ce même principe est consacré en Belgique⁴⁴⁸, aux Pays-Bas⁴⁴⁹ ou encore en Grande Bretagne⁴⁵⁰. Il permet à l'arbitre de ne pas être soumis aux contestations et aux manœuvres des parties visant à limiter l'efficacité de la convention d'arbitrage.

En droit Ohada ce principe est également consacré et confère à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre compétence lorsque l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage est contestée devant lui. Principe général et fondamental de l'arbitrage comme celui de l'autonomie de la convention d'arbitrage, le principe de compétence-compétence est repris par l'Acte Uniforme en son article 11 conçu ainsi qu'il suit : « le tribunal arbitral statue 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 ».

Si la « compétence-compétence » de l'arbitre ne peut pas être logiquement fondée sur la volonté des parties, c'est qu'elle trouve son fondement dans une règle du droit de l'arbitrage, expressément consacrée dans le droit Ohada. A l'égard de l'arbitre l'efficacité de la convention d'arbitrage tient de ce que cette convention est la source de ses pouvoirs juridictionnels.

Il est arrivé pourtant que l'inverse se produise, lorsqu'une partie liée par une convention d'arbitrage, et plus précisément par une clause compromissoire, assigne son cocontractant devant le juge étatique en annulation du contrat principal, tout en déniait, dans ladite assignation, compétence à l'arbitre pour connaître du litige survenu.

B : Le principe de compétence-compétence dans le droit conventionnel

Il convient de retenir que selon le principe de compétence-compétence, il revient au tribunal arbitral de statuer sur « l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »⁴⁵¹ et donc sur sa compétence. Mise à part une exception notable en Chine où le

⁴⁴⁷ Par exemple, France, Cass. Civ.2e, 18 décembre 2003, Sté La Chartreuse, Bull., II n° 393, p. 325

⁴⁴⁸ Art. 1697 du Code judiciaire.

⁴⁴⁹ Art. 1052 du Code de procédure civile.

⁴⁵⁰ Art. 32 de l'arbitration act.

⁴⁵¹ Cass. Civ.2e, 18 décembre 2003, Sté La Chartreuse, voir *supra*.

pouvoir de statuer en matière de compétence n'appartient pas aux arbitres mais uniquement aux juges et aux institutions d'arbitrage⁴⁵², ce pouvoir est cependant consacré tant par la Convention de New York, que par la plupart des législations contemporaines⁴⁵³ ou les différents règlements d'arbitrage⁴⁵⁴. Les règlements d'arbitrage reflètent bien cette même approche. Ainsi et à titre d'exemple, le Règlement d'arbitrage de la C.C.I. prévoit qu' « il appartient au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence »⁴⁵⁵.

Dénier au tribunal arbitral la possibilité de statuer lui-même sur la question de sa compétence pourrait revenir à contraindre le demandeur, qui croit en cette compétence, d'en rechercher la confirmation auprès du juge étatique tandis que le défendeur n'aurait pendant ce temps qu'à attendre l'issue de ce recours alors que c'est lui qui, critiquant la convention d'arbitrage, a pris l'initiative du contentieux de la compétence. Cela ralentirait le règlement du litige au fond. La règle de compétence-compétence permet aussi de ne pas favoriser les manœuvres dilatoires de la part du défendeur.

Enfin, le principe de compétence-compétence permet également à l'arbitre de constater le cas échéant la nullité de la convention d'arbitrage⁴⁵⁶.

Cet effet de la compétence-compétence est reconnu par tous les systèmes de droit. A l'effet premier du principe, celui de permettre à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence, certains ajoutent un deuxième, dit effet négatif ou encore principe de priorité, qui interdit aux juges étatiques de connaître de la question avant que les arbitres ne se soient prononcés.

Paragraphe II : L'effet négatif du principe de compétence-compétence

Bien que des divergences existent, on considère, tout particulièrement en France, qu'afin que le principe de compétence-compétence soit efficace, l'arbitre doit bénéficier d'une véritable priorité par rapport au juge étatique pour statuer sur sa compétence. C'est ce que l'on appelle l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Celui-ci impose aux juridictions qui auraient pu être compétentes en l'absence de convention d'arbitrage, de

⁴⁵² F. Kun, « L'arbitrage en Chine : pratique, obstacles juridiques et réformes », dans Bull. C.C.I., vol. 19 n° 2, 2008, p. 25.

⁴⁵³ Art. 32 et s Arbitration act 1996. ; Art. 1465 C.P.C. ; Art. 1697 C.J.B. ; Art. 186 al. 1er. L.D.I.P

⁴⁵⁴ Art. 6.2 du Règlement de la C.C.I. , art. 41 du Règlement d'arbitrage C.I.R.D.I.

⁴⁵⁵ Art.6.2. du Règlement d'arbitrage de C.C.I.

⁴⁵⁶ Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « L'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 131 et s.

s'abstenir dès lors qu'il existe *prima facie* une convention d'arbitrage ou qu'une procédure arbitrale est en cours. Cette décision prioritaire de l'arbitre ne pourra ensuite être contrôlée que sur recours ou lors de la reconnaissance de la sentence, mais non pas dans le cadre d'une action au fond.

Cet effet négatif a été expressément consacré par le législateur français, à l'ancien article 1458, devenu l'article 1448 du Code de procédure civile⁴⁵⁷. S'il existe une certaine incertitude s'agissant de la Convention de New York⁴⁵⁸, la plupart des législations ne consacre pas ce procédé. Néanmoins, on peut observer un courant favorable à cet effet négatif, notamment porté par la jurisprudence américaine. Ainsi, dans une décision de 2003, la Cour d'appel du 3e Circuit a appliqué en matière internationale un arrêt de la Cour suprême américaine qui reconnaissait en matière interne l'effet négatif du principe de compétence-compétence⁴⁵⁹.

Le droit uniforme retient quant à lui expressément ce principe de priorité. En effet, les dispositions de l'article 13 de l'Acte Uniforme obligent les juridictions étatiques saisies par l'une des parties à se déclarer incompétentes lorsque la partie adverse invoque la convention d'arbitrage comprise dans le contrat litigieux. La combinaison des articles 11 et 13 de l'Acte Uniforme permet donc d'affirmer qu'en vertu du principe de compétence-compétence, les arbitres devraient avoir un droit de priorité par rapport aux juges étatiques, pour statuer sur leur propre compétence, les juridictions étatiques ne devant connaître de la question de la compétence des arbitres qu'à la suite de ceux-ci dans le cadre de l'éventuel recours en annulation introduit contre la sentence⁴⁶⁰. Cette solution retenue par l'Acte Uniforme présente l'avantage d'éviter qu'une partie ne puisse troubler le processus arbitral par le fait de porter le contentieux relatif à la validité de la convention arbitrale devant un tribunal national. Elle est aussi une marque de confiance à l'endroit des arbitres, dont on estime qu'il n'y a pas lieu de les suspecter *a priori* de ne pas pouvoir apprécier correctement leur compétence.

⁴⁵⁷ « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite ».

⁴⁵⁸ J. F. POUURET, S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson Sweet & Maxwell, 2nd Ed, 2007, n° 387.

⁴⁵⁹ *China Min metals Materials Import and Export Co., Ltd v. Chi Mei Corp*, 334 F. 3d 274, (3d Cir. 2003), reprenant *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan et Ux and MK Investments, Inc*, United States Supreme Court, 1995.

⁴⁶⁰ P. MEYER, *Commentaire de l'article 11, « Ohada : Traité et actes uniformes commentés et annotés »*, 2002, Bruylant, p. 117.

L'inconvénient de ce principe réside toutefois dans le fait d'obliger, dans certains cas, les parties à devoir attendre la fin du contentieux arbitral avant que les juges étatiques, qui disposent du pouvoir du dernier mot dans le cadre du contentieux du recours en annulation de la sentence, ne se prononcent sur la validité de la convention d'arbitrage. Cet inconvénient est atténué par le fait que les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence « dans une sentence partielle sujette au recours en annulation »⁴⁶¹. De cette manière, les parties ne seront pas obligées d'attendre la sentence définitive quant au fond du litige pour porter le contentieux de la validité de l'accord arbitral devant une juridiction étatique.

Toutefois, le pouvoir du tribunal arbitral de décider de sa compétence n'est en rien absolu et son excès peut être sanctionné.

Paragraphe III : La sanction de l'excès de pouvoir de l'arbitre

La plupart des règlements d'arbitrage, comme celui de la C.C.J.A., prévoit que le tribunal arbitral peut rendre des sentences partielles. Certains précisent même que le déclinatoire de compétence doit être rendu sous forme de sentence⁴⁶². Mais aucun des règlements consultés ne prévoit de sanction à l'excès de pouvoir de l'arbitre en la matière, soit l'hypothèse où le tribunal arbitral se serait déclaré à tort compétent ou incompétent, cette question relevant des lois nationales.

L'institution n'exerce ainsi aucun contrôle du pouvoir de l'arbitre en la matière. En Grande-Bretagne, l'Arbitration Act⁴⁶³ permet même aux parties de faire appel au juge sur ces questions avant même que les arbitres aient rendu une décision sur leur compétence, toute décision du juge étant toutefois subordonnée à l'accord préalable des parties ou du tribunal arbitral à son pouvoir juridictionnel. En France, l'article 1520.1 du Code de procédure civile prévoit que le recours en annulation est ouvert notamment lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent. La Convention de New York de 1958 prévoit expressément⁴⁶⁴ que l'excès de compétence du tribunal arbitral peut conduire à un refus d'exécution de la sentence arbitrale.

⁴⁶¹ Art. 11, al. 3 de l'A.U./D.A. et art. 21.3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁴⁶² Par exemple, le Règlement d'arbitrage du C.I.R.D.I., dans son article 41 lettre d.

⁴⁶³ Dans sa section 32.1.

⁴⁶⁴ Art. V.L. (c).

Section II : L'autonomie de l'arbitre dans le choix de la procédure applicable

En droit français, le Code de procédure civile précise que « dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure »⁴⁶⁵. L'arbitre peut ainsi, dans la limite de la convention des parties, fixer les règles applicables à la procédure, soit directement, soit par référence à une loi étatique ou à un règlement d'arbitrage⁴⁶⁶.

En pratique, les arbitres établissent le plus souvent en début de procédure et en consultation avec les parties, les règles procédurales de l'arbitrage, lesquelles font l'objet d'une ordonnance de procédure. Cette ordonnance de procédure ne traite cependant pas nécessairement de l'intégralité des questions pouvant survenir en cours d'arbitrage. En effet, les arbitres souhaitent généralement conserver une certaine souplesse dans la procédure arbitrale, ce qui les conduit à établir des principes généraux qu'ils se réservent la possibilité de compléter ou de préciser lorsqu'ils ont à régler des incidents de procédure. C'est ainsi qu'en matière d'administration de la preuve, les arbitres souhaitent souvent se référer aux règles de l'International Bar Association sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international⁴⁶⁷, mais ils le font généralement uniquement en tant que source d'inspiration, ce qui leur permet de conserver par la suite la plus grande flexibilité⁴⁶⁸.

S'agissant de la forme, le tribunal arbitral fixe généralement les règles applicables à la procédure arbitrale sous la forme d'ordonnances procédurales. De telles décisions n'ont en effet pas pour objet de trancher définitivement tout ou partie du fond, et n'ont donc pas à être rendues sous la forme de sentence. De telles décisions ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

Un débat récurrent dans l'arbitrage consiste à savoir si les arbitres doivent se conformer en tous points à la convention des parties en matière de procédure, ou s'ils ont le pouvoir de passer outre s'ils estiment que les choix des parties sont inappropriés. L'exemple typique d'une telle situation est le cas dans lequel les parties seraient convenues d'audiences

⁴⁶⁵ Art. 1509 al.2 du C.P.C.

⁴⁶⁶ Art. 19.2 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. ; Art.17.1. du Règlement C.N.U.D.C.I. 2010, faisant référence au fait que l'arbitre effectue ce choix « comme il le juge approprié ».

⁴⁶⁷ Notamment la version de 2010.

⁴⁶⁸ C'est nous qui le constatons.

durant plusieurs semaines, les arbitres estimant qu'une semaine suffit. Certains auteurs comme S. LAZAREFF ont pris position en faveur d'un large pouvoir des arbitres. L'opinion dominante semble cependant être que les arbitres doivent se conformer à la volonté des parties⁴⁶⁹. En pratique, ce genre de problème est néanmoins facilement réglé par des arbitres expérimentés et sachant user de leur pouvoir de persuasion sur les parties.

Pour notre étude de la procédure applicable par les arbitres, nous nous limiterons à l'aspect du pouvoir des arbitres concernant l'application de la loi au fond du litige. En effet, l'autonomie de l'arbitre dans le choix des règles applicables à la procédure s'exerce tout d'abord par rapport aux dispositions de la loi applicable au fond du litige. Ceci est admis depuis longtemps par la jurisprudence française⁴⁷⁰. Il s'agit là d'une conséquence logique de l'autonomie de la convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que « la référence faite par les arbitres aux règles de conflits françaises pour la désignation de la loi applicable au fond n'exerce aucune influence sur le choix éventuel d'une loi procédurale. Il est de principe constant en droit international privé français que l'autonomie de la clause compromissoire permet de choisir une loi de procédure d'une loi nationale différente de la loi de fond et que le règlement C.C.I. permet de désigner directement une loi de procédure sans avoir recours à des règles de conflits »⁴⁷¹. Le principe est largement admis en doctrine⁴⁷².

L'autonomie des règles de procédure par rapport au droit du fond se justifie également pour des raisons pratiques. En effet, les considérations qui président au choix d'un droit de procédure sont fondamentalement étrangères à celles qui commandent la détermination de la loi applicable au fond. On ajoutera que la procédure arbitrale est aujourd'hui dans une large mesure soumise à des règles transnationales⁴⁷³, et il ne serait pas conforme à la volonté des parties qui se soumettent à un mode international de règlement de leur litige de les renvoyer à une loi de procédure nationale.

Les règles applicables à la procédure arbitrale sont également autonomes par rapport au droit du siège. En effet, si le choix du siège emporte des conséquences importantes, celui-ci n'emporte pas pour autant élection du droit procédural du pays du siège. Les parties peuvent en effet soumettre leur arbitrage à une loi ou à des règles étrangères à la loi du siège,

⁴⁶⁹ W. PARK, « Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un », CAPJIA, 2011, T1, p.19.

⁴⁷⁰ Cass. 1re Civ., 10 mai 1988 ; Rev. Fr. Arb. 1989, p. 51, note J-L GOUTAL.

⁴⁷¹ CA Paris 1re sect., 18 juin 1974, Diefenbacher (2 arrêts) ; Rev. Fr. Arb. 1975, p.179, note J. ROBERT.

⁴⁷² FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, § 1172 et s.

⁴⁷³ Notamment quant aux règles applicables à la preuve écrite ou à l'interrogation des témoins.

sous réserve des dispositions impératives de cette dernière⁴⁷⁴. Les arbitres jouissent par conséquent de la même liberté. En France, l'article 1509 al.2 du Code de procédure civile précise ainsi que le tribunal arbitral fixe la procédure « autant qu'il est besoin ».

Si les arbitres jouissent en la matière d'un large pouvoir discrétionnaire (Paragraphe I), ce pouvoir ne s'exerce cependant pas sans limites (Paragraphe III). Quelques facteurs d'incertitudes peuvent de plus perturber l'application de la procédure au fond (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'autonomie de l'arbitre dans la détermination de la règle applicable à la procédure

L'élection des règles applicables à la procédure arbitrale est *a priori* soumise au principe d'autonomie des parties⁴⁷⁵. Lorsque les parties n'ont rien prévu ou que leur convention s'avère être incomplète, l'arbitre devra néanmoins lui-même déterminer, au début ou en cours d'instance, les règles applicables à la procédure⁴⁷⁶.

A défaut de choix des parties sur le droit applicable au fond du litige, ce droit ne peut qu'être déterminé objectivement par les arbitres. L'article 15 de l'Acte Uniforme énonce que « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou, à défaut, choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu, le cas échéant, des usages du commerce international ; ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur en ont conféré ce pouvoir ». Cette disposition s'inspire très largement de l'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile français. Comparée à la loi suisse, elle s'écarte sensiblement des dispositions applicables en pareille matière qui prévoient qu'à défaut de choix en matière de droit applicable, le tribunal arbitral statue selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits⁴⁷⁷. Cette disposition de l'Acte Uniforme rejoint également la nouvelle disposition contenue à l'article 17 du nouveau Règlement d'arbitrage de la C.C.I. qui permet une grande souplesse et procure toute latitude à l'arbitre en matière de détermination du droit applicable, notamment dans le recours à l'usage

⁴⁷⁴ Art. 1509 al.1 du C.P.C.

⁴⁷⁵ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, §1421 et s. Ce principe est aujourd'hui largement consacré par les différentes législations, conventions et règlements d'arbitrage. L'article 6 de la Résolution adoptée par l'Institut de droit international le 12 septembre 1989, dispose ainsi que « les parties ont une entière autonomie pour déterminer les règles de procédure et de fond ainsi que les principes qui doivent être appliqués à l'arbitrage ».

⁴⁷⁶ P. MAYER, « le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de Civil Law et de Common Law », *Rev. Fr. Arb.* 1995 p. 163 ; Ph. PINSOLLE et R.H. KREINDLER, « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. Fr. Arb.* 2003 p. 41.

⁴⁷⁷ Art. 87 alinéa 1 de la L.D.I.P.

de la méthode dite de la « voie directe » qui lui permet de choisir un droit sans passer par les règles de conflit traditionnelles⁴⁷⁸.

L'Acte Uniforme et le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. paraissent résoudre de manière différente le conflit de règles de conflit qui se pose à l'arbitre (A). Après avoir traité de cette question, on suggérera, pour la matière du droit international privé des contrats exclusivement, ce qui paraît constituer un principe général de détermination du droit applicable en l'absence de volontés des parties (B).

A : Le conflit de règles de conflit

Saisi d'un litige, l'arbitre se trouve dans une situation différente de celle du juge étatique. Ce dernier dispose de règles de conflit de lois, celles du for. On sait que l'arbitre n'est pas un organe juridictionnel étatique, il n'est donc pas tenu de faire prévaloir les principes et règles juridiques de tel Etat plutôt que de tel autre. En particulier, à la différence du juge étatique qui est lié par les règles conflictuelles du for, l'arbitre n'est pas tenu par les règles du conflit de lois de l'Etat du siège du tribunal arbitral. Il est donc confronté à un conflit de règles de conflit qu'il va tenter de résoudre en utilisant diverses techniques⁴⁷⁹.

Une première technique utilisée par les arbitres consiste à appliquer simultanément plusieurs règles de conflit se confirmant mutuellement. Cette technique consiste à ce que l'arbitre applique un système de conflit qui le conduit à désigner un droit matériel ; il s'attache ensuite à démontrer que cette désignation résulte également d'autres règles de conflit susceptibles d'être appliquées à l'espèce. Cette technique, parfois appelée méthode du cumul, relève en réalité davantage de la pratique de l'exemple confirmatif que d'une réelle application cumulative. Les sentences arbitrales qui utilisent ce procédé expriment toujours une convergence vers une solution commune.

Une seconde méthode consiste à désigner le droit matériel sur la base de principes généraux de conflit de lois dégagés de divers systèmes de droit international privé. Dans cette méthode, selon Pierre MEYER, le droit matériel n'est plus déclaré applicable en vertu d'une règle nationale de conflit de lois mais en vertu d'un système conflictuel autonome par rapport

⁴⁷⁸ Ch. IMHOOS, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁷⁹ Y. DERAÏNS, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige », *Rev. Fr. Arb.*, 1972, pp. 79 et s.

aux ordres juridiques nationaux, même s'il n'en est que la synthèse du point de vue des règles de conflit qu'il contient.

Une troisième méthode dite de la « voie directe » permet à l'arbitre de désigner le droit matériel applicable à la situation litigieuse en se fondant sur une analyse des circonstances de la cause qui doit permettre de fixer le droit ayant les rapports les plus étroits avec le litige. Cette méthode est souvent présentée comme la plus simple du fait qu'elle est utilisée sans la médiation d'une règle de conflit de lois. Ainsi l'arbitre n'est pas tenu de choisir une règle de conflit de lois parmi l'ensemble des règles conflictuelles susceptibles d'être appliquées en l'espèce.

L'article 15 de l'Acte Uniforme ne vise pas expressément l'utilisation de règles de conflit de lois dans le choix par les arbitres des règles les plus appropriées pour trancher le fond du litige. Il confère ainsi aux arbitres une totale liberté méthodologique dans le choix de ce droit. Par contre dans l'arbitrage institutionnel au sein de la C.C.J.A., l'arbitre est tenu de suivre formellement un raisonnement conflictuel. C'est en tous les cas le sens de cette disposition du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. qui dispose qu'« à défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce »⁴⁸⁰. L'arbitre est ainsi tenu d'identifier la règle de conflit qui lui sert de relais dans la désignation de la loi applicable.

B : Le principe général du droit international privé conflictuel des contrats

Jadis, le lieu de conclusion était le facteur de rattachement essentiel lorsqu'il s'agissait de déterminer la loi applicable au contrat international. Aujourd'hui, le lieu de conclusion du contrat a perdu, dans le droit international privé des contrats, ce caractère qu'il présentait au début du XX^{ème} siècle. Ceci s'explique par le caractère fortuit que peut revêtir, dans nombre de cas, le lieu de conclusion d'un contrat international. En outre, les difficultés engendrées par la détermination du lieu de conclusion des contrats conclus par correspondance, alors que ceux-ci sont nombreux dans le commerce international, en faisaient un facteur de rattachement peu approprié.

⁴⁸⁰ Art. 17, alinéa 1^{er} du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Le lieu d'exécution du contrat est *a priori* nettement plus significatif puisque c'est en ce lieu que le contrat se matérialise. Le lieu d'exécution n'est cependant pas un facteur de rattachement suffisamment précis. En effet, la plupart des contrats sont synallagmatiques et les obligations engendrées sont exécutées en deux lieux différents. Ceci explique que, dans le droit international privé commun contemporain des contrats, le facteur objectif de rattachement est constitué de la prestation caractéristique qui permet de distinguer le contrat en cause des autres catégories de contrats⁴⁸¹.

En droit comparé, et dans la mesure où l'on peut penser que la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles reflète assez bien les tendances contemporaines du droit international privé des contrats, il faut observer que le rattachement par le lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique est retenu⁴⁸². La convention de Rome précise que, s'il est impossible d'identifier une prestation caractéristique dans un contrat, le juge détermine le « centre de gravité du contrat »⁴⁸³.

La règle proposée en doctrine nous semble être finalement la plus convaincante. En effet, selon V. HEUZE, « la loi normalement applicable est celle de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique au jour de la convention. Par exception, le droit compétent sera celui du lieu du domicile du créancier lorsqu'il sera établi par celui-ci qu'il n'aura pas pris l'initiative du contrat »⁴⁸⁴.

Paragraphe II : Les facteurs d'incertitude quant au droit applicable

Les incertitudes quant au droit applicable peuvent résulter du système de détermination du droit applicable retenu par l'arbitre (A). Elles peuvent aussi provenir de la perturbation du mécanisme conflictuel par l'application immédiate des règles de droit international privé matériel (B) et des lois de police (C).

⁴⁸¹ Par exemple, dans un contrat conclu par un professionnel avec un profane, la prestation caractéristique est celle du professionnel.

⁴⁸² Art. 4, §2 de la Convention de Rome.

⁴⁸³ Art. 4, §5 de la Convention de Rome.

⁴⁸⁴ V. HEUZE, « La réglementation française des contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 231 et s.

A : Le système de détermination du droit applicable retenu par l'arbitre, facteur d'incertitude

Si les parties ont désigné le droit applicable, on a vu que l'arbitre s'estime, à juste titre, lié par le choix des parties. Il n'y a donc pas dans ce cas de figure de facteur d'incertitude. Par contre, en l'absence de volonté des parties, le droit applicable est déterminé par l'arbitre. Comme souligné au préalable, l'arbitre est libre de choisir, selon la méthode qu'il juge adéquate, le droit qu'il estime approprié. On a vu également que le principe général exposé ci-dessus, était dépourvu de tout caractère obligatoire pour les arbitres. Il faut ajouter à cela que, pour les arbitres siégeant dans les Etats Ohada, il est absolument impossible de s'inspirer du droit international privé étatique en ce domaine pour la simple raison qu'il n'existe pas.

B : Les règles de droit international privé matériel

Dans la terminologie du droit international privé, les règles de droit international privé matériel désignent les règles matérielles, par opposition aux règles conflictuelles qui désignent un droit, et spéciales en ce qu'elles ne sont applicables qu'aux seules relations privées internationales. Ces règles matérielles peuvent être nationales. Lorsqu'il existe de telles règles, il y a alors un dédoublement du droit matériel interne : l'un s'appliquant aux relations internes, l'autre aux relations privées internationales. Ces règles matérielles peuvent avoir une origine internationale ; elles sont alors contenues dans une convention internationale⁴⁸⁵. Ces règles matérielles peuvent enfin avoir une origine nationale. Il s'agit alors des règles secrétées par les opérateurs du commerce international créées par la jurisprudence arbitrale⁴⁸⁶.

Lorsque l'arbitre applique la *lex mercatoria* parce qu'elle a été choisie par les parties, aucun facteur d'incertitude autre que celui tenant à l'imprécision du contenu de ce droit national ne peut être relevé. Par contre, une grave incertitude naît de l'application directe par l'arbitre des règles nationales. Certaines sentences appliquent en effet la *lex mercatoria* sans se référer à la volonté expresse, ni même tacite, des parties. Dans d'autres sentences, les arbitres appliquent la *lex mercatoria* en relevant le prétendu caractère international par nature de certains contrats. Enfin, dans d'autres cas, en présence d'une clause de choix de loi

⁴⁸⁵ Par exemple, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises est une convention contenant des règles internationales de droit international privé matériel.

⁴⁸⁶ Sur ce point, on reconnaît sans problème la *lex mercatoria*.

applicable, les arbitres corrigent ou adaptent la loi choisie au moyen de normes nationales sans par ailleurs s'expliquer sur le rattachement qui les a conduits à cette application. Tout se passe comme si l'arbitre, dans ces situations, appliquait directement la *lex mercatoria*, en estimant que la convention d'arbitrage et l'arbitrage qui en découle mettaient le contrat en correspondance directe avec ces normes nationales⁴⁸⁷.

Dans la pratique, la manière de procéder décrite ci-dessus est fortement critiquable. En effet, dans un souci de sécurité juridique, certaines règles de justice arbitrale nous paraissent non observées. On retrouve dans ce cas, transposée au domaine de l'arbitrage, l'application directe, sans rattachement, observée dans certaines jurisprudences⁴⁸⁸. Ainsi, ce n'est pas parce que les parties ont choisi une juridiction quelconque qu'elles ont entendu se voir appliquer des règles propres à cette juridiction.

C : Les lois de police

En droit international privé, la notion de lois de police est considérée comme lois d'application immédiate, et se confond avec les notions de lois territoriales et de lois d'ordre public. Pour l'expliquer, Phocion FRANCESKAKIS en a donné une définition fondée sur la notion d'organisation étatique. Selon lui, « les lois de police sont les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ; leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation ».

En droit français, c'est l'article 3, alinéa 1 du Code civil qui a expressément prescrit que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent sur le territoire ».

La catégorie des lois de police est incertaine du point de vue de son objet. On peut essayer de préciser cette catégorie d'un point de vue formel et d'un point de vue substantiel.

D'un point de vue formel, il s'agirait de lois contenant une règle d'application dérogeant au droit commun de la règle de conflit bilatérale. Il s'agit donc d'une loi qui déroge à une règle de conflit bilatérale afin d'empiéter au profit du for, s'il s'agit d'une loi de police du for, sur la compétence que la règle de conflit de droit commun du for accorde aux lois étrangères. Le critère de définition est formel car il se fonde sur la sphère d'applicabilité particulière de cette loi sans que celle-ci soit précisée du point de vue de sa substance.

⁴⁸⁷ En d'autres termes, la délocalisation procédurale résultant de l'arbitrage impliquerait une délocalisation du régime juridique du contrat.

⁴⁸⁸ Notamment, la jurisprudence française à propos des règles françaises de droit international privé matériel.

D'un point de vue substantiel, les lois de police viseraient, soit à organiser la société dont l'Etat a la charge à travers l'organisation de certains rapports contractuels, soit à prohiber les effets de certains contrats sans que le contenu de ceux-ci n'intéresse la loi. Les lois de police contractuelles viseraient donc, soit à réglementer certains contrats, soit à prohiber des comportements qui trouvent leur source dans un contrat, et ce, sans qu'importe le contenu de ce contrat auquel la loi de police ne s'intéresse pas.

S'agissant du premier type de lois de police, celles visant à réglementer certains contrats, il importe de distinguer cette catégorie de lois des règles impératives en matière contractuelle. Toutes les lois impératives en matière contractuelle ne peuvent pas être des lois de police, faute de quoi la liberté des parties ne pourrait s'exercer que dans les limites des règles supplétives, exactement comme dans un contrat purement interne. Le critère distinctif généralement proposé est celui de l'organisation de la société. Cette distinction nous semble pourtant être très, voire trop, imprécise, dans la mesure où toutes les lois sont à notre avis organisatrices de la société.

Tous les auteurs qui traitent des lois de police insistent sur le fait que leur substance et le but qu'elles poursuivent lient ceux-ci à leur domaine d'application dans l'espace. En d'autres termes, il existerait un lien entre leur teneur et leur sphère d'application dans l'espace. Leur technique d'application est spéciale et conditionnée par leur objet, celui-ci dépendant du but qu'elles poursuivent.

Quelques fois l'application d'une loi de police par l'arbitre ou par le juge étatique d'ailleurs, ne soulève aucun problème particulier. C'est le cas lorsque la loi applicable désignée soit par les parties soit par l'arbitre, contient une loi de police, l'arbitre appliquera ladite loi. En effet, la loi de police ne soulève alors aucune difficulté d'application car elle reçoit application sur la base de la règle générale fixant le droit applicable.

Paragraphe III : Quelques limites à l'autonomie de l'arbitre dans la détermination de la règle applicable à la procédure

Le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre de choisir les règles applicables à la procédure n'est pas sans limites. D'une part, l'arbitre ne peut ignorer les principes fondamentaux du procès équitable (A), d'autre part, il ne peut ignorer les dispositions impératives de la loi au regard de laquelle la sentence sera contrôlée (B).

A : Les principes fondamentaux du procès équitable

Quelles que soient les règles applicables à la procédure d'arbitrage et le siège de l'arbitrage, les arbitres ne peuvent en aucun cas s'affranchir des principes fondamentaux du procès équitable. Cela découle du statut juridictionnel de l'arbitre, tel que nous l'avons vu plus haut. Il en va ainsi notamment du principe du contradictoire et du principe d'égalité de traitement des parties. Ces principes sont qualifiés par le Professeur Catherine KESSEDJIAN de « principes universels à contenu national »⁴⁸⁹. Toutes les législations modernes posent ainsi comme règle impérative le principe selon lequel les arbitres doivent veiller au caractère contradictoire des débats et à l'égalité de traitement des parties.

L'article 1510 du Nouveau Code de procédure civile français dispose ainsi que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction. Une sentence qui méconnaîtrait ces principes universels risquerait d'être annulée, soit au titre d'une violation directe de la loi du siège, soit au titre d'une violation indirecte du droit conventionnel applicable aux garanties du procès équitable ». Il n'en demeure pas moins que les conditions dans lesquelles les arbitres doivent s'acquitter de leur devoir de respecter les garanties fondamentales du procès équitable sont parfois difficiles à définir. La question posée tient en effet à l'équilibre qu'il convient de trouver entre l'efficacité de la procédure arbitrale et le droit des parties d'être entendues.

Dans la période récente, les usagers de l'arbitrage se sont inquiétés des coûts et des délais entraînés par la complexité et par la lourdeur de certaines procédures arbitrales. Or, cette complexité résulte en partie du souci des parties et des arbitres de garantir un total respect du droit d'être entendu. Le souci de limiter les coûts et les délais a ainsi conduit la C.C.I. à constituer un groupe de travail, sous la direction d'Yves DERAÏNS et de Christopher NEWMARK, qui a élaboré un rapport proposant aux arbitres et aux parties des « techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage »⁴⁹⁰. Ce débat a également eu lieu dans le contexte de la dernière révision du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I., dont les modifications apportées en 2010 visaient notamment à réduire le temps et les coûts associés à l'arbitrage. Ainsi, le nouvel article 17.1 dispose désormais que les parties doivent avoir « une possibilité adéquate » de faire valoir leurs droits et non plus « toute possibilité » comme le prévoyait l'ancien article 15.1 du Règlement de 1976. Ces évolutions illustrent le souci des acteurs de l'arbitrage d'assurer un équilibre entre le respect du droit d'être entendu et des

⁴⁸⁹ C. KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb. 1995, p. 381.

⁴⁹⁰ Bull. C.C.I., Vol. 18/No 1-2007, p. 23.

considérations d'efficacité et de célérité de la procédure. Dans le même sens, en France, bien que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction »⁴⁹¹, la jurisprudence a toutefois estimé que la règle impose au tribunal arbitral de ne fonder sa décision sur aucun élément de fait ou de droit que les parties n'aient pas eu l'opportunité de débattre⁴⁹² mais qu'il n'impose pas au tribunal arbitral d'accorder aux parties une possibilité illimitée d'exposer leurs arguments.

Comme nous l'avons déjà vu, le principe de la contradiction impose donc que la partie défenderesse soit informée de la procédure engagée contre elle et que chaque partie ait pu débattre des arguments de fait ou de droit sur lesquels sera fondée la sentence. Le principe impose également que les arbitres aient laissé à chaque partie un temps suffisant pour faire valoir ses arguments et pour répondre à ceux de son adversaire.

B : Les dispositions impératives du siège

Les principes fondamentaux du procès équitable sont généralement sanctionnés au titre de l'ordre public procédural. Mais le droit du siège peut imposer le respect de certaines prescriptions à caractère plus local. Tel peut être le cas s'agissant du caractère admissible ou non de certaines preuves, des conditions dans lesquelles le tribunal arbitral peut délibérer, de la possibilité ou non pour une sentence d'être adoptée à la majorité, des conditions dans lesquelles un arbitre peut exprimer une opinion dissidente, etc.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2005 constitue une bonne illustration des difficultés que peut causer la méconnaissance de telles prescriptions locales⁴⁹³. Dans cette affaire, la sentence fut annulée par les juridictions émiraties parce que les arbitres avaient entendu des témoins sans leur faire prêter serment, formalité qui était prescrite de manière impérative par la loi locale.

⁴⁹¹ Art. 1510 du N.C.P.C.

⁴⁹² CA Paris 1re sect., 17 déc. 2009, FICHTNER GmbH et CO. C/ LKSUR, n° 08/16276 ; CAPJIA 2010-1, p. 251 ; CA Paris 1re sect., 29 nov. 2007, Société LENG d'or c/ Société PAVAN SPA, n°06/02783; Rev. Arb. 2007, p. 933 ; CA Paris 1re sect., 25 mai 2000, Guignier ; Rev. Arb. 2001, p. 199, note Ph. PINSOLLE.

⁴⁹³ CA Paris 1re sect., 29 sep. 2005, Bechtel c/ Department of Civil Aviation of Dubai, n° 2004/07635; Rev. Arb. 2006, p. 695, note H. Muir Watt-Rev. crit. DIP, 2007 p. 387, note A. SZEKELY.

Conclusion du chapitre I

La brève analyse qui précède est claire. Les parties disposent d'un pouvoir de contrôle étendu des décisions de l'arbitre sur sa compétence, d'abord par l'exception y afférente qui doit impérativement être tranchée par le tribunal arbitral, que ce soit par sentence partielle ou avec la sentence finale, et ensuite par le contrôle des tribunaux, que ce soit au niveau de l'annulation de la sentence ou au niveau de son exécution. Ainsi, il ressort de l'analyse que toute idée de liberté serait vide de sens si les sujets concernés par cette liberté ne pouvaient librement et de manière éclairée accomplir des actes qui y donnent droit.

Au-delà de cet aspect, la liberté qui se traduit par l'égalité ne peut être réelle que dans un climat d'affaire gouverné par la bonne foi de tout un chacun. Encore faut-il que les protagonistes à l'égalité soient d'une loyauté indéfectible, et qu'ils aient le pouvoir d'acter sur des droits disponibles avec des personnes disponibles dans la stricte limite du respect de leurs privilèges particuliers.

Par dessus tout et ce malgré la bonne volonté des parties, l'équilibre des parties ne saurait être assuré si l'arbitre, courroie central de la procédure d'arbitrage, faisait prévaloir des pratiques peu orthodoxes contraires à toute règle d'éthique dans l'arbitrage.

Chapitre II : L'autonomie ou les pouvoirs de l'arbitre dans la procédure arbitrale

Afin d'accomplir sa mission, l'arbitre dispose au cours de l'instance de plusieurs pouvoirs dont certains se révèlent essentiels. Le premier est certainement celui de déterminer le droit applicable au fond du litige comme nous l'avons vu dans le précédent chapitre, pouvoir qui peut s'exercer tant avant que pendant la procédure arbitrale. Dans le cadre de l'analyse des pouvoirs de l'arbitre dans le déroulement de la procédure arbitrale, nous nous limiterons à l'analyse de trois de ces pouvoirs : l'autonomie de l'arbitre dans la conduite de la procédure (Section I), son autonomie dans l'administration de la preuve (Section II) et enfin son autonomie quant à l'élaboration et au prononcé de la sentence (Section III).

Section I : L'autonomie de l'arbitre dans la conduite de la procédure

L'objectif de contrôle de l'instance arbitrale dont est investi l'arbitre draine dans son sillage celle de l'organiser (Paragraphe I), celle de la conduire (Paragraphe II), d'organiser la procédure écrite et orale (Paragraphe III) et le pouvoir de prendre des mesures provisoires et conservatoires (Paragraphe IV).

Paragraphe I : La liberté de l'arbitre dans l'organisation de l'instance arbitrale

La mission de contrôler l'instance implique pour l'arbitre la nécessité de s'assurer que l'instance arbitrale se déroule, non seulement conformément aux stipulations des parties telles que généralement prévues dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission, mais aussi conformément aux règles de l'art. Aussi, en vertu de cette mission, l'arbitre devra-t-il organiser l'instance car la meilleure façon de contrôler, c'est d'être soi-même l'organisateur.

Dans l'exercice de cette mission, il devra alors superviser les échanges de pièces entre les litigants, tenir les procès-verbaux d'audience et s'assurer que le procès arbitral se déroule

dans les règles de l'art. Contrairement à ce qu'affirme Thomas CLAY dans sa thèse⁴⁹⁴, il ne rentre pas dans les missions de l'arbitre de trouver et de réserver les lieux d'audience, cela revient plutôt aux parties. Pour affirmer cela, nous pouvons utilement nous référer à l'article 13 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. qui dispose que le siège de l'arbitrage, et par hypothèse, le lieu des audiences est fixé par la convention des parties, sous-entendue la convention d'arbitrage ou par un accord postérieur. Pareille disposition se trouve également dans l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. qui dispose que la cour ne fixe le lieu de l'arbitrage que lorsque les parties n'ont pas eu d'accord à ce propos. En tous cas, ne respecterait pas sa mission l'arbitre qui conduirait le procès arbitral en un lieu autre que celui prévu par les parties, surtout si cette défaillance leur cause un quelconque préjudice.

C'est ainsi à l'arbitre d'organiser l'instance mais il pourra à cet effet se faire aider par un secrétaire d'audience⁴⁹⁵.

Il a également pour mission de contrôler le déroulement de l'instance. En effet, comme l'a souligné un auteur, contrôler le déroulement de l'instance arbitrale est « le meilleur antidote possible contre les tactiques dilatoires ». Il doit ainsi veiller à ce que l'instance arbitrale aboutisse à une sentence valable. Concrètement, il devra mener l'instance à telle enseigne que les délais soient respectés. Même si le législateur Ohada n'a pas prévu, du moins explicitement, cette obligation, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle reste courante à l'échelle internationale.

L'arbitre doit, pour parfaire l'exercice de sa mission de contrôle de l'instance, la conduire.

Paragraphe II : La liberté de l'arbitre dans la conduite l'instance

C'est à l'arbitre que revient non seulement le pouvoir, mais aussi la mission, de conduire l'instance. C'est dire qu'il lui revient notamment d'ordonner des expertises, de recueillir des témoignages, de requérir les traductions nécessaires. On aurait pu penser, en vertu des pouvoirs qu'ont les parties dans la convention d'arbitrage, que ce sont elles qui conduisent l'instance arbitrale, surtout que l'arbitre n'a de pouvoirs que parce qu'elles l'ont voulu. Pourtant, il convient de ne pas se tromper sur ce point, c'est bien à l'arbitre et non aux

⁴⁹⁴ T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.

⁴⁹⁵ Dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc* notamment.

parties que revient cette mission. Certes, les parties peuvent l'évincer par une révocation, mais si elles ne le font pas, c'est à lui que revient la charge de la conduite de l'instance.

Par le contrat, les parties se donnent un arbitre, lequel devient un juge et non le subordonné de la partie qui l'a choisi. Or on sait qu'il n'y a pas d'égalité entre un juge et son justiciable puisque le premier décide du sort des prétentions de l'autre et a pour mission d'accéder à la vérité.

La conduite de l'instance, qui suppose pour être menée à bon escient une certaine liberté de l'arbitre, lui impose de prendre toutes les initiatives utiles pour en favoriser le bon déroulement de manière à la conduire à son terme. A ce stade également, il assume des missions certaines.

Paragraphe III : Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires sont des décisions qui ne tranchent pas le fond du litige, mais statuent sur un ou plusieurs chefs de demandes qui nécessitent une solution urgente. En règle générale, les mesures conservatoires et provisoires, que l'on nomme « mesures intérimaires »⁴⁹⁶, sont regroupées en trois catégories : les mesures relatives à l'administration ou à la conservation de la preuve, les mesures tendant à maintenir les relations des parties pendant le cours de la procédure et les mesures tendant à la préservation de faits ou de droits donnés⁴⁹⁷.

Normalement, l'arbitrage est censé trancher en toute rapidité le litige, mais cependant il peut y avoir des situations litigieuses qui nécessitent de prendre des mesures qui permettent aux parties d'obtenir plus rapidement des décisions, soit pour éviter le dépérissement d'une preuve, soit pour conserver l'équilibre qui doit exister entre les parties pendant l'instance arbitrale. Cela témoigne de l'importance des mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage.

⁴⁹⁶ S. BOND, « La nature des mesures conservatoires et provisoires » dans Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international, Publication C.C.I. n° 519, p. 8.

⁴⁹⁷ P. BERNARDINI, « Les pouvoirs de l'arbitre » dans « mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 24.

Nous examinerons ces mesures provisoires ou conservatoires dans le droit Ohada à travers les dispositions de l'Acte Uniforme (A) et celles du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. (B).

A : Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage

L'Acte Uniforme n'opère aucune distinction entre l'arbitrage international et interne. Il prévoit ainsi l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires, tant par le juge étatique que par l'arbitre. Dans le cadre de cette étude nous ne nous intéresserons toutefois qu'aux dispositions prévues pour régir l'octroi de ces mesures par l'arbitre.

Les fondements textuels des mesures provisoires et conservatoires en droit Ohada sont à rechercher à la fois dans le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. et dans l'Acte Uniforme. Ce dernier dispose que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'Ohada, ordonne des mesures provisoires ou conservatoire»⁴⁹⁸. Ces textes renseignent sur le régime juridique de ces mesures.

Le principe de compétence-compétence des juridictions étatiques et des arbitres pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires, est largement admis en droit contemporain de l'arbitrage. Il est cependant vrai que les parties pourraient s'interdire conventionnellement de recourir aux juridictions étatiques pour prendre de telles mesures pendant toute la durée de la procédure arbitrale, une telle convention devant alors être clairement rédigée pour éviter toute équivoque à ce sujet⁴⁹⁹.

Il est naturellement convenu qu'à défaut de convention contraire des parties, les arbitres sont compétents pour octroyer les mesures dont il s'agit. Telle est la position prédominante en droit de l'arbitrage international⁵⁰⁰, laquelle se conçoit aisément dès lors que « le besoin de recourir aux mesures conservatoires et provisoires peut aussi survenir dans le

⁴⁹⁸ Art. 13, alinéa 4 de l'A.U./D.A.

⁴⁹⁹ FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 1319.

⁵⁰⁰ *Idem.*

contexte d'une procédure arbitrale, en raison d'une attitude procédurière des parties et de la durée de la procédure qui, de ce fait aussi, n'est pas toujours aussi rapide qu'on le croit »⁵⁰¹.

Par ailleurs, il serait difficilement admissible d'interdire à l'arbitre ou au tribunal arbitral de pouvoir prendre des mesures provisoires ou conservatoires, sous prétexte qu'il n'est compétent que pour connaître du fond de l'affaire, car précisément, parce qu'il est compétent pour juger le fond de l'affaire, il lui est possible de prendre des mesures provisoires ou conservatoires tendant à maintenir l'équilibre des relations entre les parties, des mesures tendant à la préservation d'une situation de fait ou de droit, ou encore des mesures relatives à l'administration ou à la conservation des preuves.

C'est ainsi que, comme certaines législations permettent aux arbitres de saisir eux-mêmes les juridictions étatiques pour assurer l'efficacité de leur décision, l'Acte Uniforme prévoit que « si l'aide des autorités judiciaires est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral peut d'office ou sur requête, requérir le concours du juge compétent dans l'Etat partie »⁵⁰². Cette éventualité qu'a l'arbitre de donner ou de prendre des mesures provisoires ou conservatoires est nettement affirmée dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

B : Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage C.C.J.A.

Nous examinerons l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage C.C.J.A. (2) après avoir étudié la position du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. concernant ces mesures (1).

1 : Les mesures provisoires ou conservatoires dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

L'article 10.5 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. traite des effets de la convention d'arbitrage et plus particulièrement de la question des mesures provisoires ou conservatoires. Il est ainsi rédigé : « Sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage

⁵⁰¹ P. BERNARDINI, « Les pouvoirs de l'arbitre » dans « mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰² Art. 14, alinéa 17 de l'A.U./D.A.

donne compétence à l'arbitre pour prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire, pendant le cours de la procédure arbitrale.

Les sentences prononcées dans le cadre de l'alinéa qui précède, sont susceptibles de demandes d'exequatur immédiates, si l'exequatur est nécessaire pour l'exécution de ces sentences provisoires ou conservatoires.

Avant la remise du dossier à l'arbitre, et exceptionnellement après celle-ci, au cas où l'urgence des mesures provisoires ou conservatoires demandées ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile, les parties peuvent demander de telles mesures à l'autorité judiciaire compétente.

De pareilles demandes, ainsi que les mesures prises par l'autorité judiciaire, sont portées sans délai à la connaissance de la cour, qui en informe l'arbitre ».

Ce texte consacre donc pour les parties la possibilité d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre des arbitrages C.C.J.A. Il est toutefois procédé à une distinction selon que la demande desdites mesures intervient avant ou après la constitution du tribunal arbitral. En effet, avant la remise du dossier à l'arbitre, les parties à un arbitrage C.C.J.A. peuvent demander des mesures provisoires ou conservatoires à l'autorité judiciaire compétente. Sur ce point, l'arbitrage C.C.J.A. est conforme au droit contemporain de l'arbitrage, tel que développé plus haut. Au cours de la procédure arbitrale, la partie estimant devoir solliciter des mesures provisoires ou conservatoires a alors le choix de porter sa requête devant le tribunal arbitral ou devant la juridiction étatique et espérer voir sa requête exécutée.

2 : L'exécution des mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage de la C.C.J.A.

Les mesures provisoires ou exécutoires sont généralement prononcées par voie d'ordonnance ou de sentence partielle ou intérimaire.

Il résulte implicitement de l'article 13 al. 4 de l'Acte Uniforme que la juridiction étatique saisie, qui estimera devoir ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, le fera par voie d'ordonnance. Cette ordonnance est d'autant plus exécutoire que le juge étatique dispose de l'*imperium*, qui confère un caractère exécutoire à ses décisions.

Pour sa part, l'arbitre Ohada qui estimera devoir faire droit à une demande de mesures provisoires ou conservatoires, le fera nécessairement par voie de sentence partielle ou intérimaire, pour tenir compte de ce que, comme tout autre arbitre, il ne dispose pas d'*imperium*. Par conséquent, sa décision ne pourra éventuellement faire l'objet d'exécution forcée que si elle est rendue en forme d'une sentence provisoire ou intérimaire. A cet effet, l'article 30 de l'Acte Uniforme énonce que « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent dans l'Etat partie ». Il en résulte que, comme précédemment mentionné, seule une décision en forme de sentence, fut-elle provisoire ou intérimaire⁵⁰³, pourra faire l'objet d'une exécution forcée. L'arbitre pourra toutefois opter de renoncer par voie d'ordonnance, si sa décision consiste en de simples recommandations aux parties ou encore s'il a obtenu de celles-ci l'assurance que ladite ordonnance sera spontanément exécutée par la partie contre laquelle elle est rendue.

Le fait pour l'arbitre de ne pas disposer de l'*imperium* n'implique pas que son ordonnance soit dépourvue d'effets pratiques. En effet lors du prononcé de la sentence définitive, les arbitres tiennent généralement compte du comportement que les parties auront affiché au cours de la procédure arbitrale. Dans cette perspective, les parties ne souhaitent pas s'attirer l'antagonisme de l'arbitre, en refusant, par exemple, d'exécuter une ordonnance intérimaire prononcée par ledit arbitre.

L'urgence, qui est l'une des conditions de la demande de mesures provisoires ou conservatoires, peut ne pas être satisfaite dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, si la mesure doit intervenir en forme d'une sentence, et lorsque ladite sentence doit être soumise à l'examen préalable du centre d'arbitrage, avant signature. Il en est ainsi par exemple dans l'arbitrage C.C.I. dont le Règlement d'arbitrage prévoit à son article 27, qu'aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la cour. Ce risque de ne pas satisfaire à la condition d'urgence peut être évité dans le cadre de l'arbitrage C.C.J.A., où une sentence est insusceptible d'examen préalable par la Cour commune de justice et d'arbitrage, lorsqu'elle ne porte pas sur la compétence, ne met pas un terme à certaines prétentions des parties, ni ne constitue une sentence définitive⁵⁰⁴.

Aux termes de l'article 10.5 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., les sentences de la C.C.J.A. accordant des mesures provisoires ou conservatoires sont

⁵⁰³ Puisque dans le cadre de mesures provisoires ou conservatoires, elle ne tranche pas encore le fond de l'affaire.

⁵⁰⁴ Art. 23.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

susceptibles de demandes d'exequatur immédiates, si l'exequatur est nécessaire pour l'exécution desdites sentences. Il en résulte que si la sentence ordonnant les mesures provisoires ou conservatoires n'est pas spontanément exécutée, la partie bénéficiaire saisit la C.C.J.A. d'une requête en exequatur. L'exequatur est alors accordé par une ordonnance du président de la Cour ou du juge délégué à cet effet, et confère à la sentence un caractère exécutoire dans tous les Etats parties⁵⁰⁵.

D'une manière générale, on remarque qu'en matière de mesures provisoires ou conservatoires, aussi bien l'Acte Uniforme que le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., ont pris des dispositions conformes aux exigences contemporaines du droit de l'arbitrage.

Paragraphe IV : Le pouvoir de fixer les délais de la mission arbitrale

La question des délais peut être problématique parce que les parties peuvent ne pas avoir prévu de délais, ni dans la convention d'arbitrage et encore moins dans l'acte de mission. Pour autant, l'arbitre ne saurait siéger indéfiniment.

Les parties peuvent toutefois avoir choisi, directement ou par référence à une loi de procédure ou un règlement d'arbitrage, un mécanisme de fixation des délais. En tous cas, il ressort de l'article 12 de l'Acte Uniforme que, dans le silence des parties dans leur convention d'arbitrage sur la durée des missions de l'arbitre, celle-ci est de 6 mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée. En bref, si d'aventure les parties ont procédé à une méthode indirecte de détermination des délais, soit par un tiers préconstitué soit par référence à un règlement d'arbitrage ou une loi de procédure qui règle la question des délais, ils devront être respectés par l'arbitre qui ne pourra valablement s'y soustraire au motif qu'ils n'ont pas été prévus directement par les litigants.

Il revient au demeurant à l'arbitre de solliciter une prorogation de ceux-ci s'ils s'avèrent trop courts. Si l'arbitre ne demande pas une telle prorogation et qu'il va au-delà du terme de la mission, il trahirait sa mission et exposerait de ce chef sa sentence à l'article 26 troisièmement de l'Acte Uniforme, c'est-à-dire à l'annulation de la sentence. L'arbitre a donc le devoir d'accomplir sa mission dans les délais contractuels qui lui sont fixés dans l'acte de mission en sorte que, lorsque le tribunal est constitué d'un collège d'arbitres, il appartient à

⁵⁰⁵ Art. 30.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

chacun d'eux, le cas échéant, notamment si aucune partie n'accomplit de diligence à cet effet, de saisir le tribunal compétent⁵⁰⁶, d'une demande de prorogation de leur mission.

L'arbitre devra donc solliciter des parties⁵⁰⁷ une prorogation des délais s'il estime que ceux prévus sont insuffisants pour rendre une sentence, et éventuellement la demander au juge compétent ainsi qu'il ressort implicitement de l'article 16 de l'Acte Uniforme.

Mais curieusement, la pratique en l'état actuel de l'arbitrage du C.A.G. notamment⁵⁰⁸, malgré les dépassements des délais n'a pas encore donné lieu à un contentieux abondant relatif à l'annulation des sentences pour non-respect des délais. C'est ainsi que dans une affaire qu'a connue ce centre à propos de la rupture unilatérale d'un contrat, le procès-verbal de la réunion de cadrage avait prévu comme date du dépôt du projet de sentence le 10 août 2007. En dépit de l'absence d'une demande de prorogation des délais, la sentence n'a été rendue que le 08 novembre de la même année (soit trois mois plus tard que la date initialement prévue). En pareille circonstance, il ne fait pas de doute que la partie ayant succombé dans cette procédure aurait pu solliciter et peut-être obtenir l'annulation de ladite sentence pour dépassement des missions.

L'importance du respect des délais d'arbitrage contenus dans l'acte de mission ou dans la convention d'arbitrage est donc sans doute essentielle. En effet, il faut se souvenir que l'une des principales raisons pour laquelle les parties recourent à l'arbitrage est qu'en principe, les délais pour obtenir une décision définitive sont plus courts que devant les tribunaux étatiques. Le législateur Ohada fort heureusement a compris l'importance des délais et également du calendrier ci-dessus évoqué et a prévu à l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A, l'obligation pour l'arbitre, après réception du dossier, de convoquer le plus tôt possible les parties, et de dresser avec elles, le calendrier prévisionnel. Le contrôle en lui-même ne sera efficace que si l'arbitre personnellement se montre diligent. Evidemment, l'arbitre ne doit pas seulement se contenter de faire observer les délais fixés pour l'instance arbitrale, car ceux-ci sont souvent trop largement prévus, ou trop facilement repoussés. Il doit en outre l'accomplir avec diligence c'est-à-dire s'assurer que les délais pratiqués sont raisonnables. Même si le législateur Ohada n'a pas prévu, du moins explicitement, cette obligation, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle reste courante à l'échelle internationale.

⁵⁰⁶ Seulement en cas d'arbitrage *ad hoc*.

⁵⁰⁷ Ou du centre d'arbitrage selon que se trouve dans un arbitrage institutionnel.

⁵⁰⁸ Centre d'arbitrage du GICAM.

Si l'autonomie de l'arbitre est, comme nous venons de le voir, essentielle dans la conduite de la procédure, son autonomie dans l'administration de la preuve l'est tout autant.

Section II : L'autonomie de l'arbitre dans l'administration de la preuve

Depuis toujours incluse dans les questions de procédure et le plus souvent laissée aux soins du tribunal, la problématique de l'administration de la preuve est marquée par une certaine divergence entre les Etats de Common Law et ceux de droit civil⁵⁰⁹. En effet, dans les premiers cités, l'administration de la preuve affère quasi-totalement aux parties tandis que dans les seconds, le juge national joue un rôle beaucoup plus actif au cœur de la procédure.

Pour autant, les pouvoirs du juge ne sont pas amoindris dans les pays de la Common Law, mais ils sont différemment orientés. Ils visent à régir une procédure loyale qui place les parties sur un pied d'égalité notamment en ce qui concerne la connaissance des faits. Le juge, sous la menace de sanctions pénales, peut sommer à une partie ou à un tiers de donner à une autre partie tous les documents en sa possession relatifs à l'affaire et astreindre de nombreux témoins à être soumis aux questions des conseils des parties. Contrairement au juge des pays de droit civil, il n'agit pas de son propre chef, mais à la demande d'une partie. La justesse de cette demande est estimée de façon extrêmement large, en partant du principe que seule une réelle connaissance de la totalité des faits du litige permettra ensuite à chacune des parties de formuler ses demandes en termes juridiques précis.

Dans une autre approche, le juge des pays de droit civil organise la procédure en fonction de cet objectif. C'est dans cette mesure qu'il peut limiter le débat aux points qu'il juge pertinents pour juger la question juridique qui lui est soumise, questionner lui-même les témoins, refuser des offres de preuve qui lui paraissent inutiles ou choisir des questions que les conseils des parties seront autorisés à leur poser, exiger la production de certains documents alors qu'aucune des parties ne le lui demande. De même, le juge des pays de droit civil est habilité à se saisir des points de droit non évoqués par les litigants, pourvu qu'il les invite à en discuter pour respecter le principe de la contradiction. Le juge peut aussi, user et abuser du pouvoir de nommer des experts, s'il considère que c'est le meilleur moyen d'établir certains faits.

⁵⁰⁹ Y. DERAIS, « La Pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. Fr. Arb*, 2004, p. 781.

Aussi, dans la mesure où le juge de droit civil semble privilégier plus la preuve documentaire à la preuve par témoignage, au contraire du juge de Common Law, dans l'objectif de faire preuve de neutralité culturelle, l'arbitre international doit procéder à un mixe de ces diverses traditions juridiques. Cependant en pratique, on constate que les tribunaux arbitraux vont dans la majorité des cas se fonder en priorité sur les preuves documentaires⁵¹⁰. On note, malgré ces différences d'approche, un mouvement tendant vers une certaine uniformisation, notamment avec les règles de l'I.B.A. relatives à l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international. Ces règles instaurent en effet des mécanismes en vue de la présentation de témoins de faits et de témoins experts, de la production de documents, de la réalisation d'inspections ou encore de la tenue des audiences sur la preuve. Ces règles peuvent être adoptées ou appliquées, que ce soit en totalité ou seulement en partie, tant dans le cadre d'un arbitrage institutionnel que d'un arbitrage *ad hoc*. Elles recommandent, par exemple, au tribunal arbitral de consulter les parties le plus tôt possible sur l'administration de la preuve et d'inciter les parties à se mettre d'accord sur des modalités efficaces et économes⁵¹¹, et obligent également les parties à agir de bonne foi tout au long de l'arbitrage concernant l'administration de la preuve⁵¹².

Après avoir étudié l'administration de la preuve écrite (Paragraphe I), nous nous pencherons sur la preuve orale (Paragraphe II) et les inspections de l'objet litigieux (Paragraphe III).

Paragraphe I : L'administration de la preuve écrite

Dans la preuve documentaire, il est possible d'opérer un *distinguo* entre les documents avancés par les parties dans les premiers moments de la procédure arbitrale, que ce soit lors des premières observations écrites ou échanges de mémoires, des documents qui sont ensuite sollicités par l'autre partie ou par le tribunal arbitral en cours de procédure. Cette seconde catégorie de documents pose un certain nombre de difficultés dans l'arbitrage international. En effet, l'arbitre n'ayant pas de for, contrairement aux contentieux et arbitrages internes où l'on applique généralement les règles de procédure civile internes, en l'absence d'accord entre les parties, les règles relatives à la preuve documentaire ne sont pas d'office gouvernées ni par

⁵¹⁰ Y. DERAÏNS, *idem*.

⁵¹¹ Art. 2.1 de l'I.B.A.

⁵¹² Préambule, § 3 de l'I.B.A.

la *lex causa* ni par la *lex arbitri*. C'est dans cette perspective que les règles de l'International Bar Association (I.B.A.) ont été élaborées en 1999⁵¹³ et révisées en 2010, dans l'objectif de prévenir les difficultés et pertes de temps et d'argent pouvant survenir du fait de l'existence de régimes de preuve documentaires différents.

Les règles de l'I.B.A. relatives à l'administration de la preuve définissent ainsi les documents comme étant tout écrit, communication, image, dessin, programme ou donnée de quelque nature qu'elle soit, aussi bien enregistrée que conservée sur support papier ou électronique, audio, visuel ou par tout autre moyen. L'article 3 pose explicitement le principe selon lequel les parties doivent communiquer au tribunal arbitral tout document sur lequel elles se fondent. De plus, en cas de refus d'une partie de donner un document demandé, celle-ci doit exprimer son refus par écrit au tribunal arbitral et aux parties dans le délai qui lui a été imparti par le tribunal.

Les règles de l'I.B.A. ont d'ailleurs formulé des précisions quant à la preuve électronique, en faveur notamment de l'e-disclosure, qui permet la recherche de données électroniques en vue de les produire devant un tribunal ou une cour. La partie qui sollicite la production peut également identifier, ou le tribunal peut lui enjoindre d'identifier, des mots-clés, des fichiers ou encore d'autres moyens afin de rechercher les documents électroniques de façon efficace, pour que la requête de production de document soit acceptée.

La situation peut se révéler encore plus délicate lorsque des documents qui semblent nécessaires à la résolution du différend sont entre les mains de tiers qui refusent de donner suite à la requête d'une partie ou du tribunal arbitral. Dépourvu d'*imperium*, ce dernier ne dispose en effet d'aucun levier lui permettant d'exiger directement des tiers à l'instance la production d'un quelconque document. Dans certains Etats, les tiers peuvent néanmoins être cités à comparaître lors des débats afin de produire un document demandé. Cela a lieu généralement avec l'aide du juge national. En droit français par exemple, l'article 1469 du Code de procédure civile donne au président du T.G.I., compétent en vertu des règles de droit commun, le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire des éléments de preuve dont la production est nécessaire à la résolution du différend. Cette dernière mesure ne peut toutefois être ordonnée que si le tribunal arbitral y consent.

⁵¹³ Les versions précédentes n'étaient pas adaptées à l'arbitrage international.

Le tribunal arbitral veille également au respect de la confidentialité des preuves. Ceci résulte de l'article 9.2.b des règles de l'I.B.A. qui admet le rejet d'une preuve pour cause d'empêchement légal ou de privilège de non-divulgateion. A cet effet, l'article 9.3 dresse une liste de faits justifiant ce rejet. Ne peut notamment être produit un document créé dans l'objectif de donner ou demander un conseil juridique⁵¹⁴, de même que les documents échangés ou produits pendant les négociations⁵¹⁵. Un autre critère de rejet est posé par l'article 9.3.e, dans le but d'instaurer une égalité entre les parties, notamment quand les documents ne sont pas protégés de la même façon selon les systèmes juridiques. Tel est notamment le cas entre la France où les documents échangés entre une partie et son conseil sont couverts par la confidentialité et l'Angleterre où ils ne le sont pas. L'article 9.4 prévoit que pour protéger la confidentialité, le tribunal arbitral peut prendre un certain nombre de dispositions et l'article 9.5 pose quant à lui qu'une partie qui, sans raison valable, ne produit pas tout document à l'égard duquel une autre partie a formulé une demande de production et à laquelle elle n'a pas formulé d'objection dans le délai imparti ou ne produit pas tout document dont la production a été ordonnée par le tribunal arbitral, celui-ci peut en déduire que ce document est contraire aux intérêts de cette partie. Un document détruit à la suite de la survenance du litige emporterait ainsi suspicion de la part du tribunal envers le détenteur du document.

En dernier lieu, il n'est pas rare que la langue des documents produits ne soit pas connue de toutes les parties de l'arbitrage, aussi il est nécessaire que les documents originaux soient accompagnés des traductions certifiées.

Paragraphe II : L'administration de la preuve orale

En matière de preuve orale, la pratique arbitrale est désormais fortement influencée par les règles d'origine anglo saxonne. Cependant l'arbitre, lorsqu'il les met en oeuvre, les adapte aux attentes des parties d'origine continentale, ce qui permet d'éviter les dérives de la pratique judiciaire américaine.

Même si les témoignages de fait jouent un rôle complémentaire à celui de la production documentaire en ce qu'ils permettent au tribunal arbitral de remplir sa fonction d'administration des preuves, d'étroits liens économiques unissent souvent en pratique les parties et les témoins de fait, ce qui peut nourrir des suspicions.

⁵¹⁴ Art. 9.3. a des règles de l'I.B.A.

⁵¹⁵ Art. 9.3. b des règles de l'I.B.A.

Pourtant, comme l'indiquent les règles 2010 de l'I.B.A., qui reprennent la pratique contemporaine de l'arbitrage, « toute personne peut témoigner, y compris une partie ainsi qu'un dirigeant, un employé ou un autre représentant d'une partie »⁵¹⁶. Les règles de l'I.B.A. rejoignent ainsi celles du Règlement C.N.U.D.C.I. 2010, à la différence que ces dernières ne distinguent pas le témoin de l'expert⁵¹⁷. L'article 5.2 c) des règles de l'I.B.A. dispose ainsi qu'à la différence des témoins de fait, les experts doivent déclarer leur indépendance et donc leurs liens à la fois avec les parties, le tribunal arbitral et les conseils. Ceci peut être à l'origine de problèmes pratiques puisqu'il n'est pas rare que des experts soient fréquemment amenés à travailler avec un des conseils. Or, en se fondant sur cette disposition, la partie adverse pourrait contester l'expertise réalisée⁵¹⁸.

Cette disposition semble néanmoins nécessaire puisqu'elle vise à assurer l'indépendance des experts dont l'expertise est souvent primordiale pour le résultat de la sentence. Toutefois, puisque les arbitres auditionnent toutes les personnes dont l'audition paraît pertinente, en leur rappelant leur devoir de dire la vérité ainsi que les sanctions encourues en cas de faux témoignages, ils déterminent eux-mêmes le poids qu'ils entendent donner aux témoignages. Ceci est rappelé à l'article 27.4 du Règlement C.N.U.D.C.I.

Traditionnellement, les tribunaux arbitraux accordent plus d'importance aux preuves documentaires qu'aux preuves issues de témoignages non corroborés, pire encore aux témoins préalablement préparés, interrogés d'abord par le conseil de la partie qui a demandé son audition, ensuite par le conseil de l'autre partie.

En ce qui concerne les modalités de l'interrogatoire, si la présence d'un témoin a été sollicitée par une partie ou par le tribunal arbitral, les règles de l'I.B.A. prévoient que le témoin est obligé de se présenter soit devant le tribunal arbitral soit par le biais de la vidéoconférence⁵¹⁹. Si toutefois il n'est pas possible d'auditionner le témoin, l'article 4.8 prévoit que si le tribunal ou les parties à l'arbitrage n'exigent pas la présence du témoin, il ne faut pas pour autant l'interpréter comme l'accord des parties avec le contenu du témoignage. L'article 5.6 des règles de l'I.B.A. contient une disposition similaire relative aux experts. Ce n'est pas parce que la présence de l'expert n'est requise par aucune des parties ni par le tribunal arbitral, que ceux-ci approuvent pour autant la substance de l'expertise.

⁵¹⁶ Art. 4.2 des règles de l'I.B.A.

⁵¹⁷ Art. 27.2 du Règlement C.N.U.D.C.I.

⁵¹⁸ Art. 6.2 des règles de l'I.B.A.

⁵¹⁹ Art. 8.2 des règles de l'I.B.A.

Comme pour la preuve documentaire, dans la mesure où il ne peut pas assigner seul un tiers à comparaître, des difficultés peuvent surgir lorsque le tribunal arbitral entend obtenir un témoignage d'un tiers à l'instance, d'autant plus si ce dernier est située en dehors du siège. Dans cette hypothèse la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ne s'applique pas à l'arbitrage. Le tribunal arbitral devra alors, comme le prévoit l'article 27 de la Loi-type C.N.U.D.C.I., demander assistance au juge étatique.

Paragraphe III : L'inspection de l'objet litigieux

L'inspection de l'objet litigieux constitue un autre moyen de preuve pour les arbitres. Il s'agit souvent d'inspéceter une usine, un chantier, ou plus généralement toute construction ou tout équipement dans le cadre notamment d'arbitrages relatifs à des contrats de construction ou d'affrètement.

Les règles de l'I.B.A. prévoient en leur article 7 que, sous réserve des dispositions de l'article 9.2, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou d'office, et s'il le juge approprié, décider d'inspecter lui-même, ou par le biais d'un expert, tout site, propriété, machine ou tous produits, échantillons, systèmes, procédés ou documents. Il détermine également, le moment et les modalités de l'inspection, en consultation avec les parties. Il peut alors accorder le droit aux parties et à leurs représentants d'assister à l'inspection. En pratique, les inspections demeurent toutefois rares en raison de leur coût. Il est ainsi plus fréquent de se satisfaire de photographies, de dessins, de vidéo ou encore de maquettes.

A titre d'exemple, le Règlement C.I.R.D.I. prévoit également que si le tribunal juge nécessaire de se transporter sur les lieux ou d'y procéder à une enquête, il devra prendre une ordonnance à cet effet. Cette dernière définit ainsi la portée du transport sur les lieux ou l'objet de l'enquête, les délais, la procédure à suivre et autres modalités particulières⁵²⁰.

Si l'autonomie de l'arbitre est manifeste dans la conduite de la procédure et dans l'administration de la preuve, elle est également à mettre en exergue dans l'élaboration et le prononcé de la sentence.

⁵²⁰ Art. 37 du Règlement d'arbitrage du C.I.R.D.I.

Section III : L'autonomie de l'arbitre dans l'élaboration et le prononcé de la sentence

Il s'agit des libertés que l'arbitre a dans l'organisation du délibéré (Paragraphe I) et dans le processus de prononcé de la sentence (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les libertés de l'arbitre d'organiser le délibéré

Il ne saurait y avoir de sentence arbitrale sans délibéré. Cette proposition est vraie, que le procès arbitral ait été conduit par un arbitre unique ou par une collégialité. Comme le délibéré est une concertation entre des juges avant de rendre un jugement, on pourrait être tenté de penser qu'en cas d'arbitrage avec un arbitre unique, il n'y a pas de concertation et donc pas de délibéré. Cette position serait toutefois inexacte, et M. de BOISSESSON de renchérir : « le délibéré arbitral fait corps avec l'essence de l'arbitrage. Même l'arbitre unique délibère, dans le dialogue intérieur qu'il entretient avec lui-même ».

L'accomplissement de cette charge suppose que le ou les arbitres fixent la date du délibéré. Cette exigence découle clairement des dispositions de l'Acte Uniforme qui prévoit ainsi que « le tribunal fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré »⁵²¹. La fixation de cette date permet au tribunal arbitral de faire échec aux manœuvres dilatoires des plaideurs de mauvaise foi qui, conscients de l'avancement de la procédure, soulèveraient des moyens et arguments prétendus nouveaux, à la seule fin de retarder l'issue du procès.

Les arbitres doivent également participer aux délibérés. En effet, un arbitre ne pourrait paralyser l'élaboration de la sentence en s'abstenant de participer au délibéré. Dès lors que chacun des arbitres a valablement été mis en mesure de participer, dans des conditions satisfaisantes, aux discussions entre les arbitres et à l'élaboration de la sentence, s'il s'abstient de participer, il sera considéré qu'il a valablement délibéré. Il s'agit là d'une technique louable permettant à l'arbitrage de se prémunir des violations par les arbitres de leurs missions.

⁵²¹ Art. 17 de l'A.U./D.A.

Quant à la forme de la sentence, aboutissement naturel des délibérés, il ne ressort pas explicitement du chapitre 4 de l'Acte Uniforme qui lui est consacré, qu'elle doit être écrite, contrairement à ce qui est observé à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la L.C.I.A.⁵²² ou 34 du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.⁵²³. C'est dire que dans la conception du législateur Ohada, une sentence purement orale n'est pas exclue puisqu'il est dit à l'article 19 de l'Acte Uniforme que la sentence arbitrale est rendue selon les formes convenues par les parties (dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission). Le législateur leur a implicitement ainsi permis, si elles le souhaitent, de convenir de la forme orale de la sentence sans que l'exercice par les arbitres de cette solution ne constitue une violation de leur mission. Il reste néanmoins vrai que cette formule, pour des raisons de preuve, de reconnaissance ou d'exécution de la sentence est à décourager.

L'exigence de la forme écrite de la sentence ressort néanmoins en filigrane de l'Acte Uniforme car, tout au long du chapitre précité, sont imposées des mentions obligatoires que doit contenir la sentence et le fait qu'elle doit être signée et motivée. C'est pourquoi la reddition d'une sentence écrite n'est qu'implicite en droit Ohada. Il aurait été judicieux pour le législateur Ohada de prévoir expressément la forme écrite de la sentence.

En tous les cas et de façon générale, l'arbitre a pour mission de porter un soin particulier à la rédaction de la sentence qui doit être intelligible pour ses destinataires. Pour ce faire, il doit y faire figurer toutes les mentions obligatoires prévues par le législateur Ohada. Il s'agit du devoir d'y mentionner la date du prononcé de la sentence, la signature des arbitres l'ayant rendue, le lieu où elle a été rendue, les nom, prénom, dénomination des parties etc. Le non-respect de cette exigence pourrait valablement constituer un prétexte pour l'exercice du recours en annulation de la sentence pour dépassement des missions arbitrales, bien que le recours objectivement approprié en pareille hypothèse soit le recours en révision.

Cette mission de l'arbitre ou du tribunal arbitral se prolonge dans l'obligation de statuer.

⁵²² Art. 26.1 du Règlement d'arbitrage de la L.C.I.A. : « Sauf accord écrit contraire des parties, le tribunal arbitral rend sa sentence par écrit et expose les motifs sur lesquels il la fonde ».

⁵²³ Art. 34.2 du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. : « Toutes les sentences sont rendues par écrit. Elles sont définitives et s'imposent aux parties. Les parties exécutent sans délai toutes les sentences ».

Paragraphe II : Les libertés de l'arbitre dans le processus de prononcé de la sentence

On doit se garder de toute confusion entre la mission de délibérer et celle de statuer. Pour cette raison, la présentation des contours de cette mission (A) précédera celle de la motivation qui la complète (B).

A : Les contours de la mission de statuer

La mission de statuer est la conséquence logique de celle précédente. En effet, si délibérer c'est se concerter en vue de prendre une décision, statuer c'est prononcer un jugement après examen. Quoi donc de plus normal, lorsque les arbitres ont achevé de se concerter, que les arbitres statuent, c'est-à-dire prononcent un jugement après leur délibéré. L'arbitre a ainsi la mission de trancher le différend pour lequel il a été investi en rendant sa sentence. Il doit trancher le différend principal tel que présenté dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission.

La primauté de l'arbitre est donc de trancher le litige, tout le litige et rien que le litige. C'est la mise en exergue de son obligation de statuer *omnia petita*⁵²⁴. Il ne doit ni réduire le litige en statuant *infra petita*⁵²⁵, ni l'élargir en statuant *ultra* ou *extra petita*⁵²⁶. Sinon, l'arbitre ne remplit pas convenablement sa mission, en s'arrogeant des pouvoirs que les parties ne lui ont point conférés. Dès lors la sentence dans son entièreté, et non pas seulement la fraction sur laquelle il ne se sera pas prononcé ou celle sur laquelle il s'est prononcé alors qu'il n'avait pas ce pouvoir, encourrait l'annulation.

⁵²⁴ Art. 5 du N.C.P.C., « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

⁵²⁵ L'expression *infra petita* est une expression d'origine latine, elle est utilisée parfois pour exprimer que le tribunal a omis de prendre une décision sur un chef de la demande. Il est plus courant de parler d'omission de statuer.

⁵²⁶ Cette expression est usitée pour exprimer le fait qu'un juge accorde plus qu'il ne lui a été demandé. En plus clair, lorsqu'un procès est engagé, la partie qui saisit le juge formule une ou un ensemble de prétentions. Cette demande détermine un cadre, constituant une limite au-delà de laquelle s'il la franchissait, le magistrat qui a compétence pour statuer sur le différend dont il se trouve saisi, excéderait ses pouvoirs. S'il rendait un jugement sur une prétention qui ne lui aurait pas été soumise, ou encore s'il excédait le montant de la demande, le juge statuerait alors *ultra petita* ou *extra petita*. Au plan procédural, la loi assimile ce type d'excès de pouvoirs à l'erreur matérielle et à l'omission de statuer. Les parties ou l'une d'elles peuvent en demander la rectification en suivant une procédure qui est identique à ces deux cas.

La solution devrait être la même selon que l'arbitre a ou n'a pas respecté les pouvoirs d'amiable compositeur que lui auront éventuellement reconnu les parties. S'agissant des pouvoirs d'amiable compositeur auxquels renvoient souvent les actes de mission, la réponse doit être nuancée selon que l'arbitre a reçu ou non ces pouvoirs. En effet, ne transgresse pas nécessairement ses missions l'arbitre qui, ayant reçu des pouvoirs d'amiable compositeur, statue uniquement en droit. Il n'en sera ainsi que s'il est établi que l'arbitre s'est cru tenu ou qu'il a délibérément choisi de ne statuer qu'en droit⁵²⁷. Mais, comme le relève pertinemment certains auteurs, s'il apparaît au contraire que des arbitres ont choisi d'appliquer une règle de droit parce qu'ils l'ont estimé équitable, on ne saurait le leur reprocher.

Est toute autre la situation de l'arbitre devant statuer en droit mais qui statue en fait en amiable compositeur. Dans ce cas, la méconnaissance de sa mission, et donc la violation d'une stipulation de l'acte de mission, est plus facile à constater. Comme le relève la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Sté Raoul Duval, le fait que les arbitres aient choisi de statuer en équité ne saurait racheter leur décision, voire leur responsabilité, car ils auraient dans ce cas commis une faute contractuelle⁵²⁸. C'est pourquoi le législateur ne s'est pas trompé en faisant de cette hypothèse un motif d'annulation de la sentence vu qu'il ne fait pas de doute que l'arbitre « a statué sans se conformer à sa mission ».

B : La motivation, complément indispensable de la mission de statuer

Toute personne dotée d'un pouvoir juridictionnel, lorsqu'elle le met en œuvre doit pouvoir motiver sa décision. L'arbitre n'échappe pas à cette vérité. Le droit Ohada a fort heureusement intégré cette obligation à maintes reprises dans l'Acte Uniforme et même dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.⁵²⁹. De nombreux règlements d'arbitrage⁵³⁰ en disposent d'ailleurs ainsi. Il faut dire que le législateur Ohada a même fait de l'absence de motivation de la sentence une cause d'annulation de celle-ci, distincte et autonome de la cause tirée du non-respect des missions de l'arbitre. Toutefois, en analysant les fondements mêmes de toute fonction juridictionnelle, y compris celle de l'arbitre, on réalise que le motif tiré de l'absence de motivation peut parfaitement être fédéré par celui tiré du dépassement ou du

⁵²⁷ En le faisant, une partie avec qui il est de connivence aurait gain de cause, alors qu'en statuant en équité tel n'aurait pas été le cas.

⁵²⁸ Paris 1^{ère} Ch., 12 oct. 1995, Merkorja Sucden c/ société Raoul Duval, Revue de l'Arbitrage, 1999 p. 324.

⁵²⁹ Art. 22 : « Sauf accord contraire des parties, et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable, toutes les sentences doivent être motivées ».

⁵³⁰ Règlement d'arbitrage du C.A.G., de la C.N.U.D.C.I. etc.

non-respect des missions. C'est sans doute la raison pour laquelle le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dans son article 4 ne mentionne pas le motif de l'absence de motivation. Simplement, les arbitres se doivent de motiver leur sentence pour répondre à l'attente légitime et exempte d'incertitude des parties.

La motivation étant donc une mission dont est naturellement investi l'arbitre par le seul effet du contrat d'arbitre, elle implique de sa part une obligation positive. L'arbitre doit motiver sa sentence.

On est alors fondé à se demander quel serait le sort de la sentence en présence dans la motivation d'une contradiction de motifs ou d'une motivation erronée ? A ce propos, on ne saurait interpréter l'esprit du législateur qui, somme toute, est aussi muet que l'esprit des morts. La lettre du texte étant de sanctionner la sentence qui n'est pas motivée, on ne saurait sous cet angle, étendre cette solution à l'hypothèse de contradiction des motifs ou de motivation erronée. Cette solution sage doit être approuvée car admettre le recours en annulation en pareil cas aboutirait à admettre, à l'occasion d'un recours en annulation, un examen au fond, puisque tout examen de la contradiction des motifs ou de leur défaut de pertinence, en fait ou en droit, est incontestablement une question de fond. Or, le juge étatique n'a pas à apprécier la pertinence du raisonnement juridique suivi par l'arbitre à l'occasion d'un recours en annulation. En revanche, on pourrait fort bien envisager, par analogie au contrôle qu'exercent les juridictions de cassation sur les décisions des juges du fond, des motifs contradictoires comme équivalents à une absence de motifs.

Conclusion du chapitre II

L'étude du déroulement de l'instance arbitrale fait incontestablement apparaître une dualité entre, d'un côté l'arbitrage et la justice étatique de l'autre. Il convient d'admettre que les rapports qu'entretient l'arbitrage avec la justice étatique peuvent être compliqués. Ils sont souvent concurrentiels. Dans ce cas, la sécurité de l'arbitrage peut en pâtir et par conséquent l'insécurité judiciaire que peuvent ressentir les acteurs économiques pour leurs investissements est amplement justifiée. Cependant, les juridictions étatiques apportent souvent un soutien à l'arbitrage et à son autonomie. Mais même dans cette hypothèse, l'autonomie de l'instance arbitrale est garantie par deux instruments majeurs que sont la compétence-compétence et le juge d'appui.

L'instance arbitrale ne peut s'engager que si l'arbitre est bien compétent. La contestation de la compétence relève de la règle dite de compétence-compétence. L'autonomie de la clause d'arbitrage facilite la compétence-compétence car dans ce cas l'arbitre n'est appelé à apprécier que la clause d'arbitrage, indépendamment de la validité du contrat principal. Si cette autonomie n'existait pas, l'arbitre pourrait encore bénéficier de l'effet positif que lui donne la compétence-compétence, mais dans des conditions plus troublantes, lorsque la contestation de son titre reposerait sur la nullité alléguée du contrat principal et l'obligerait à préjuger le fond pour régler la procédure.

L'existence de la convention d'arbitrage a deux effets selon le droit Ohada : un effet positif qui fonde la compétence du tribunal arbitral, et un effet négatif qui supprime la compétence du juge étatique. Car si une convention d'arbitrage existe, l'arbitre se prononce lui-même sur sa propre compétence. Par conséquent, on remarque que les pouvoirs du tribunal arbitral sont renforcés par ce principe de compétence-compétence.

L'Acte Uniforme dispose que « lorsqu'un litige, dont un Tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, 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, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle »⁵³¹. Cette disposition de l'Acte Uniforme s'avère plus protectrice de la compétence des arbitres que dans le droit français, les

⁵³¹ Art. 13 al. 1 et 2 A.U. /D.A.

juridictions étatiques devant également se déclarer incompétentes lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi⁵³².

Il demeure que la forteresse érigée autour des tribunaux arbitraux ne les isole pas pour autant. Le droit d'arbitrage Ohada reconnaît le juge d'appui qui veille au bon déroulement de l'arbitrage en vue de renforcer son efficacité. Le juge d'appui dispose de pouvoirs importants pour régler les difficultés qui peuvent apparaître lors de la désignation des arbitres et de la constitution du tribunal arbitral⁵³³.

Malgré ces quelques cas où les pouvoirs du juge d'appui sont renforcés, l'autonomie octroyée à l'arbitre dans la procédure arbitrale est telle que la confiance des acteurs économiques en l'institution arbitrale et par ricochet dans la zone Ohada pour leur investissement pourrait être renforcée. Cependant faut-il que cette liberté dont jouissent les arbitres ne constitue pas un moyen d'abus pour ces derniers en vue de fausser l'arbitrage en favorisant par exemple une partie.

⁵³² En effet, l'article 1448 du Code de procédure civile français prévoit que : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence ».

⁵³³ Art. 5 et 8 de l'A.U. /D.A. ; art. 1452 et 1454 du C.P.C. français. Le juge d'appui intervient également en cas de problèmes relatifs à la récusation des arbitres et aux interruptions de la mission du tribunal arbitral pour cause de démission ou d'empêchement d'un arbitre. *Infra*.

Conclusion du titre II

La liberté de l'arbitre, ses limites et son usage ne dépend pas d'un ordre juridique arbitral mais de la conscience de l'arbitre de remplir ses objectifs et surtout de la hiérarchie de ses objectifs.

L'arbitrage serait donc une justice internationale rattachée à aucun ordre national. La théorie de Berthold GOLDMAN affirme que cet ordre juridique transnational comporte des règles qui s'imposent à l'arbitre, on pense en particulier à la *lex mercatoria*⁵³⁴. Moins extrême, Pierre MAYER considère que l'arbitre est un être autonome, libre essentiellement, et un organe d'un système de justice internationale. Il jouit à ce sujet d'une liberté comparable à celle du juge étatique.

Toujours est-il que, quelle que soit l'autonomie que l'on envisage pour l'arbitre, trois sources de contraintes s'imposant à l'arbitre peuvent être identifiées. Tout d'abord, même en l'absence de lois ou de règles contractuelles, l'arbitre a une mission juridictionnelle qui impose le respect d'un certain nombre de principes directeurs du procès que sont principalement le principe de la contradiction, l'égalité entre les parties et le respect de sa mission juridictionnelle. S'imposent ensuite à l'arbitre les contraintes légales propres à la loi du siège et des règles spécifiques afin d'éviter le risque d'annulation de la sentence. Enfin, la dernière source de contraintes pour l'arbitre réside dans les règles naissant de l'accord des parties, de la clause compromissoire et également, par extension, du règlement d'arbitrage désigné par cette dernière⁵³⁵. Fondamentalement pour un arbitre, ce qui importe le plus est de rendre une sentence juste et efficace. Une sentence juste est une « sentence basée sur ce qui s'est réellement passé entre les parties et sur les normes juridiquement pertinentes ».

Malgré l'existence de ces contraintes, la liberté de l'arbitre peut être considérée comme très grande et même trop grande, et par conséquent embarrassante, laissant l'arbitre dans la perplexité. Cela impose d'identifier des directives pour aider et guider l'arbitre. Il s'agit par exemple des I.B.A. Rules mais aussi des règles de procédure adoptées par l'arbitre et les parties. Ces règles sont de plus en plus détaillées et convergent vers un modèle international de procédure arbitrale.

⁵³⁴ Cette dernière s'est d'ailleurs fortement développée au cours des dernières décennies.

⁵³⁵ Cette contrainte distingue d'ailleurs le juge de l'arbitre : « le juge étant l'homme de la loi », « l'arbitre est l'homme des parties ». Cette contrainte peut par exemple imposer à la procédure arbitrale une phase écrite puis une phase orale. Pierre Mayer note toutefois que cette contrainte n'est pas nécessairement très étendue et très exigeante ; la confiance est donnée à l'arbitre.

Cette liberté est encore plus grande en matière d'arbitrage international. Alors qu'en matière interne, le droit interne s'applique et les parties n'ont pas d'autres règles à leur disposition, en matière internationale l'arbitre peut être conduit à identifier la loi applicable. Si les parties ont choisi dans l'acte de mission ou dans la clause compromissoire le droit applicable, l'arbitre a contractuellement accepté de respecter ce choix⁵³⁶. Si le choix de loi résulte du contrat et non de l'acte de mission ou du règlement, l'arbitre ne dispose d'aucune liberté si les parties sont toujours d'accord sur ce choix. En revanche, s'il existe un désaccord, c'est-à-dire qu'une partie revient sur son choix et prétend par exemple que son acceptation a été viciée, ou encore que la loi désignée par le contrat n'a pas de lien avec le litige, il est possible d'imaginer que l'arbitre dispose alors d'une marge de manœuvre pour résoudre la difficulté. En l'absence de choix des parties⁵³⁷, l'arbitre dispose d'une liberté réelle et potentiellement étendue.

⁵³⁶ Son acceptation est claire *via* l'acte mission ou le règlement d'arbitrage, comme par exemple l'article 21 du Règlement d'arbitrage C.C.I. le précise.

⁵³⁷ Cette hypothèse est rare à en croire les statistiques de la C.C.I. qui montrent que 85% des contrats désignent une loi, presque toujours étatique.

Conclusion de la première partie

L'institution d'une procédure d'arbitrage ne peut avoir de valeur que si elle offre dès le départ des garanties suffisantes en matière de sécurité juridique, de prévisibilité, de connaissance du droit applicable, de compétence et de probité des arbitres. Le résultat de l'arbitrage dépend donc à la fois de l'efficacité de l'institution arbitrale chargée de veiller à la mise en œuvre d'un règlement d'arbitrage, de la bonne foi des parties mais aussi de l'efficacité des juridictions accordant l'exequatur aux sentences arbitrales. En définitive, aucun système d'arbitrage ne peut perdurer sans un bon cadre juridique⁵³⁸ contenant des règles claires, complètes et applicables.

Ainsi un certain nombre de principes ont été dégagés pour conduire à bonne fin la procédure d'arbitrage. Le premier de ces principes est, comme dans tout le droit de l'arbitrage, la liberté des parties que nous avons étudiée dans le premier titre de cette partie. Nous avons alors vu qu'en vertu de ce principe, les parties sont libres de régler elles-mêmes, de différentes manières, la procédure que les arbitres suivront. Si les parties n'usent pas de leur liberté d'édicter les règles de procédure, les arbitres peuvent se substituer à elles et statuer suivant les règles qu'ils jugent appropriées.

L'Acte Uniforme contient en réalité peu de disposition sur la conduite de la procédure, laissant la liberté aux parties de fixer les règles elles-mêmes, ou alors de se référer aux règlements de procédure fixés par les institutions d'arbitrage. Mais en usant de cette liberté, les parties et les arbitres doivent agir en appliquant les dispositions de l'Acte Uniforme qui édictent le principe d'égalité en ces termes : « Les parties doivent être traitée au même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire falloir ses droits »⁵³⁹. Ce principe est à rapprocher du principe du contradictoire qui suppose que les deux parties doivent être mises à même de présenter leurs prétentions et leurs moyens de défense dans les mêmes conditions.

L'autonomie dont jouissent les arbitres dans la détermination de la loi applicable au fond n'est totalement effective que si les parties leurs laissent une entière liberté. Ainsi, la liberté des arbitres dans la détermination de la loi applicable, même si elle existe, elle est en quelque sorte atténuée par la volonté des parties. C'est parce que le déroulement de l'instance

⁵³⁸ A. PLANTEY, « Quelques observations sur l'arbitrage administré », J.D.I., 1999, n°3, pp. 731 et s.

⁵³⁹ Art. 9 de l'A.U./D.A.

arbitrale obéit aux principes de l'arbitrage moderne consacrant l'égalité des parties et le principe du contradictoire que l'arbitre perd un peu de sa liberté. L'arbitrage Ohada respecte évidemment ces principes et fait de la collaboration entre arbitres et parties un sacerdoce rendant l'instance arbitrale plus équitable pour les parties.

Deuxième partie : L'arbitrage Ohada et le gage de sécurité dans la résolution des conflits

Les initiateurs de l'Ohada avaient pour objectif essentiel l'instauration de la sécurité juridique et judiciaire en Afrique. Une disposition du préambule du Traité de Port-Louis d'octobre 1993, relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, affirme explicitement que le droit des affaires harmonisé doit « garantir la sécurité juridique des activités économiques [...] ». Le législateur Ohada a ainsi érigé la sécurité juridique comme une valeur essentielle afin de favoriser l'essor des activités économiques et de promouvoir les investissements⁵⁴⁰. Cette démarche est essentielle. En effet, il convient de reconnaître qu'aucune activité économique ne peut être pérenne si les normes qui la régissent ne sont pas répertoriées, connues, strictes, précises, correctement appliquées et revêtues d'une stabilité absolue. C'est seulement après avoir réuni ces conditions que l'on peut atteindre la sécurité juridique. Or, la sécurité juridique est une condition nécessaire du développement économique.

L'Ohada a eu recours à deux instruments pour essayer d'atteindre cet objectif de sécurité : l'un concerne les normes, l'autre les institutions chargées de les appliquer.

Il était évidemment primordial d'agir sur les normes régissant le droit des affaires pour atteindre l'objectif de sécuriser les relations juridiques. Non codifiées, mal connues, pour certaines d'entre elles obsolètes, les règles gouvernant l'activité économique nécessitaient de profondes réformes normatives. Tel est le sens profond de la technique des Actes Uniformes organisée par le Traité⁵⁴¹.

Toutefois, un dispositif juridique n'est pas constitué que de normes d'action organisant et régulant divers aspects de la vie sociale et économique. On sait en effet qu'un ordre juridique présente la caractéristique essentielle d'être constitué de deux types de normes : des

⁵⁴⁰ Préambule du Traité Ohada.

⁵⁴¹ Art. 5 et s.

normes que certains appellent primaires⁵⁴² ou normatives et des normes secondaires ou constructives.

La dimension normative, couverte par les Actes Uniformes, et la dimension institutionnelle, couverte par les dispositions judiciaires du Traité sur la C.C.J.A., constituent ainsi les instruments essentiels par lesquels l'ordre juridique de l'Ohada entend assurer la réalisation de l'objectif de sécurité juridique. Ainsi, c'est à travers les dispositions de ces deux instruments de l'Ohada que nous analyserons les mécanismes juridiques qui renforcent la sécurité dans le déroulement de la procédure arbitrale (Titre I) et ceux qui assurent la sécurité de l'arbitrage (Titre II).

⁵⁴² H.L.A. HART, « Le concept de droit », Bruxelles, Presses Fac. Univ. Saint-Louis, 1976, pp. 127 et s.

Titre I : La sécurité dans le déroulement de la procédure arbitrale

L'arbitrage est devenu le moyen par excellence de résolution des différends d'origine économique. Son développement sur le plan international est sans doute à attribuer à la mondialisation. En Afrique, son essor résulterait de la méfiance que les opérateurs économiques nourrissent à l'encontre des juridictions étatiques du continent et de l'insécurité juridique qui y prévaut toujours.

Malgré l'importance que prend l'institution arbitrale en Afrique, la justice étatique reste incontournable dans certains domaines que les Etats n'entendent pas abandonner à la justice. Dans ces domaines, l'Etat, par l'intermédiaire de son pouvoir juridictionnel, fait en sorte que les plaideurs soient obligés de recourir aux juridictions étatiques, même si l'on sait qu'en droit, les parties sont libres de confier la résolution de leurs litiges à des tiers privés, arbitres, au moyen d'une convention d'arbitrage. Une convention d'arbitrage valable et efficace qui traduit parfaitement la volonté des parties, apparaît comme la condition *sine qua non* du recours à l'arbitrage. De plus, dans la mesure où la procédure arbitrale n'est pas subordonnée à la validité du contrat principal, les opérateurs économiques peuvent, un peu plus, éviter les écueils de la justice étatique. Ainsi, l'arbitre, par l'intermédiaire de la volonté des parties contenue dans la convention d'arbitrage, se retrouve investi du pouvoir de priorité sur le juge étatique en ce qui concerne le règlement du litige, sauf peut-être dans les cas où les Etats mettent en avant le principe du respect de l'ordre public. Dans ces cas, l'arbitre qui ne se déclare pas incompétent du fait de la violation par la convention d'arbitrage d'une règle d'ordre public international des Etats parties peut voir sa sentence arbitrale annulée par le juge compétent pour statuer sur l'exequatur.

Le problème de priorité entre la justice étatique et la justice privée peut constituer un facteur d'insécurité pour les opérateurs économiques. Ce problème peut également être instrumentalisé par certaines parties de mauvaise foi pour tenter de bloquer l'arbitrage malgré l'existence d'une convention d'arbitrage. Pour lutter tout à la fois contre ces manœuvres dilatoires et contre l'insécurité juridique que craignent les opérateurs économiques en Afrique, l'arbitrage Ohada a adopté des règles susceptibles de renforcer sa sécurité.

La question est toutefois de savoir si ces règles suffissent à gagner la confiance des investisseurs étrangers. Ce qui est sûr, c'est que l'arbitrage Ohada gagnerait bien en crédit si

les règles processuelles qu'il pose étaient susceptibles d'assurer de façon efficace et prompt le règlement des différends. Cela lui attribuerait une réputation de sécurité. Pour ce faire, un certain nombre de principes doivent être mis en place. Il s'agit de l'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres (Chapitre I) et de la lutte contre les actes dolosifs des parties et des arbitres (Chapitre II).

Chapitre I : L'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres, gage de sécurité dans le déroulement de la procédure arbitrale

« Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant des parties en cause »⁵⁴³. L'accomplissement de sa mission par l'arbitre suppose en effet que celui-ci soit impartial et indépendant et qu'il le demeure tout au long de la procédure arbitrale, à défaut de quoi il ne peut exister de tiers, d'arbitre et donc de juge⁵⁴⁴. Ainsi donc, « l'indépendance et l'impartialité du juge ne sont pas de simples garanties de bonne justice, elles sont l'essence même de la fonction de juge »⁵⁴⁵. A l'instar du juge, l'arbitre ne doit pas admettre qu'un lien familial, financier, politique ou de toute autre nature puisse influencer sur sa mission juridictionnelle. Il convient de signaler que dès l'instant où l'arbitre pressenti ou confirmé entre en rapport avec la partie, il est obligatoirement appelé à respecter son devoir d'impartialité et d'indépendance et ce, jusqu'à la fin de l'instance arbitrale⁵⁴⁶. La non observation de cette règle peut entraîner l'annulation de la procédure et de la sentence arbitrales. La responsabilité civile de l'arbitre peut même être recherchée. C'est pourquoi les personnes pressenties pour être missionnées dans une procédure d'arbitrage doivent satisfaire aux conditions d'impartialité et d'indépendance. La C.C.J.A. à travers son Règlement d'arbitrage affirme expressément cette règle en disposant : « Avant sa nomination ou sa confirmation par la cour, l'arbitre pressenti, auquel il a été donné connaissance des informations sur le litige figurant dans la demande d'arbitrage et, si elle est parvenue, dans la réponse à celle-ci, fait connaître par écrit au Secrétaire général de la Cour les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties »⁵⁴⁷.

L'indépendance vis-à-vis des parties et l'impartialité sont exigées de l'arbitre parce qu'elles sont les garants de l'indépendance d'esprit qui est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel. Les conditions d'indépendance et d'impartialité posent cependant des difficultés d'inégale importance. L'indépendance apparaît comme une situation de fait ou de

⁵⁴³ Art. 4.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁵⁴⁴ T. Clay, « L'arbitre », Dalloz, 2001, n° 314 et s.

⁵⁴⁵ *Idem*.

⁵⁴⁶ T. Clay, *op. cit.*, n°360 et s.

⁵⁴⁷ Art. 4.1 al. 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

droit que l'on pourrait apprécier objectivement, tandis que l'impartialité serait une disposition d'esprit, un état psychologique par sa nature subjective⁵⁴⁸. Ainsi d'un point de vue théorique, on peut définir l'impartialité de l'arbitre comme une prédisposition psychologique à favoriser une des parties au litige. Après cette brève définition des notions d'indépendance et d'impartialité, nous analyserons les conditions et les fondements de l'obligation d'indépendance et d'impartialité des arbitres (Section I). L'étude de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre nous conduit directement à celle de la transparence des arbitres (Section II). Les arbitres peuvent évidemment être sanctionnés s'ils vont à l'encontre de l'éthique arbitrale. Mais pour des raisons de logique du raisonnement nous n'analyserons qu'ultérieurement les sanctions que peuvent encourir les arbitres. Pour l'heure, en raison justement de la possible mise en œuvre de la responsabilité des arbitres dans leurs fonctions d'arbitre, il convient d'analyser les moyens de protection qui leur sont octroyés (Section III).

Section I : Les conditions et fondements de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre

Même si l'Acte Uniforme utilise conjointement les notions d'indépendance et d'impartialité, ces deux notions n'ont pas la même signification. L'indépendance apparaît comme une situation de fait ou de droit que l'on peut apprécier objectivement⁵⁴⁹, tandis que l'impartialité de l'arbitre est une prédisposition psychologique à favoriser une des parties au litige. Pour mieux cerner la différence entre ces deux notions, nous étudierons dans cette première section, la signification du principe d'indépendance et d'impartialité des arbitres (Paragraphe I) et ses fondements (Paragraphe II).

Paragraphe I : La signification du principe d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre

L'appréhension de ce principe nous amène à nous interroger sur ce qu'il convient d'entendre par l'obligation posée par le Règlement d'arbitrage selon laquelle « tout arbitre

⁵⁴⁸ C'est nous qui le soulignons.

⁵⁴⁹ FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », LITEC, Paris, Spéc. n°1028.

nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant des parties en cause »⁵⁵⁰. Pour répondre à cette interrogation, il convient de se poser d'autres questions tout aussi importantes. C'est seulement en répondant à ces questions que l'on peut apprécier le principe ci-dessus annoncé.

A : Quand peut-on dire qu'un arbitre est indépendant et impartial ?

Pour répondre à cette question qui a théoriquement⁵⁵¹ été débattue à maintes reprises, et par soucis de précision, il convient de citer, après avoir noté certaines formules souvent utilisées par la jurisprudence française, quelques jurisprudences qui ont apporté une définition à ces notions.

« L'indépendance de l'arbitre est l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance, notamment avec les parties, et d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent se caractériser par l'existence de liens matériels et intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage ». La jurisprudence française utilise fréquemment cette formule pour expliciter la notion d'indépendance.

N'est ainsi pas indépendant un arbitre contre lequel est établie l'existence d'un lien matériel et intellectuel ou toute situation de nature à affecter son indépendance d'esprit et sa liberté de jugement. De nombreux auteurs ont dressé la liste des cas où des arbitres ont été considérés partiaux et dépendants à l'égard de l'une des parties. Ainsi, selon les professeurs FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN⁵⁵², n'est pas indépendant et impartial un arbitre qui, en cours d'instance arbitrale, poursuit une mission personnelle et rémunérée de conseil et d'assistance technique auprès de l'une des parties à l'arbitrage⁵⁵³. De même, n'est pas indépendant et impartial un arbitre qui, au moment du compromis le désignant comme arbitre remplaçant, était encore le consultant rémunéré d'une société dépendant du groupe auquel

⁵⁵⁰ Art. 4.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁵⁵¹ La doctrine a suffisamment débattu sur ces questions notamment. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN dans « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 579 et s.

⁵⁵² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN in « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 583, § n° 1030.

⁵⁵³ TGI Paris 15 janvier 1988, Rev. Fr. Arb. 1988, 316, J. ROBERT.

appartient l'une des parties à l'arbitrage⁵⁵⁴ ou encore un arbitre qui a été embauché par l'une des parties dès le lendemain du prononcé de la sentence⁵⁵⁵.

Il a également pu être considéré que l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre pouvaient être suspectées dès lors que ce dernier a seulement été présenté comme un ancien juge consulaire, alors que l'arbitre était de mission auprès des créanciers de l'une des parties, élément qui n'avait pas été divulgué. En revanche lorsque les liens d'un arbitre avec l'une des parties sont connus de l'autre, cette dernière doit impérativement l'invoquer lors de la désignation de l'arbitre. Si tel n'est pas le cas, elle ne pourra plus invoquer que les liens entre l'arbitre et l'autre partie sont de nature à fausser l'indépendance de l'arbitrage. En effet, la « récusation » d'un arbitre n'est admise que pour une cause révélée après sa nomination⁵⁵⁶. La personne pressentie comme arbitre doit impérativement signaler toute circonstance de nature à susciter la suspicion quant à son indépendance. Il ne peut accepter sa mission qu'après l'accord « unanime et écrit » des parties⁵⁵⁷.

Il n'est pas non plus aisé d'apprécier la notion d'impartialité. En effet, l'impartialité est une disposition d'esprit, un « état d'esprit » par nature subjectif⁵⁵⁸. Selon le tribunal fédéral suisse, doivent être rejetées les accusations qui ne reposent que sur le seul sentiment subjectif d'une partie et non sur des faits concrets propres à justifier objectivement et raisonnablement la méfiance chez une personne réagissant normalement⁵⁵⁹. Les professeurs FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN affirment qu'en pratique, ce sont surtout deux séries de circonstances qui sont invoquées à l'appui des demandes de révocation d'arbitre pour impartialité.

En premier lieu, les demandes de révocation d'arbitre pour impartialité se fondent sur le fait que l'arbitre désigné ait déjà connu du litige ou d'un litige connexe dans un arbitrage antérieur. Il est alors reproché à l'arbitre de ne plus disposer de l'objectivité qui doit caractériser tout juge lorsqu'il est saisi d'un nouveau litige.

En second lieu, le soupçon de partialité est alimenté par une attitude antérieure de l'arbitre qu'une partie considère comme hostile à son égard, par exemple dans un débat d'ordre général, qui serait contraire aux intérêts de cette partie. Toutefois, pour être admis

⁵⁵⁴ CA Paris, 9 avril 1992, Sté ANNAHOLD BV et D. FRYDMAN c/ L'Oréal, deuxième décision, Revue française de l'Arbitrage 1996, p. 483.

⁵⁵⁵ Paris 1^{re} Ch. C., 2 juillet 1992, Société Raoul Duval c/ société MERKURIA SUCDEN, Rev. Fr. Arb., 1996.411, note Ph. FOUCHARD, p. 325.

⁵⁵⁶ Art. 7 al. 4 de l'A.U./D.A.

⁵⁵⁷ Art. 7 al. 2 de l'A.U./D.A. ; art. 4 al. 3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁵⁵⁸ FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1028, p. 582.

⁵⁵⁹ Cass. Civ. 11 mai 1992, Bull 151, 1992, p. 381.

comme cause de récusation, le demandeur doit prouver que les propos allégués sont de nature à démontrer une inimitié de l'arbitre à son égard ou qu'il révèle un préjudice défavorable à l'égard de ses thèses.

En matière internationale, la nationalité de l'arbitre peut contribuer à insinuer un doute dans l'esprit des parties. C'est pourquoi il est préconisé de prévoir que le troisième arbitre ou l'arbitre unique doit être d'une nationalité différente de celle des parties. C'est également la raison pour laquelle la doctrine rappelle que l'arbitre doit prendre une certaine distance vis-à-vis de sa culture juridique, politique et religieuse. Il doit ainsi dépasser ses seules traditions et faire preuve d'une ouverture intellectuelle à d'autres modes de pensée⁵⁶⁰.

B : Tous les arbitres sont-ils liés par l'obligation d'indépendance et d'impartialité ?

La question se pose de savoir si l'indépendance et l'impartialité sont requises de tous les arbitres de la même manière, ou s'il convient de distinguer parmi eux, par exemple le cas du président du tribunal arbitral de celui de l'arbitre unique. Cette question peut en susciter une autre, à savoir si l'indépendance et l'impartialité des arbitres désignés par les parties doivent être appréciées avec la même rigueur que celles des arbitres nommés par un juge ou un tiers.

Le droit positif communautaire a donné une réponse à ces questions d'une parfaite clarté. L'arbitre « doit être et demeurer indépendant des parties en cause »⁵⁶¹. Le règlement d'arbitrage de la C.C.I. contient des dispositions similaires puisqu'il prévoit que « tout arbitre doit être et demeurer indépendant des parties en cause »⁵⁶². Cette solution a également été retenue dans la plupart des textes en la matière. C'est le cas du Règlement du centre d'arbitrage du G.I.C.A.M., de celui de la C.A.C.I. et de celui du centre d'arbitrage de Dakar. En somme, ainsi que l'ont relevé certains auteurs, « aucune législation moderne n'atténue l'exigence d'indépendance et d'impartialité à l'égard de l'arbitre désigné par une partie »⁵⁶³.

⁵⁶⁰ FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1037, p. 588.

⁵⁶¹ Art. 4 al. 1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁵⁶² Art. 11 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I.

⁵⁶³ FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1048, p. 94.

C : Un fait survenu après la désignation de l'arbitre peut-il être considéré comme étant de nature à porter atteinte à son indépendance et à son impartialité ?

Là encore les textes communautaires ont apporté à cette question une réponse claire. L'arbitre « doit demeurer indépendant et impartial ». Ainsi, si au moment de sa désignation l'arbitre doit offrir toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité, celles-ci doivent perdurer tout au long de la mission arbitrale. Aussi, l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre se révèle être tout autant une exigence initiale qu'une exigence finale. Des dispositions similaires sont prévues dans nombre de règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage existant sur le continent africain.

La jurisprudence française s'est également prononcée en ce sens lorsqu'elle a admis comme cause de nullité de la sentence, le fait qu'un contrat de travail ait été conclu entre une partie et l'arbitre après sa sentence, au motif que la signature de ce contrat impliquait des relations antérieures secrètes entre l'arbitre et celui qui est devenu son employeur⁵⁶⁴.

Ainsi les arbitres doivent être les arbitres de toutes les parties quelle que soit la personne qui les a désignés et quelle que soit la façon dont ils ont été désignés.

Les contours du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre ayant été dessinés, il convient d'en étudier le fondement.

Paragraphe II : Le fondement du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre

Pourquoi faut-il admettre la nécessité pour l'arbitre d'être et de demeurer neutre au lieu de prendre acte des réalités en consacrant la distinction entre les arbitres partisans, qui peuvent manifester une attention spéciale pour les intérêts de la partie qui les a désignés⁵⁶⁵, et les autres arbitres que l'on pourrait qualifier de neutres ? Quelques arguments favorables ont été avancés en faveur de la thèse d'arbitre partie en vigueur dans l'American Arbitration. Ces arguments n'emportent pas la conviction par rapport aux arguments en faveur de la thèse de la neutralité et ce, tant du point de vue de l'efficacité (A) que du point de vue juridique (B).

⁵⁶⁴ C.A. Paris 9 Avril 1992 précité.

⁵⁶⁵ Le cas d'arbitre neutre.

A : Au plan de l'efficacité

Dans l'accomplissement de sa mission, l'arbitre doit d'abord chercher à concilier les parties. S'il n'y parvient pas avant le prononcé de la sentence, il doit au moins rendre une sentence qui puisse être acceptée par les parties. En effet, il est rare que la sentence mette fin aux relations entre les parties. Elle vise non pas seulement à apurer un contentieux, mais surtout à rétablir une confiance afin que la collaboration entre les parties puisse reprendre sur des bases nouvelles. Dans cette perspective, il apparaît que seul l'arbitre neutre peut parvenir, par sa mission, à un tel résultat.

B : Au plan juridique

La partialité et la dépendance de l'arbitre peuvent être sources de vice de consentement. En effet comme l'a jugé la Cour de cassation française « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, et elle est l'une des qualités essentielles des arbitres. L'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité, vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage. De plus, le fait que l'une des parties à un compromis d'arbitrage ait ignoré, avant la signature de celui-ci, que l'arbitre proposé par son cocontractant avait rédigé, antérieurement à sa désignation une consultation juridique favorable à la thèse de ce dernier, justifiait la décision des juges [...] d'annuler le compromis et la sentence arbitrale intervenue »⁵⁶⁶. La violation par l'arbitre de l'obligation d'indépendance et d'impartialité viole également le principe posé par l'Acte Uniforme dans la mesure où ce texte dispose que « les parties doivent être traitées sur un même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits »⁵⁶⁷. Enfin les droits de la défense sont également affectés par les liens qu'entretient l'arbitre avec l'autre partie⁵⁶⁸.

En conclusion, l'arbitre est tenu de respecter une certaine transparence dans sa mission d'arbitre pour donner un crédit à la future sentence arbitrale.

⁵⁶⁶ Cass. Fr. 13 Avril 1972, Rev. Fr. Arb. 1972, p. 235, note E. LOQUIN.

⁵⁶⁷ Art. 9 de l'A.U./D.A.

⁵⁶⁸ Cass. Fr. 13 mars 1981, Rev. Fr. Arb. 1983, p. 83, note B. MOREAU.

Section II : La transparence de l'arbitre dans l'accomplissement de sa mission

La transparence de l'arbitre tout au long de l'instance arbitrale est essentielle à l'aboutissement de sa mission de justice. C'est pourquoi il est important que cette transparence se manifeste dès l'acceptation de sa mission. En effet, dès cet instant, l'arbitre doit révéler tout fait qui nuirait à sa mission (Paragraphe I). Dès lors une question se pose, à savoir, quelle est la nature des faits qui doivent être révélés (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'obligation de révélation des arbitres

Les exigences d'indépendance et d'impartialité en droit Ohada de l'arbitrage génèrent, dans ce système, une obligation d'information à la charge des arbitres qui, à défaut, peut constituer un motif de récusation. Plusieurs lois et règlements d'arbitrage consacrent ce principe du devoir de révélation. L'Acte Uniforme le formule expressément comme suit : « Si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties, et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit »⁵⁶⁹. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dispose quant à lui qu' « avant sa nomination ou sa confirmation par la cour, l'arbitre pressenti auquel il a été donné connaissance des informations sur le litige figurant dans la demande d'arbitrage et, si elle est parvenue, dans la réponse à celle-ci, fait connaître par écrit au secrétaire général de la cour les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties »⁵⁷⁰.

Il résulte de ces textes que l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties et éventuellement la C.C.J.A. si l'arbitrage en question est conduit sous l'égide de cette cour. Cette obligation d'information est permanente. En effet, l'arbitre doit immédiatement faire connaître par écrit au secrétaire général de la cour et aux parties, les faits et circonstances de même nature qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la cour et la notification de la sentence finale⁵⁷¹.

Par ces dispositions, les textes communautaires donnent un caractère permanent à l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre. Dès lors, la survenance de toute circonstance

⁵⁶⁹ Art.7 al. 2 de l'A.U./D.A.

⁵⁷⁰ Art. 4.3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁵⁷¹ Art. 4 al. 1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

nouvelle susceptible de faire naître dans l'esprit des parties un doute sur son indépendance doit être portée à la connaissance des parties et du centre d'arbitrage. Il est normal que l'indépendance de l'arbitre soit exigée jusqu'à l'accomplissement total de sa mission de juge. Il faut en effet que le devoir de transparence dure tout au long de la procédure. Cette règle est inspirée de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.⁵⁷². Les règlements d'arbitrage de la C.C.I. et du C.I.R.D.I. contiennent également des dispositions similaires. Il est clair que l'obligation de révélation est acceptée par tous et devient, en droit de l'arbitrage, une notion universelle⁵⁷³.

L'assainissement de la fonction arbitrale⁵⁷⁴ consacré par les articles 6 et 7 de l'Acte Uniforme Ohada sur le droit de l'arbitrage est l'un des aspects les plus attractifs du système juridique et judiciaire de l'Ohada. En effet, la sanction de la violation des devoirs d'indépendance et d'impartialité des arbitres et d'autres règles éthiques dans les contentieux d'affaires réglés sous l'empire du droit de l'Ohada est une réalité strictement garantie par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada.

Du point de vue du droit et de la pratique de l'arbitrage international, l'obligation de révélation de tout élément fort susceptible de susciter la récusation d'un arbitre est un autre principe qui est considéré comme un corollaire fondamental du régime de la récusation. Même si certaines législations n'estiment pas nécessaire de faire figurer l'obligation de révélation dans le corpus des textes de loi sur l'arbitrage international, force est de constater que ce principe est, dans la pratique, du fait même de l'existence du contrat d'arbitre, un principe clé qui ne saurait se défier de toute légitimité. Il convient tout de même de préciser que l'appréciation des éléments matériels fournis par l'arbitre à l'appui de son devoir d'information, doit pouvoir se faire, selon la jurisprudence française, « au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence raisonnablement prévisible sur le jugement de l'arbitre »⁵⁷⁵. Il va s'en dire que cette appréciation des éléments fournis par l'arbitre doit pouvoir se faire objectivement par les parties sur la base de son impact plausible sur l'issue du procès arbitral.

En cas de non rejet des motifs évoqués par l'arbitre, un consensus, matérialisé par une preuve écrite, doit être trouvé par les parties sur la continuation de la mission de l'arbitre. C'est tout le sens que donne l'Acte Uniforme lorsqu'il prévoit que l'arbitre « ne peut accepter

⁵⁷² Art. 12 §A de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

⁵⁷³ C'est nous qui le constatons.

⁵⁷⁴ Pour nous, les obligations d'indépendance et d'impartialité en constituent les éléments essentiels.

⁵⁷⁵ M. HENRY, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », Paris, L.G.D.J. 2001, pp. 230-243 ; Paris 1^{er} Ch. Civ. 20 Nov. 1997, Rev. fr. Arb., 1999, pp 329-332.

sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit »⁵⁷⁶. L'exigence d'un écrit dans ce cas n'est pas fortuite. Comme le soulignent certains auteurs, elle « est sans doute une sage précaution, qui évitera des tentatives de récusation à des fins purement dilatoires, mais qui pourra, à l'inverse, être une source de blocage, si une des parties refuse de donner son accord »⁵⁷⁷. Somme toute, la finalité du principe est, d'une part, de permettre aux parties d'exercer leur droit de récusation en toute connaissance de cause et, d'autre part, d'empêcher toute contestation à un stade ultérieur de la procédure, si les parties n'exercent pas leur droit ou le font sans succès.

En droit comparé de l'arbitrage, cette exigence consacrée par le législateur communautaire connaît un regain de vitalité et d'intérêt⁵⁷⁸. Cette volonté du législateur Ohada d'assainir la fonction de l'arbitre a été légitimée par l'article 12 alinéa 1 du Règlement C.N.U.D.C.I. dans sa version révisée en 2010. De plus, dans un attendu pédagogiquement bien ciselé, la Cour de cassation française rappelle, dans son arrêt du 1^{er} février 2012, que l'arbitre doit⁵⁷⁹, « avant d'accepter sa mission, révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer, à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation »⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Art. 7 al. 2 *in fine* de l' A.U. / D.A.

⁵⁷⁷ Ph. LÉBOULANGER, « Présentation générale des actes sur l'arbitrage », dans « l'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 75.

⁵⁷⁸ En droit français, Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, 2 arrêts, D. 2010. Pan. 2933, obs. CLAY; *ibid.* Actu. 2589, obs. X. DELPECH; JCP 2010. 1286, obs. SERAGLINI; *ibid.* 1306, obs. Le BARS et JUVENAL; LPA 21 févr. 2011, p. 17, note HENRY ; Dr. et proc. 2011. 17, note ASFAR CAZENAVE ; RJ com. 2011. 80, note MOREAU ; Égal. dans l'affaire TECNIMONT, Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, D. 2010. Pan. 2933, obs. T. CLAY ; LPA 2011, n° 36, p. 17 note HENRY et, sur renvoi, Reims, 2 nov. 2011, RG 10/02888, Cah. Arbitrage 2011. 1109, note T. CLAY ; également les Lignes directrices de l'I.B.A. sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, approuvées le 22 mai 2004 par le Conseil de l'International Bar Association.

⁵⁷⁹ C'est donc une obligation et non une faculté.

⁵⁸⁰ Paris, Cass. 1^{er} Ch. Civ. 1^{er} fév. 2012. En l'espèce, la société Gascogne PAPER avait confié à la Société d'experts en tarification de l'énergie (SETE) une mission portant sur ses relations avec la société Électricité de France (E.D.F.). Un litige étant né à l'occasion de cette mission, un tribunal arbitral a été saisi en application de la clause compromissoire inscrite au contrat. Or, le président du tribunal arbitral avait été, par le passé, appelé à défendre les intérêts de la société E.D.F. dans diverses instances judiciaires, point sur lequel l'intéressé avait choisi de garder le silence. La SETE ignorait cette information lors du déclenchement de la procédure d'arbitrage. La question soumise à la Cour de cassation était de savoir quelle est l'étendue exacte des obligations des arbitres d'informer les parties de circonstances susceptibles d'affecter leur impartialité ou leur indépendance. La Cour de cassation, dans sa décision du 1^{er} février 2012, censurant la cour d'appel de Bordeaux, retient qu'il appartient « à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer, à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation ». La Cour de cassation, depuis une série d'arrêts de la première chambre civile du 20 octobre 2010, fait peser sur les arbitres une obligation de révélation des conflits d'intérêts éventuels, afin que les parties ne donnent leur accord quant au choix de l'arbitre qu'en parfaite connaissance de cause. Ainsi, les arbitres n'ont pas seulement pour obligation d'affirmer leur indépendance, ils doivent également faire preuve d'initiative, rechercher tout ce qui serait susceptible d'influencer leur jugement et le révéler aux parties. En se prononçant ainsi, la Cour de cassation ne fait que se conformer aux exigences de l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile, lequel dispose qu'« il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute

Ainsi, pour ne prendre que cette illustration, nous pouvons citer un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris⁵⁸¹ faisant droit à la demande du Cameroun de voir une sentence intermédiaire rendue par un tribunal arbitral également conflictée annulée parce que, postérieurement à la sentence intermédiaire, il a été révélé que des liens préexistaient entre un arbitre et le conseil d'une partie. Cette affaire mérite d'être plus avant présentée et analysée.

L'arbitrage, qu'il soit d'investissement ou commercial, est incontestablement le mode normal de règlement des différends internationaux. L'accord sur les termes de la clause arbitrale est même devenu le préalable à toute relation d'affaires entre deux entreprises de nationalité différente ou entre une entreprise et une personne publique étrangère. La relation d'affaires entre l'État du Cameroun et la SPRL de droit belge PROJET PILOTE GAROUBE n'a pas dérogé à cette règle bien établie. Si cette affaire mérite d'être portée à l'attention de la communauté des juristes de l'Ohada, c'est qu'elle a permis au juge de contrôler la régularité de la sentence et, une fois de plus, de pointer du doigt un fléau qui mine actuellement l'arbitrage : le conflit d'intérêts entre l'arbitre et l'une des parties, ou son conseil.

En effet, le point de droit qu'a tranché la Cour d'appel de Paris dans cette affaire opposant l'État du Cameroun à une entreprise de droit belge s'inscrit dans la problématique ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation française en date du 10 octobre 2012. Bien qu'il soit admis de longue date que « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre [...] sont de l'essence même de la fonction arbitrale »⁵⁸², la pratique arbitrale continue d'offrir des exemples désolants de conflit d'intérêts, voire de collusion manifeste entre une partie et l'arbitre ou un membre du tribunal arbitral.

Dans le cas d'espèce, le 13 novembre 2007, GAROUBE (demandeur à l'arbitrage), invoquant la résiliation abusive de la convention d'affermage et les entraves mises par le Cameroun à l'évaluation de son fonds de commerce et de ses actifs, a introduit auprès de la Chambre de commerce internationale une demande d'arbitrage fondée sur la clause compromissoire stipulée par le contrat du 14 novembre 2001. Par une sentence partielle rendue à Paris le 16 février 2010, le tribunal arbitral composé de MM. ESTOUP et SOMMELET, arbitres, et de M. PONCET, Président, a constaté l'existence d'une clause compromissoire liant les parties, retenu sa compétence et, à la majorité, condamné le

circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ». Ainsi, la SETE ignorant au début de l'instance les liens existant entre le président du tribunal arbitral et E.D.F., il appartenait au président de les révéler. Par cet arrêt du 1^{er} février 2012, la Cour de cassation insiste sur cet élément essentiel à l'autorité de la procédure d'arbitrage.

⁵⁸¹ CA Paris, 21 février 2012, RG : 10/06953.

⁵⁸² Civ. Ire, 16 mars 1999, D. 1999. Jur. 497, note P. COURBE.

Cameroun à payer à GAROUBE la somme de 157990,13 euros au titre des frais exposés à ce stade de la procédure, outre les intérêts. L'État du Cameroun a formé un recours contre cette sentence le 26 mars 2010 en faisant valoir que le tribunal a été irrégulièrement constitué et que la sentence est contraire à l'ordre public international. Au titre du moyen tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, le Cameroun allègue le défaut d'indépendance et d'impartialité de M. ESTOUP, arbitre désigné par GAROUBE. Ce qui est intéressant dans cette affaire, qui n'a pas fait grand bruit dans le milieu de l'arbitrage, est que les faits invoqués à l'appui de l'allégation de partialité, à savoir, la constitution de Me LANTOURNE comme avocat de GAROUBE en mai 2011 (soit après la sentence intermédiaire) et un courrier de M. ESTOUP du 24 août 2010 ont permis d'établir la partialité de ce dernier et ont été accueillis par le juge comme causes d'annulation de la sentence partielle. Par un considérant bien ciselé, le juge de la régularité de la sentence précise « que si tout grief invoqué à l'encontre d'une sentence au titre de l'article 1502 2° du Code de procédure civile doit, pour être recevable devant le juge de l'annulation, avoir été soulevé, chaque fois que cela est possible, au cours de la procédure d'arbitrage, l'ignorance d'une cause de récusation pendant cette procédure ne saurait avoir pour effet de priver une partie de la faculté de l'invoquer ultérieurement devant le juge de la régularité de la sentence auquel appartient le contrôle de l'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres, nonobstant les règles procédurales de récusation fixées, le cas échéant, par le règlement d'arbitrage ». En effet, à la suite de la décision de GAROUBE de se faire assister d'un nouveau conseil, Me Maurice LANTOURNE, et de la déclaration d'indépendance complémentaire souscrite à cette occasion par M. ESTOUP le 25 mai 2011, la Cour internationale d'arbitrage a, par une décision non motivée en date du 28 juillet 2011, accueilli la demande de récusation de M. ESTOUP présentée par le Cameroun. C'est cette circonstance que la Cour d'appel de Paris a retenue pour annuler la sentence intermédiaire rendue le 16 février 2010. La Cour a en effet retenu que le parti pris dont témoigne le courrier de M. ESTOUP du 2 août 2010 et l'empressement de GAROUBE à favoriser les intérêts matériels de l'arbitre qu'elle avait choisi sont de nature à faire naître dans l'esprit du Cameroun un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de ce dernier, peu important, à cet égard, le sentiment exprimé par le président relativement à l'impartialité des deux autres membres du tribunal arbitral.

Le juge de la régularité de la sentence arbitrale a surtout retenu, ce qui est très important dans le cas d'espèce, « que si la lettre de M. ESTOUP du 2 août 2010 et celle de GAROUBE du 6 septembre 2010 sont postérieures à la sentence attaquée, elles sont révélatrices de liens préexistants qui justifient qu'elles soient prises en considération pour

l'appréciation de la validité de cette sentence; considérant, enfin, que la procédure ayant été engagée devant une formation de trois arbitres, celui dont la partialité est suspectée a pu exercer son influence tant sur les conditions de déroulement de l'instance que sur l'opinion de ses collègues au cours du délibéré ; qu'il s'ensuit que le moyen tiré de ce que l'efficacité juridique de la sentence n'est pas subordonnée à l'accord de tous les arbitres et qu'elle pourrait résulter de la seule signature du président est inopérant ».

En annulant une sentence arbitrale sur le fondement d'une cause de récusation survenue postérieurement au prononcé de la sentence intermédiaire, la Cour d'appel de Paris, dont la jurisprudence jouit d'une forte autorité en droit de l'arbitrage, érige ainsi l'exigence d'impartialité objective de l'arbitre en un véritable droit fondamental qui garantit les parties même après l'expiration du délai de recours ouvert contre la sentence.

Notons au passage que l'arbitre et l'avocat mis en cause dans le cas d'espèce l'ont également été dans le très médiatisé arbitrage TAPIE. Le conflit d'intérêts qui a été sanctionné par la Cour d'appel de Paris dans le cadre de cette procédure avait déjà été soulevé à leur sujet à l'époque par les parlementaires français. Nous ne sommes pas loin du courant d'affaires entre arbitre et conseil que sanctionne vigoureusement la Cour de cassation française.

Espérons que cette jurisprudence contribue à moraliser la pratique arbitrale dans l'espace Ohada et dans le contexte international. La décision de la Cour d'appel de Paris qui donne raison au Cameroun, contribue ainsi à réaffirmer un principe fondamental à la base de l'arbitrage international, celui de l'obligation très stricte des arbitres et de leurs cabinets d'avocats, lorsqu'ils sont associés de ces cabinets, de révélation de tout conflit d'intérêts susceptible de créer un doute sur la totale impartialité et indépendance de l'arbitre.

Il est satisfaisant que la tendance jurisprudentielle actuelle est l'annulation systématique de toute sentence arbitrale rendue par des arbitres conflictés n'ayant pas révélé les conflits d'intérêts les affectant, ou affectant les cabinets d'avocats dont ils sont associés. Cette jurisprudence est salvatrice pour la crédibilité et la pérennité de l'arbitrage international, qui est en Afrique une composante essentielle de l'Ohada et de l'état de droit économique indispensable à l'attractivité des investissements.

Si l'obligation d'information est manifeste et si l'abstention de l'arbitre est largement sanctionnée, cela soulève une question essentielle : quelle est la nature des faits qui doivent être révélés par l'arbitre ?

Paragraphe II : La nature des faits devant être révélés par l'arbitre

L'Acte Uniforme utilise, de manière assez peu heureuse, l'expression de « cause de récusation »⁵⁸³ pour circonscrire l'obligation d'information des arbitres. Est-ce à dire que l'arbitre n'est tenu de révéler que les faits qui, pour un juge, seraient de nature à entraîner sa récusation ? En d'autres termes, le statut de l'arbitre serait-il, sur ce point, calqué sur celui des juges ? La réponse à cette question doit être négative.

La récusation doit être ici entendue dans un sens général et non dans le sens technique qui lui est attribué pour les juges par les codes de procédure civile. La législation uniforme ne renvoie donc pas sur ce point aux codes de procédure civile des Etats membres Ohada. Il convient de retenir à propos de cette disposition que les arbitres ne sont pas assimilables aux magistrats. Par conséquent, rien ne justifie que les causes de récusation des arbitres soient calquées sur celles des magistrats⁵⁸⁴.

La législation française va dans ce sens. Ainsi dans un arrêt remarqué du 1^{er} février 2012, la Cour de cassation française a renforcé l'obligation faite à l'arbitre de révéler aux parties tout élément pouvant affecter son impartialité et son indépendance. Il convient, du fait de l'utilisation du terme d'indépendance, d'écarter toute restriction qu'impliquerait la notion de récusation telle qu'appliquée aux juges étatiques. Les arbitres doivent donc révéler tout fait de nature à pouvoir susciter un doute raisonnable dans l'esprit des parties quant à leur indépendance ou leur impartialité. Ils ne sont cependant pas tenus de révéler une situation notoirement connue. Une circonstance ne doit en effet être révélée que pour autant qu'elle est ignorée⁵⁸⁵.

Dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., l'arbitre doit révéler « les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties »⁵⁸⁶. Cette formulation évite la référence malencontreuse aux « cause de récusation ».

En ce qui concerne la durée de l'exigence d'information des arbitres, en ce qui concerne leur impartialité ou leur indépendance, celle-ci pèse sur les arbitres tout au long de la procédure arbitrale. Une telle obligation de transparence est un élément essentiel de la mise en œuvre concrète des obligations légales d'indépendance et d'impartialité. Il va de soi

⁵⁸³ Art. 7 de l'A.U/D.A.

⁵⁸⁴ M. HENRY, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *op. cit.*, p. 218.

⁵⁸⁵ M. HENRY, « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », *op. cit.*, pp. 220 et s.

⁵⁸⁶ Art. 4.1, al. 3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

qu'elle ne saurait raisonnablement être limitée à la phase préalable de constitution du tribunal arbitral.

Les exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres, accompagnées de l'obligation d'information, constituent des obligations incontournables que les arbitres doivent observer sans ambiguïté afin de sécuriser l'arbitrage. L'inobservation de ces règles les confronte à des sanctions que nous étudierons dans le prochain chapitre.

Parce qu'ils sont sujets à des sanctions, les arbitres bénéficient également de protection dans l'exercice de leurs fonctions.

Section III : La protection de l'arbitre dans l'exercice de ses fonctions

L'arbitre qui accomplit une mission juridictionnelle doit bénéficier d'une protection à l'instar de celle accordée aux juges étatiques. Cette protection doit par exemple empêcher qu'il ne puisse être révoqué à la légère. Cette protection doit également le mettre à l'abri de toute action susceptible d'intervenir après le prononcé de sa sentence. Elle est la condition *sine qua non* de la sérénité qui convient à un juge. En effet, il ne faut pas que l'arbitre qui assume consciencieusement sa mission juridictionnelle ait peur d'un « harcèlement contentieux » de la part des plaideurs mécontents de sa prestation.

Conscients de ces dangers, les textes communautaires protègent expressément l'arbitre notamment en lui accordant les immunités diplomatiques (Paragraphe I) et d'autres formes de protections (Paragraphe II).

Paragraphe I : La protection de l'arbitre par les immunités diplomatiques

Aux termes des dispositions du Traité Ohada : « Les fonctionnaires et employés du Secrétariat Permanent, de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ainsi que les juges de la Cour et les arbitres désignés par cette dernière jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques. Les juges ne peuvent en outre être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour »⁵⁸⁷. Ce texte confère donc l'immunité diplomatique aux arbitres désignés par la Cour, c'est-à-dire ceux dont la

⁵⁸⁷ Art. 49 du Traité Ohada.

nomination est faite ou confirmée par la C.C.J.A.⁵⁸⁸, au même titre que les fonctionnaires de l'Ohada et les juges de la C.C.J.A.

Cependant, si l'immunité diplomatique reconnue aux juges de la C.C.J.A. peut se comprendre parce qu'ils sont des fonctionnaires internationaux, il en va différemment des arbitres nommés ou confirmés par la C.C.J.A. qui sont des personnes privées investies par les parties d'une mission déterminée. En effet, ces arbitres doivent répondre des manquements particulièrement graves à la mission qui leur est confiée, notamment de la dissimulation de faits ou circonstances qui pourraient faire douter de leur indépendance ou de leur impartialité ou de la commission d'un dol, d'une fraude ou d'une faute lourde. C'est la raison pour laquelle l'immunité diplomatique des arbitres est considérée par certains comme « choquante et incompatible avec l'exigence de justice à laquelle l'arbitrage doit répondre ». Par voie de conséquence, plusieurs auteurs demandent la suppression pure et simple de l'immunité diplomatique des arbitres qu'ils considèrent comme un inconvénient potentiel à l'objectif de forum arbitral international fixé par la Cour.

En revanche, d'autres auteurs, considèrent cette extension de l'immunité diplomatique des fonctionnaires de l'Ohada aux arbitres comme une innovation majeure positive puisqu'allant au-delà du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. qui ne prévoit qu'une exclusion de responsabilité⁵⁸⁹. Ce courant demande même que cette immunité soit étendue à tous les arbitres de l'espace Ohada et ne soit pas limitée aux seuls arbitres exerçant dans l'arbitrage C.C.J.A.

Soulignons que la C.C.J.A., dans sa fonction de centre d'arbitrage, bénéficie également de l'immunité diplomatique et, sauf renonciation de sa part prévue par l'article 48 du Traité, sa responsabilité en sa qualité de centre d'arbitrage ne peut être engagée. Cela risque de détourner les candidats à l'arbitrage C.C.J.A., car le centre d'arbitrage, sauf renonciation de ses privilèges, sera irresponsable notamment s'il commet une faute dans le choix des arbitres ou une négligence dans l'exercice de ses pouvoirs de surveillance de l'instance arbitrale.

⁵⁸⁸ Contrairement à ce qu'affirment d'aucuns qui croient que la désignation des arbitres par la C.C.J.A. au sens de l'article 49 signifie seulement la nomination faite par la cour, à l'exclusion des cas de confirmation par la Cour des choix faits par les parties.

⁵⁸⁹ Art. 34 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I.

Paragraphe II : Les autres protections de l'arbitre

Il s'agira ici d'évoquer principalement la protection des droits moraux de l'arbitre. La sévérité des conditions posées pour la récusation constitue déjà une protection efficace de l'arbitre. Il faut cependant aller au-delà pour plus d'efficacité. C'est pourquoi la loi communautaire dispose que l'arbitre nommé ou confirmé doit pouvoir poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci⁵⁹⁰.

Ce principe signifie que l'arbitre ne peut être le jouet des caprices d'une seule partie et notamment qu'il ne peut pas être révoqué unilatéralement par la partie qui l'a désigné. Il s'agit là d'une règle essentielle pour la sauvegarde de l'autorité et de l'indépendance de l'arbitre à l'égard des parties, comme l'ont judicieusement observé certains auteurs⁵⁹¹. Certes, si toutes les parties sont d'accord pour mettre fin à l'arbitrage, l'arbitre ne peut pas s'y opposer. Cette possibilité de révocation d'accord entre les parties est fondée exclusivement sur le caractère contractuel de l'arbitrage. Elle n'est d'ailleurs pas propre à ce mode de règlement des conflits⁵⁹².

Néanmoins, ce principe ne signifie pas que l'arbitre ne peut, en aucun cas, pas être remplacé. La loi prévoit expressément qu'il peut être remplacé mais seulement « après avoir été mis en mesure de présenter ses observations par écrit »⁵⁹³. Les droits de la défense ayant été respectés, une telle révocation apparaîtra plutôt comme la sanction normale d'une défaillance contractuelle. Par contre si l'arbitre remplit loyalement sa mission de transparence, sa personne et ses fonctions ne pourront pas être mises en cause. L'obligation de laisser l'arbitre poursuivre sa mission jusqu'au bout et de ne le révoquer qu'après qu'il ait été mis en mesure de présenter ses observations par écrit s'impose également au centre d'arbitrage qui a désigné l'arbitre. La confidentialité de l'arbitrage, qui est d'abord pour l'arbitre une obligation, est aussi pour lui une source de protection, en particulier lorsque la sentence est rendue en collégialité. Cette confidentialité peut être invoquée à l'égard des parties, du centre d'arbitrage et des tiers. Il en est de même du secret dû au délibéré.

⁵⁹⁰ Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. Fr. Arb.* 1999 n° 3, pp. 577 et s.

⁵⁹¹ FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *op. cit.*, p. 642.

⁵⁹² Même le juge étatique doit radier l'affaire de son rôle dès que toutes les parties au litige sont d'accord.

⁵⁹³ Art. 4.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Conclusion du chapitre I

Face à l'absence d'une solution universelle à certaines dérives constatées dans la mise en œuvre de l'obligation de révélation des causes de conflit d'intérêts dans la pratique de l'arbitrage, la question de l'exigence de l'apparence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre est devenue une préoccupation majeure. Cette apparence de justice, condition fondamentale de la crédibilité de la justice, devient malheureusement de plus en plus problématique dans la pratique de l'arbitrage et cela mine la confiance des acteurs économiques dans ce mode de règlement de litige. Le bénéfice de la confiance des parties est une question centrale dans la mission de l'arbitre.

La clef de voûte de l'arbitrage, la confiance que le tribunal arbitral doit inspirer aux parties, exige en effet une indépendance absolue et une impartialité irréprochable des arbitres et des centres d'arbitrage. La seule suspicion d'un conflit d'intérêts mine les socles de cette confiance. La nature contractuelle de l'arbitrage n'impose-t-elle pas aux arbitres d'être désignés dans une transparence totale ? Et tout conflit d'intérêts non révélé ne doit-il pas être sanctionné sans complaisance par les centres d'arbitrage, quelle que soit la notoriété de l'arbitre ou de son cabinet d'avocats ?

Les juges sanctionnent de plus en plus sévèrement le défaut d'information des arbitres, élément permettant peut-être d'espérer une moralisation des arbitres, sinon spontanée, du moins impulsée par les juges.

En tous cas, en réglant ces questions d'indépendance et d'impartialité, l'arbitre gagnerait plus de crédibilité.

Cependant, ces exigences ne suffisent pas, à elles seules, à renforcer la sécurité dans l'arbitrage en Afrique, il faudrait que le système arbitral en Afrique renforce ses moyens de lutte contre les tactiques dilatoires des arbitres et des parties.

Chapitre II : La lutte contre les actes dolosifs dans l'arbitrage

Toutes les règles ou presque qui gouvernent la procédure arbitrale sont susceptibles de faire l'objet de détournements ou d'abus de la part de plaideurs peu soucieux de voir aboutir l'arbitrage. La dénonciation, désormais classique, de ces abus ne doit pas conduire à penser que ces règles, qui traduisent généralement des principes fondamentaux de bonne justice tels que l'égalité des parties ou le respect du contradictoire par exemple, doivent pour autant être méconnues ou supprimées. En revanche, ces détournements et abus conduisent à s'interroger sur la manière dont chaque législation résout la tension constante existant entre les valeurs que ces règles sont destinées à sauvegarder et le souci, non moins légitime, de permettre à l'arbitrage de se dérouler dans des conditions satisfaisantes.

Dans cette recherche de conciliation d'impératifs contraires, le compromis le plus difficile à trouver et celui sur lequel les diverses législations nationales sur l'arbitrage offrent aujourd'hui l'éventail de solutions le plus large, est sans doute celui qui doit exister entre la nécessaire autonomie de la procédure arbitrale et l'intervention parfois indispensable des juridictions étatiques à divers stades du déroulement de l'arbitrage. L'absence *d'imperium* de l'arbitre et la nécessité, ressentie par la plupart des droits, de sanctionner les dysfonctionnements les plus graves de l'arbitrage justifient que le juge étatique exerce sur l'arbitrage non seulement un rôle d'assistance mais aussi un rôle de tutelle, sans pour autant que cela doive nécessairement constituer une incitation à recourir systématiquement au juge étatique pour tenter de retarder ou de paralyser l'arbitrage.

Par ailleurs, les comportements dilatoires des parties sont aujourd'hui souvent prolongés par des comportements analogues de la part de certains arbitres désignés par les parties. Se considérant à tort comme les auxiliaires de celles-ci plutôt que comme des juges indépendants, certains arbitres croient bon d'utiliser diverses tactiques pour retarder ou interrompre l'instance ou pour empêcher le prononcé d'une sentence régulière dans l'intérêt des parties qui les ont désignés.

Telles sont sans doute les raisons pour lesquelles, dans cette partie de notre étude, nous nous attacherons à analyser ce que constituent les pratiques dilatoires des parties (Section I) et

les fraudes par lesquelles les arbitres eux-mêmes s'efforcent de faire obstacle au bon déroulement de l'instance arbitrale (Section II).

Section I : Les tactiques dilatoires des parties

Les raisons invoquées par les parties pour recourir aux juridictions étatiques pour tenter d'interrompre l'arbitrage sont diverses. La partie défenderesse qui, pour des raisons qui lui sont propres, souhaite ralentir, voire faire échouer, une procédure d'arbitrage dispose, malgré les dispositions claires dans l'arsenal arbitral africain, de nombreux moyens. Certains défendeurs n'hésitent pas jusqu'alors à utiliser des tactiques dilatoires diverses pour ralentir la procédure, voire décourager le demandeur dans son action. De telles tactiques peuvent consister par exemple à ne pas répondre dans les délais à la demande d'arbitrage, à ne pas désigner son arbitre, à refuser de payer sa part de l'avance sur frais d'arbitrage, à ne pas coopérer dans l'établissement de l'acte de mission, ou encore à refuser de le signer. La première étape dans laquelle les parties peuvent tenter d'ébranler le fondement de l'arbitrage est la contestation de la validité de la convention d'arbitrage. En effet, il est de notoriété publique que les parties désireuses de fuir l'arbitrage commencent toujours par contester l'existence, la validité ou l'efficacité d'une convention d'arbitrage. Ceci est d'autant plus vrai dans les législations dans lesquelles le principe de compétence-compétence n'est pas ou est faiblement consacré.

Il convient tout d'abord de relever, pour l'exclure du champ de l'étude, la manœuvre selon laquelle malgré la convention d'arbitrage l'une des parties saisit le juge étatique sans que l'autre ne relève l'incompétence de celui-ci. Il faut considérer ici que les parties ont tout simplement renoncé à la convention d'arbitrage. Dans ce cas, c'est à bon droit que le juge étatique statue. Une fois cette situation exclue, il convient d'identifier les tactiques dilatoires des parties (Paragraphe I). Il nous reviendra par la suite de tenter d'élaborer une solution pour restaurer la priorité à l'arbitrage (Paragraphe II). Le refus de constituer le tribunal arbitral étant une manœuvre dilatoire/une difficulté en partie résolue en droit Ohada, il ne fera pas l'objet d'étude dans cette partie. Par contre, l'action en récusation, qui peut être une arme redoutable entre les mains des parties malintentionnées pour désorienter l'arbitrage, fera l'objet d'un développement (Paragraphe III).

Paragraphe I : L'identification des tactiques dilatoires des parties

Les manœuvres dilatoires des parties visant à bloquer, à ébranler ou à fuir l'arbitrage sont nombreuses. Ces tactiques peuvent être utilisées par les parties en début d'instance arbitrale tout comme en cours d'instance arbitrale. En début d'instance, les comportements dilatoires des parties peuvent se présenter sous forme d'incidents à l'occasion de la constitution du tribunal arbitral. Une partie peut ainsi refuser de désigner un arbitre ou de constituer le tribunal arbitral, comme elle peut demander la récusation d'un arbitre ou sa révocation pour des motifs fantaisistes afin de retarder les échéances ou ébranler le bon fonctionnement de l'instance.

En cours d'instance arbitrale, les tactiques dilatoires des parties pourraient consister à tenter de déjouer l'issue de l'arbitrage. Tous les recours intentés en cours d'instance, devant le juge du siège ou celui conformément au droit duquel se déroule l'arbitrage, ne relèvent certes pas toujours de considérations dilatoires. Les recours pouvant avoir cette finalité sont ceux qui suspendent automatiquement les délais ou le cours de l'instance. Une partie peut profiter d'une conception restrictive des pouvoirs de l'arbitre pour invoquer une question préjudicielle ou sortant de la compétence du tribunal arbitral, notamment une inscription en faux ou un incident délictuel, dans le dessein d'obtenir un sursis à statuer afin que l'arbitre invite cette partie à s'adresser au tribunal judiciaire compétent. La procédure et les délais seront ainsi suspendus jusqu'à ce que la question soit tranchée de manière définitive.

La partie de mauvaise foi peut tenter devant les juridictions étatiques des recours arbitraires contre les décisions rendues par les arbitres en cours d'instance. Cependant, la première manœuvre que les parties utilisent pour affecter l'action en arbitrage, est la tactique visant à rendre inefficace la convention d'arbitrage. Les manœuvres des parties aboutissant à rendre la convention d'arbitrage inefficace peuvent être de plusieurs ordres. Il existe les hypothèses où l'une des parties saisit le juge étatique alors que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi : soit elle saisit la juridiction étatique au lieu de saisir l'arbitre, soit, avant même tout litige, elle saisit le juge étatique en raison de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage. Dans ce cas on va estimer que la saisine du juge étatique permet de faire l'économie d'une procédure arbitrale qui serait vouée à l'échec.

Les manœuvres portant davantage à conséquence sont les suivantes : en dépit de l'existence de la convention d'arbitrage, ou même en dépit du fait que le tribunal arbitral soit

déjà saisi, l'une des parties saisit le juge étatique qui va statuer alors même que l'une des parties au litige a soulevé une exception d'incompétence. Il est également possible d'envisager que deux procédures, judiciaire et arbitrale, se poursuivent concomitamment.

L'existence de ces manœuvres donne lieu à s'interroger sur différents points, notamment sur la question de savoir quelle efficacité pourrait être attribuée à une décision judiciaire rendue en dépit d'une telle exception d'incompétence. Cette interrogation entraîne plusieurs autres dont celle de savoir si une éventuelle demande d'exequatur de la décision étatique pourrait prospérer. La sentence arbitrale n'ayant pas la force exécutoire, dans l'hypothèse où elle contredirait la décision du juge étatique, le juge compétent dans l'Etat concerné ne pourrait-il pas refuser d'exequaturer la sentence ? Ce juge pourrait en effet considérer qu'en ne respectant pas la convention d'arbitrage le juge qui a statué a violé une règle d'ordre public international des Etats parties⁵⁹⁴. Certains Etats parties à l'Ohada ont légiféré pour régler ces questions⁵⁹⁵.

A notre sens, la solution idoine pour contrer ces manœuvres devrait être celle consistant à établir une fois pour toute quelle devrait être la priorité entre l'arbitre et le juge. En effet, en raison de l'exigence de liberté et de sécurité que nous prônons dans cette étude, il est important de limiter l'action des juridictions étatiques au contrôle de la convention d'arbitrage. Ainsi, on contribuerait à élargir l'autorité de l'arbitre, et donc de l'arbitrage, de manière à l'affranchir tant du droit que des juridictions étatiques.

⁵⁹⁴ Art.31, al.3 de l'A.U./D.A.

⁵⁹⁵ Par exemple au Cameroun, dans le cas où le juge étatique se déclare compétent en dépit de l'existence de la convention d'arbitrage, la partie qui allègue de l'incompétence de la juridiction étatique peut faire appel de cette décision. Sur ce point, deux tendances s'opposent. Se fondant sur l'article 199 *in fine* du Code de procédure civile et commerciale, la première tendance considère que la décision sur la compétence étant une décision avant-dire droit, le justiciable sera obligé d'attendre la fin du procès pour faire appel sur la question de la compétence et sur le fond. Cette solution présente l'inconvénient de la lenteur. Il n'est pas utile de revenir ici sur les lenteurs tant décriées des procédures judiciaires.

La seconde tendance quant à elle se fonde sur l'article 201 du Code de procédure civile et commerciale. Elle consiste à laisser la Cour d'appel se prononcer immédiatement sur la compétence de la juridiction étatique. Ce qui revient à considérer que le juge saisi devrait surseoir à statuer jusqu'à la décision d'appel. Mais à notre sens, il s'agit d'une mauvaise interprétation de cette disposition. Celle-ci porte en effet sur les conditions de recevabilité de l'appel. Mais s'agissant de la question de l'efficacité de la décision ainsi rendue, la question qui se pose est celle de savoir si l'on peut s'opposer à la reconnaissance de la décision étatique ayant méconnu la convention d'arbitrage.

Paragraphe II : La restauration de la priorité entre l'arbitre et le juge

En toute logique, la priorité doit être donnée à l'arbitrage lorsque la procédure arbitrale a été introduite avant la procédure judiciaire. Qu'en est-il alors dans cas où la juridiction étatique est saisie avant le tribunal arbitral ? Il semblerait que dans ce cas, la priorité de l'arbitre devienne relative puisque le juge n'est autorisé à se livrer qu'à un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage. Le risque de décisions contradictoires serait également important notamment si le juge saisi de l'exception d'arbitrage et le juge du siège de l'arbitrage ne relèvent pas tous les deux du même Etat ou au moins de l'espace Ohada. La juridiction étatique saisie en fonction des règles ordinaires de compétence pourrait alors appliquer son propre droit tandis que le juge du siège appliquerait la loi choisie par les parties ou la loi du siège de l'arbitrage.

L'effet négatif du principe de compétence-compétence interdit à la juridiction étatique saisie d'un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage de statuer sur sa propre compétence avant que l'arbitre ne se soit lui-même prononcé sur l'existence, la validité et la portée de cette convention, ce qui confère à l'arbitre une priorité consacrée par l'article 13 de l'Acte Uniforme. Une telle priorité est sans équivoque lorsque le juge est saisi alors que le litige est déjà pendant devant l'arbitre. En effet, « lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente ». Il s'agit ici d'une application de la priorité chronologique consacrée par l'exception de litispendance⁵⁹⁶. Il aurait toutefois été souhaitable d'adopter une solution identique à celle prévue par la Convention européenne de 1961 qui énonce que le juge saisi ultérieurement doit « surseoir à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale sauf motif grave »⁵⁹⁷. Une partie de la doctrine s'oppose à l'application de la règle de la litispendance. En effet, l'application de cette règle suppose la compétence concurrente de deux juridictions. Or, dans notre hypothèse, il n'y a pas de concurrence entre le juge et l'arbitre puisque la convention d'arbitrage a justement pour effet de rendre le juge incompétent au profit de l'arbitre. Cependant, cette solution présenterait l'avantage d'éviter tout contrôle de la compétence de l'arbitre par la juridiction étatique et permettrait surtout d'« éviter des décisions contradictoires dans la mesure où la décision de l'arbitre sur sa compétence jouit de l'autorité

⁵⁹⁶ Existence simultanée de deux actions pour le même objet et entre les mêmes parties devant deux tribunaux différents.

⁵⁹⁷ Art. VI (3) de la Convention européenne de 1961.

de la chose jugée à l'égard de la juridiction étatique ». Par ailleurs, on respecterait « la priorité chronologique de l'instance arbitrale » sans pour autant tenir compte de l'hypothèse où le juge serait saisi avant.

Il semble cependant opportun de maintenir la priorité de l'arbitre même saisi postérieurement à la juridiction étatique. Une telle solution correspondrait effectivement à l'attente des parties et se justifierait par ailleurs par le principe de l'effet obligatoire des conventions tel que prévu à l'article 1134 du Code civil français. Les ordres juridiques nationaux pourraient également adopter des législations visant à favoriser l'efficacité de la convention d'arbitrage en imposant par exemple aux juridictions étatiques de se déclarer systématiquement incompétentes lorsqu'elles sont saisies ou au moins de suspendre la procédure étatique.

En tant qu'institution, l'arbitrage bouleverse l'ordre juridique. C'est la raison pour laquelle les législateurs et les juges ont souvent manifesté de l'hostilité à son égard. Et pour cause, cette institution leur paraît menacer le monopole étatique de l'administration de la justice. Elle constituerait une sorte d'« anomalie ». Cependant, malgré la compétition qui peut s'établir entre justice étatique et justice arbitrale, elles contribuent toutes deux à la justice. Cette contribution serait plus féconde s'il ne continuait pas d'être entretenu entre elles une certaine inimitié. Au lieu de se combattre, elles devraient plutôt s'associer pour mener à bien le combat pour la sécurisation juridique et judiciaire de l'espace Ohada.

Paragraphe III : L'action en récusation

La plupart des législations nationales possèdent des dispositions relatives à la récusation des arbitres. Elles traduisent l'exigence que les arbitres satisfassent à certaines qualités, dont l'indépendance et l'impartialité, ou qu'ils répondent aux critères fixés par la convention des parties. Cette préoccupation est légitime mais l'expérience nous montre que les règles qu'elle inspire sont, comme d'autres, parfois détournées à des fins dilatoires par la partie hostile à l'arbitrage. L'équilibre est donc particulièrement difficile à trouver entre les deux principes, également fondamentaux, de l'exigence d'un tribunal arbitral présentant toutes garanties et de l'efficacité du déroulement de la procédure arbitrale. Cependant, pour l'essentiel, c'est par le choix de règles de procédure appropriées que les législations nationales peuvent offrir les moyens de réagir contre d'éventuelles récusations abusives ou d'en

minimiser les effets. Ce sont ces règles qu'il conviendra d'examiner dans un premier temps (A), pour ensuite nous prononcer sur la question particulière du degré d'autonomie que les ordres juridiques étatiques donnent aux institutions d'arbitrage dans les procédures de récusation (B).

A : La relative précision des conditions de la récusation d'un arbitre en droit Ohada

Les textes de l'Ohada, comme le relèvent avec pertinence certains auteurs⁵⁹⁸, n'énumèrent pas les motifs détaillés de la récusation, à l'image de ce qui est observé dans les codes de procédure civile nationaux⁵⁹⁹. Qu'il s'agisse de l'Acte Uniforme ou du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., le législateur ne rentre pas dans l'énumération. Concrètement, il est simplement observé que « si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties, et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit »⁶⁰⁰. Sur le fondement de cette disposition, l'arbitre a été fait juge de ses causes de récusation par l'usage de l'expression « si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation », ce qui est regrettable.

Mais de manière constante, les causes de récusation devant être révélées par l'arbitre sont, comme le prévoit la C.C.J.A., « les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties »⁶⁰¹. La récusation est donc un procédé permettant d'écarter un arbitre ne remplissant pas les conditions nécessaires à l'exercice de sa mission arbitrale, et notamment son indépendance et son impartialité. Parce qu'elle est justifiée par l'absence d'indépendance et/ou d'impartialité de l'arbitre qui sont au demeurant les conditions *sine qua non* pour être juge, la récusation peut être sollicitée en principe tant qu'une sentence mettant un terme au litige n'a pas été rendue, à condition d'être soulevée sans délais ou, plutôt, dans les plus brefs délais. A ce propos, l'article 4.2, alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. prévoit un délai de 30 jours à compter de la notification, de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre, ou de la date à laquelle elle a

⁵⁹⁸ P.G. POUGOUE, J.-M. TCHAKOUA et A. FENEON « Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada », P.U.A., 2000, spéc. n° 101.

⁵⁹⁹ Pour une analyse plus complète des causes de récusation prévues par les codes de procédure civile africains, lire l'article 159 de celui en vigueur au Cameroun.

⁶⁰⁰ Art. 7 al. 2 de l'A.U./D.A.

⁶⁰¹ Art. 4 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

été informée des faits et circonstances justifiant la demande de récusation pour engager ce recours.

Avant d'analyser en détail les causes de récusation de l'arbitre (2) qui ne sont pas nécessairement les mêmes que celles d'un juge étatique, nous analyserons les fondements de l'action en récusation (1).

1 : Les fondements de l'action en récusation

L'action en récusation se fonde essentiellement sur la volonté de lutter contre les manœuvres dilatoires des acteurs à un arbitrage. D'abord, l'action en récusation permet de garantir le principe d'impartialité et d'indépendance des arbitres. En effet, cette action est un moyen mis à la disposition des parties en arbitrage pour contrer les éventuelles manœuvres d'un arbitre en vue de favoriser une partie. Ensuite, l'action en récusation permet aux arbitres de se récuser pour ne pas entacher la procédure arbitrale d'une éventuelle annulation.

En conclusion, les notions d'indépendance et d'impartialité constituent les fondements de la récusation de l'arbitre. Reste à veiller à ce que ce moyen de garantie de ces notions ne soit pas utilisé par les parties ou les arbitres pour bloquer à des fins dilatoires la procédure arbitrale.

2 : Les causes de récusation en droit Ohada

L'Acte Uniforme utilise de manière peu heureuse en son article 7 l'expression de « cause de récusation ». On est alors en droit de se demander quelles sont-elles ?

A priori, on pourrait se contenter de dire qu'il s'agit des causes de récusation qui sont retenues par bon nombre de règlements d'arbitrage. Ces causes sont également prévues par l'arsenal juridique de la plupart des Etats africains⁶⁰².

⁶⁰² Par exemple l'article 159 du Code de procédure civile et commercial au Cameroun énumère les causes de récusation en ces termes : « tout juge peut être récusé pour les causes ci-après :

1°) s'il est parent ou allié des parties, ou de l'une d'elles...

2°) si la femme du juge est parente ou alliée, employeur ou employée de l'une des parties, ou si le juge est parent ou allié de la femme de l'une des parties...

3°) si le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants, alliés dans la même ligne, ont un différend sur pareille question que celle dont il s'agit entre les parties ;

4°) s'ils ont un procès en leur nom dans un tribunal où l'une des parties sera juge, s'ils sont créanciers ou débiteurs d'une des parties ;

Il ne semble toutefois pas qu'une telle interprétation soit juste car si le législateur avait voulu que ces causes soient celles des codes de procédure civile nationaux, il aurait expressément procédé à un renvoi comme c'est le cas à maintes reprises dans l'Acte Uniforme. C'est dire que les causes de récusation des arbitres ne sont pas nécessairement celles des textes nationaux. Sans doute, elles les intègrent mais elles vont aussi au-delà.

Les causes de récusation sont donc objectivement d'abord celles des juges étatiques, mais aussi des relations sociales directes ou les relations de travail antérieures ou actuelles avec n'importe quelle partie ou avec qui que ce soit des témoins ou des arbitres, les relations de parenté ou d'alliance avec l'une des parties, des témoins ou des autres arbitres⁶⁰³. La récusation d'un arbitre par l'une des parties suppose pour ainsi dire qu'il ne remplit pas convenablement l'une ou l'autre des conditions impératives pour conduire une mission d'arbitre. Il y a donc le non-respect d'une obligation, celle d'être indépendant, impartial. Il s'agit là des conditions sous lesquelles la récusation de l'arbitre peut être demandée. En revanche, les conditions sous lesquelles la révocation peut être demandée ne sont pas détaillées par le législateur communautaire.

B : La récusation dans l'arbitrage institutionnel C.C.J.A.

La procédure de récusation relève d'abord de la volonté des parties. S'agissant d'un arbitrage *ad hoc*, il est rare que les parties aient envisagé une procédure de récusation. Par contre, dans l'arbitrage institutionnel, les règlements d'arbitrage organisent souvent de manière très minutieuse une procédure interne d'examen de la récusation. Tel est le cas dans

5°) si dans les cinq ans qui ont précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou son conjoint, ou ses parents ou alliés en ligne directe ;

6°) s'il y a eu procès civil entre le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants, ou alliés dans la même ligne, et l'une des parties...

7°) si le juge est tuteur, subrogé tuteur ou curateur, héritier présomptif ou donataire, maître ou commensal de l'une des parties, s'il est administrateur de quelque établissement, société ou direction partie dans la cause ; si l'une des parties est sa présomptive héritière ;

8°) si le juge a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend, s'il en a précédemment connu comme juge ou comme arbitre, s'il a sollicité, recommandé ou fourni aux frais du procès ; s'il a déposé comme témoin, si, depuis le commencement du procès, il a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison, ou reçu d'elle des présents ;

9°) s'il y a inimitié capitale entre lui et l'une des parties ;

10°) s'il y a eu, de sa part, agression, injures ou menaces, verbalement ou par écrit, depuis l'instance ou dans les six mois précédant la récusation proposée ».

⁶⁰³ Art. 3 du Règlement du centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international.

l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A.⁶⁰⁴ et, d'une manière générale, dans nombre d'autres règlements d'arbitrage⁶⁰⁵.

En effet, l'indépendance est une qualité essentielle qui doit s'attacher aux arbitres dans l'arbitrage organisé par la C.C.J.A. Afin de garantir celle-ci, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. organise une procédure de récusation pour « un défaut d'indépendance ou pour tout autres motifs [...] »⁶⁰⁶ devant la Cour. La demande de récusation est introduite par l'une des parties. La procédure de récusation prévoit que le secrétaire général de la Cour, saisi de la demande, met « l'arbitre concerné, les parties et les autres membres du tribunal arbitral, s'il y en a, en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai approprié »⁶⁰⁷. Cette disposition, inspirée du Règlement d'arbitrage de la C.C.I., ne prévoit cependant pas que « ces observations sont communiquées aux parties et aux arbitres ». Cela est regrettable puisqu'une telle obligation introduit une transparence opportune dans la procédure de récusation. En effet, il y aurait certainement plus de sécurité judiciaire dans l'arbitrage si un arbitre récusé à tort avait la possibilité de consulter les observations des autres arbitres, ainsi que celles des parties et vice versa. En d'autres termes, la divulgation des observations des uns et des autres dans la procédure de récusation devrait avoir un effet de clarification et d'apaisement s'il n'y a aucun motif de récusation, et inversement, confirmer ou révéler la partialité et par conséquent conforter la récusation.

La décision de la Cour sur le bien-fondé de la demande de récusation ne peut faire l'objet d'aucun recours⁶⁰⁸. Le recours devant les juridictions étatiques des Etat parties de l'espace Ohada est également exclu. En effet l'assistance judiciaire étatique⁶⁰⁹, en matière de récusation, est subsidiaire à la volonté des parties de sorte que le juge étatique ne peut être saisi que si « les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation »⁶¹⁰.

Dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., cette procédure est portée devant la Cour. La récusation est toutefois bien une faculté pour les parties et non une obligation. Après qu'elles aient eu connaissance des circonstances de nature à jeter un doute sur l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, les parties peuvent estimer que l'impartialité de l'arbitre ne sera

⁶⁰⁴ Art. 4.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶⁰⁵ Art. 11 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. ; art. 9 à 12 du Règlement d'arbitrage de la C.N.UD.C.I. ; art. 22 de la loi togolaise du 28 novembre 1989 instituant une cour d'arbitrage.

⁶⁰⁶ Art. 4.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶⁰⁷ Art. 4.4, al. 3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶⁰⁸ Art. 4.6 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶⁰⁹ *Supra*.

⁶¹⁰ Art. 7, al. 3 de l'A.U./D.A.

pas affectée par ces circonstances. Aucune d'entre elles ne demandera alors la récusation de l'arbitre.

L'Acte Uniforme dispose que « toute cause de récusation doit être soulevée sans délai par quiconque entend s'en prévaloir »⁶¹¹. Il s'en infère qu'une partie qui entend faire usage de la faculté de récusation du tribunal arbitral, que lui accorde la loi, doit invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a eu connaissance. En effet, en arbitrage Ohada, la recevabilité de la demande de récusation suppose qu'elle soit soulevée sans délai par la partie qui entend s'en prévaloir. A défaut, elle emporte pour celle-ci comme conséquence « négative » la renonciation implicite à se prévaloir de la faculté de récusation et par la même occasion, renonciation au droit de demander l'annulation de la sentence au motif de l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral ou de la violation de l'ordre public international. Cette solution a le propre de limiter les demandes de récusation abusives.

Par ailleurs, le respect du délai fixé pour introduire une demande de récusation est une obligation conventionnelle mise à la charge de la partie qui entend se prévaloir de la récusation. Evidemment, le défaut d'une fixation conventionnelle emporte comme conséquence, pour la partie qui entend s'en prévaloir, le devoir, en vertu du principe de la bonne foi, d'agir sans délai au risque de perdre non seulement ce droit de demander récusation mais aussi, celui de recourir ultérieurement à l'annulation de la sentence pour ce motif. Sur ce point, il est fort intéressant de noter que les législations modernes sur l'arbitrage international ne fixent généralement aucun délai pour l'introduction d'une demande de récusation. Elles se contentent de s'en remettre simplement au principe de l'autonomie qui régit l'arbitrage et donc à la fixation conventionnelle de ce délai.

Il se pose également une autre question tout à fait fondamentale. Si l'une des parties débute une procédure de récusation et que celle-ci échoue, faut-il considérer qu'un tel échec emporte la même conséquence que l'abstention, c'est-à-dire l'impossibilité de se prévaloir du défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre pour requérir l'annulation de la sentence après le prononcé de celle-ci ? La réponse à cette question doit être nuancée.

Si la demande de récusation a été portée devant la juridiction étatique, l'affaire a été définitivement tranchée et la question ne peut plus être rejugée par le moyen du recours en annulation, sauf révélation de nouveaux éléments.

⁶¹¹ Art. 7, al. 5 de l'A.U./D.A.

Par contre, si la récusation a été portée devant un centre permanent d'arbitrage, on peut penser qu'un refus d'admettre la récusation n'interdit pas un recours ultérieur en annulation après le prononcé de la sentence⁶¹². La solution est certaine s'il s'agit d'un centre d'arbitrage privé comme la C.C.I., le juge étatique ne peut en effet « renoncer au contrôle *a posteriori* de la sentence, ni déléguer un tel pouvoir à un organisme privé »⁶¹³.

Dans le cas particulier de la C.C.J.A., la question est plus complexe. Sans doute, les attributions de la Cour en matière de récusation ne relèvent pas de ses fonctions juridictionnelles mais de l'administration de l'arbitrage. En effet, les dispositions sur la récusation sont intégrées dans le chapitre II du Règlement d'arbitrage qui, en vertu de l'article 1.3, relèvent des « attributions administratives ». En tant que telles, les décisions intervenues en matière de récusation sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée. Il ne faut cependant pas perdre de vue que dans l'arbitrage C.C.J.A. le recours en annulation est porté devant la Cour. Il s'agit là d'une manifestation de l'ambiguïté à intégrer dans une même institution des fonctions administratives et juridictionnelles⁶¹⁴. Il faudra en conséquence soigneusement veiller à distinguer les composantes administrative et juridictionnelle de l'institution dans le fonctionnement de la Cour.

Si le motif jetant un doute raisonnable sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre est porté à la connaissance d'une partie après le prononcé de la sentence ou si la récusation a été refusée par un centre d'arbitrage, la contestation du défaut d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre se manifesterait par un recours en annulation de la sentence⁶¹⁵. Les motifs invoqués pourraient porter sur la nullité de la convention d'arbitrage pour erreur sur la personne d'un arbitre, la composition irrégulière du tribunal arbitral ou la violation de l'ordre public.

La lutte contre les agissements dilatoires des parties dans la procédure arbitrale est certes primordiale dans l'objectif de sécurisation de l'arbitrage mais pour avoir une totale sécurité, il faudrait lui adjoindre la lutte contre les tactiques dilatoires des arbitres.

⁶¹² Ph. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *op. cit.*, p. 355.

⁶¹³ *Idem.*

⁶¹⁴ Il est symptomatique de relever que les motifs d'annulation ou du refus d'exequatur dans l'arbitrage C.C.J.A. ne visent pas la composition irrégulière du tribunal arbitral.

⁶¹⁵ Art. 26 de l'A.U./D.A.

Section II : Les tactiques dilatoires des arbitres

Il arrive de plus en plus fréquemment que les comportements dilatoires émanent, non seulement des parties qui n'ont pas intérêt à voir prospérer l'arbitrage, mais également des arbitres nommés par ces parties. Les différents obstacles créés par les arbitres tout au long du déroulement de l'arbitrage trouvent des remèdes spécifiques (Paragraphe I) mais ils soulèvent également la question des sanctions susceptibles d'être appliquées dans les cas les plus flagrants de comportements dilatoires de la part des arbitres (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le traitement des manœuvres dilatoires des arbitres

La plupart des droits connaissent des façons de faire échec au refus d'un arbitre de participer à la procédure arbitrale, à sa démission annoncée au moment où l'instance arbitrale est sur le point de s'achever, à son refus de participer au délibéré ou de signer la sentence. A travers ces moyens usités par les arbitres à des fins dilatoires, il apparaît que l'arbitre de mauvaise foi, pour arriver à ses fins, peut agir en cours d'instance (A) et également en fin d'instance arbitrale (B).

A : Les manœuvres dilatoires des arbitres en cours d'instance arbitrale

Deux séries d'hypothèses se présentent classiquement en cours d'instance arbitrale : l'arbitre peut refuser d'assister aux audiences (1) comme il peut démissionner de manière illicite à des fins dilatoires (2). Dans ces deux situations, il convient de souligner l'incidence du comportement de l'arbitre sur les délais ou le cours de l'instance et dégager le moyen d'y remédier, réserve faite des sanctions légales.

1 : Le refus de l'arbitre de participer aux audiences

Une fois qu'un arbitre décide de faire obstacle à l'aboutissement d'un arbitrage, il peut, pour ce faire, refuser de participer au déroulement de l'arbitrage. Des législations ont alors mis en place des solutions pour faire obstacle aux manœuvres des arbitres (a). L'arbitrage C.C.J.A. propose également une solution précise (b).

a) Remèdes au refus des arbitres de participer aux audiences

Les lois sur l'arbitrage ne contiennent généralement pas de dispositions spécifiques permettant de faire obstacle aux manœuvres de l'arbitre qui entraverait volontairement le déroulement de la procédure en s'abstenant de participer aux audiences. Sans doute, lorsqu'il en existe dans la loi du siège de l'arbitrage ou dans la loi choisie par les parties, les dispositions relatives à la récusation d'un arbitre pourraient ici trouver à s'appliquer. Dès lors qu'il est caractérisé, le refus d'un arbitre de participer aux audiences peut faire douter de son indépendance, de son impartialité ou de son aptitude à remplir sa mission et constituer à ce titre une cause de récusation.

On peut cependant douter que l'on puisse trouver là le moyen le plus à même de lutter efficacement contre les manœuvres dilatoires d'une partie qui aurait suscité une telle attitude de la part de l'arbitre qu'elle a désigné. Pour justifier sa récusation, la réticence de l'arbitre doit être suffisamment établie, ce qui suppose généralement que son attitude ait déjà engendré un retard important. De plus, dans la mesure où elle conserve la possibilité de nommer elle-même un nouvel arbitre, rien n'empêche la partie hostile à l'arbitrage de désigner encore un arbitre sans indépendance qui pourrait tenter de perturber également le cours de l'arbitrage.

Ce n'est que dans l'hypothèse où la loi applicable à la procédure, le règlement d'arbitrage ou la convention des parties permet à l'autorité qui a statué sur la récusation de nommer elle-même l'arbitre remplaçant, que cette sanction pourrait s'avérer satisfaisante. En effet, lorsqu'une telle méthode de remplacement de l'arbitre récusé existe, en vertu de la loi ou de la convention des parties, le risque de voir l'arbitre adopter de manière trop apparente une attitude dilatoire paraît bien moindre.

Qu'une telle solution existe ou non, on peut concevoir d'autres mécanismes permettant de passer outre la résistance délibérée de l'arbitre, de la même manière qu'il existe des mécanismes permettant de passer outre la résistance des parties. Il suffit pour cela d'admettre que, de la même façon que le respect du contradictoire suppose que les parties aient été mises en mesure de présenter leurs moyens, le principe de collégialité est respecté dès lors que tous les arbitres, notamment les arbitres nommés par chacune des parties, ont été mis en mesure de participer à toutes les phases du déroulement de la procédure. Il serait souhaitable qu'un arbitre défaillant qui, à plusieurs reprises et sans excuse valable, s'est déclaré indisponible pour participer à telle ou telle audience ou ne s'y est pas présenté, ne puisse indéfiniment

retarder ainsi le déroulement de la procédure. Dès lors qu'il est acquis, qu'il a été mis en mesure de participer aux débats et qu'il n'a pas d'excuse valable à faire valoir, on peut se demander si le tribunal arbitral ne pourrait pas simplement laisser se dérouler en son absence les audiences prévues.

La régularité d'une telle attitude ne pourrait être appréciée *a posteriori* qu'au regard des causes d'annulation ouvertes à l'encontre des sentences arbitrales, c'est-à-dire, selon les cas, de la violation du contradictoire, de l'égalité des parties ou du respect des stipulations des parties principalement. La partie qui a désigné l'arbitre défaillant pourrait tenter de se plaindre d'une rupture d'égalité dans la mesure où « son arbitre » n'aurait pas assisté à l'intégralité des audiences. On pourra cependant lui objecter que si l'arbitre est indépendant, ce qu'il est censé être pour la plupart des droits continentaux, la partie ne souffre pas de son absence et, s'il ne l'est pas, son absence lui est imputable, sans même qu'il y ait lieu de recourir à l'idée de *culpa in eligendo*.

La C.C.J.A. a quant à elle précisément organisé une solution au refus de l'arbitre de participer aux audiences.

b) La solution retenue dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A.

Dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., la problématique du refus d'un arbitre de participer aux audiences est réglée de façon catégorique.

En effet, dans l'hypothèse où le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dispose expressément que « lorsque la Cour est informée que, dans un tribunal arbitral comptant trois personnes, l'un des arbitres, autre que le président, ne participe pas à l'arbitrage, sans pour autant avoir présenté sa démission, la cour, peut, comme indiqué en 4.3, alinéas 3 et 4 ci-dessus, ne pas procéder au remplacement dudit arbitre lorsque les deux autres arbitres acceptent de poursuivre l'arbitrage malgré l'absence de participation d'un des arbitres »⁶¹⁶. Cette disposition a le mérite de passer outre l'attitude d'un arbitre défaillant pour continuer le déroulement de l'arbitrage. Ainsi, le tribunal arbitral peut continuer sa mission et atteindre ses objectifs.

Dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'est composé que d'un seul arbitre, son refus de participer aux audiences pourrait être insurmontable dans la mesure où il est impossible de

⁶¹⁶ Art. 4.4, al. 4 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

continuer l'arbitrage sans un arbitre. Pourtant, la C.C.J.A. indique expressément qu'il y a lieu de procéder au remplacement de l'arbitre. Ainsi, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dispose que « lorsque la démission d'un arbitre n'est pas acceptée par la cour et que celui-ci refuse cependant de poursuivre sa mission, il y a lieu à remplacement s'il s'agit d'un arbitre unique ou du président du tribunal arbitral »⁶¹⁷. C'est donc également la solution retenue en ce qui concerne le refus du président d'un tribunal arbitral de siéger normalement et d'organiser le cours de la procédure arbitrale.

Les solutions promues par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. paraissent être toutes indiquées pour lutter contre les manœuvres dilatoires des arbitres consistant à ne pas participer aux audiences. Pour autant, suffisent-elles à rendre l'arbitrage sûr? Ce qui est certain, c'est que d'autres tactiques, comme la démission intempestive des arbitres, existent, tactiques auxquelles il convient de trouver des remèdes afin de sécuriser l'arbitrage.

2 : La démission de l'arbitre à des fins dilatoires

Que ce soit en droit Ohada ou ailleurs, il est constant que l'arbitre qui accepte sa mission doit la poursuivre jusqu'à son terme⁶¹⁸. Ainsi, dès l'instant où il a accepté sa mission, l'arbitre ne peut plus, en principe, démissionner, du moins sans juste motif. Dans cette logique, il n'y a aucune difficulté à admettre que l'obligation de demeurer dans le tribunal arbitral est la règle, et la démission l'exception. Dès lors, quand peut-on admettre la démission d'un arbitre, ou encore, quelles sont les circonstances pouvant donner lieu à une démission valable de l'arbitre ? Telles sont les questions auxquelles il convient de s'intéresser en envisageant les hypothèses normales de démission (a) et celles abusives (b).

a) Les conditions d'une démission normale de l'arbitre

Dans certaines conditions, l'arbitre peut être amené à démissionner. Il faudrait tout simplement veiller à la légitimité de sa démission. En effet, entre le moment où il accepte ses missions et celui où il doit rendre sa sentence, il peut faire face à une série d'évènements heureux ou non qui ont une incidence directe ou indirecte sur l'accomplissement de celles-ci.

⁶¹⁷ Art. 4.3, al. 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶¹⁸ Art. 4.1, al.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

En guise d'exemples, l'arbitre peut connaître des problèmes de santé le mettant dans l'impossibilité de les achever. Il est alors tout à fait normal d'accepter, avec ou sans contrôle de l'autorité compétente, la démission d'un arbitre victime d'une incapacité de travail, surtout lorsque celle-ci est longue et serait de nature à remettre en cause la célérité recherchée par les litigants. De même, l'arbitre peut être confronté à un conflit d'intérêts incompatible avec sa mission juridictionnelle. En effet, les arbitres sont des professionnels qui ont souvent des activités à temps plein. Ainsi, entre son activité principale et sa mission d'arbitre, il peut survenir des conflits d'intérêts tels qu'il ne pourra plus assurer sa mission d'arbitre⁶¹⁹.

Dans ces deux hypothèses, la démission de l'arbitre s'avère tout à fait normale et il doit être procédé à son remplacement dans les conditions prévues par la convention d'arbitrage ou par le Règlement d'arbitrage de l'institution d'arbitrage qui administre l'arbitrage. C'est la solution qui est retenue par la C.C.J.A., le Règlement d'arbitrage disposant qu' « il y a lieu à remplacement d'un arbitre lorsque celui-ci est décédé, lorsque la Cour a admis sa récusation, ou lorsque sa démission a été acceptée par la Cour [...] »⁶²⁰. Mais il n'en est pas toujours ainsi car, dans d'autres cas, sa démission devra faire l'objet d'une appréciation.

b) Les démissions délibérées des arbitres à des fins dilatoires

Il peut arriver qu'un arbitre décide de démissionner dès qu'il pressent que la partie qui l'a désigné n'obtiendra pas gain de cause. Il s'agit alors de connaître les conséquences qu'une telle attitude peut avoir et comment la législation Ohada tente d'y remédier pour assurer une plus grande sécurité juridique à l'arbitrage. Nous examinerons cette question sous l'angle de la démission intempestive de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral (b-1) et les autres cas de démission délibérée des arbitres (b-2).

b-1 : La démission intempestive de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral

La démission d'un arbitre peut être acceptée ou refusée. Lorsque la démission est refusée et que l'arbitre refuse de poursuivre sa mission, il est procédé à son remplacement s'il

⁶¹⁹ Par exemple, il peut s'agir d'un arbitre dont le groupe auquel il appartient a racheté l'une des entreprises partie au procès dont il est arbitre.

⁶²⁰ Art. 4.3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

s'agit d'un arbitre unique ou du président du tribunal arbitral. D'une manière générale, le droit Ohada accepte le remplacement de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral en cas de démission délibérée.

La C.C.J.A dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation relativement aux motifs invoqués à l'appui d'une démission. C'est pourquoi il lui est loisible d'accepter ou de refuser une démission. Lorsque la C.C.J.A rejette la démission d'un arbitre et que celui-ci refuse cependant de poursuivre sa mission, son remplacement n'a pas un caractère automatique, sauf s'il s'agit d'un arbitre unique ou du Président du tribunal arbitral. Ainsi, dans ce sens, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dispose que « lorsque la démission d'un arbitre n'est pas acceptée par la Cour et que celui-ci refuse cependant de poursuivre sa mission, il y a lieu à remplacement s'il s'agit d'un arbitre unique ou du Président d'un tribunal arbitral »⁶²¹. Cette solution consacrée par l'arbitrage C.C.J.A. paraît être appropriée. Le remplacement est en effet la solution la plus courante et la plus commune en droit comparé.

b-2 : Les autres cas de démission intempestive des arbitres

Selon le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., en dehors de la démission du président du tribunal arbitral ou de l'arbitre unique, les autres cas sont laissés à l'appréciation de la Cour. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dispose en effet que « dans les autres cas, la Cour apprécie s'il y a lieu au remplacement compte tenu de l'état d'avancement de la procédure et de l'avis des deux arbitres qui n'ont pas démissionné. Si la Cour estime qu'il n'y a pas lieu à remplacement, la procédure se poursuivra et la sentence pourrait être rendue malgré le refus de concours de l'arbitre dont la démission a été refusée »⁶²².

Ainsi, il appartient à la Cour d'apprécier l'opportunité du remplacement eu égard à l'état d'avancement du dossier et à l'avis des autres arbitres. Elle peut estimer qu'il n'y a pas lieu à remplacement et que la procédure doit se poursuivre jusqu'à la sentence malgré le refus du concours de l'arbitre dont la démission a été refusée. Dans cette éventualité, elle évalue si la procédure doit se poursuivre et la sentence être revue, malgré l'absence de l'arbitre dont la démission a été refusée. Le but de cette disposition, qui apporte une protection supplémentaire, est de prévenir la démission d'un arbitre qui aurait pour conséquence de

⁶²¹ Art. 4.3, al. 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶²² Art. 4.3, al. 3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

torpiller l'arbitrage en fin de procédure⁶²³. Comme l'explique un auteur « cette disposition, qui ne figure pas dans le règlement de la C.C.I., est destinée à combattre les manœuvres dilatoires consistant pour un arbitre à démissionner à un moment proche de la clôture des débats, afin de saborder l'arbitrage, alors qu'une majorité contraire aux intérêts de la partie qui l'a désigné semble acquise »⁶²⁴.

Aussi, pour faire échec à de telles dérives, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. pose clairement le principe de l'acceptation par la Cour de la démission des arbitres. Elle dispose ainsi du pouvoir souverain d'apprécier les motifs invoqués à l'appui de la demande de démission. Il va de soi que si elle s'y oppose et que l'arbitre s'obstine à démissionner, sa responsabilité pourra être engagée. Il en sera de même si les parties ou le juge d'appui compétent s'y oppose ainsi que le prévoient les dispositions de l'Acte Uniforme.

Le rigorisme des conditions de démission de l'arbitre tend à démontrer que celle-ci doit être exceptionnelle car le principe est bien qu'il poursuive ses missions jusqu'à leur terme.

B : Les manœuvres des arbitres en fin d'instance arbitrale

La finalité de tout arbitrage est de parvenir à un règlement du litige pendant devant le tribunal arbitral. Les arbitres, en fin d'instance, doivent remplir certaines obligations pour rendre la sentence arbitrale. En refusant de remplir ces obligations, les arbitres se livrent alors à des tactiques dilatoires telles que refuser de participer au délibéré (1) ou de signer la sentence arbitrale (2).

1 : Le refus de l'arbitre de participer au délibéré

Selon la C.C.J.A., l'arbitre doit « poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci »⁶²⁵. Cependant, par crainte de perdre le procès au détriment de la partie qu'il représente, l'arbitre peut entraver l'issue de l'arbitrage en refusant de participer au délibéré. Ainsi le refus de

⁶²³ Ch. IMHOOS et G. KENFACK DOUAJNI, « Le Règlement d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage Ohada », R.D.A.I., No. 7, 1999, pp. 825-843.

⁶²⁴ Ph. LÉBOULANGER, *op. cit.*, note 3. p. 577.

⁶²⁵ Art. 4.1, al. 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

participer au délibéré peut être interprété comme une faute grave de l'arbitre et engendrer par la même des sanctions à l'encontre de l'arbitre défaillant.

La question de la participation de tous les arbitres aux délibérations du tribunal arbitral ne doit pas être confondue avec celle de la signature de la sentence par tous les arbitres. Le fait pour une loi étatique de spécifier que la sentence peut n'être signée que par la majorité des arbitres ne suffit pas à régler la question de leur participation au délibéré. Ce n'est pas parce qu'un arbitre peut ne pas signer la sentence qu'il ne doit pas être invité à délibérer, de la même manière que tous les autres membres du tribunal arbitral.

Sur la problématique de la participation des arbitres au délibéré, les législations ont adopté des positions plus ou moins énergiques. Certaines sanctionnent très énergiquement le refus d'un arbitre de participer aux délibérations en prévoyant la révocation de l'arbitre. Il semble bien que le fait pour un arbitre de refuser de délibérer constitue une méconnaissance de sa mission de nature à permettre l'application de cette sanction. La même règle s'applique lorsque l'arbitre met un temps injustifié pour remplir sa mission. La solution est plus rigoureuse encore lorsqu'il s'agit d'un arbitre nommément désigné dans la convention d'arbitrage, la convention devenant caduque dans une telle hypothèse.

On peut cependant douter de l'efficacité de telles sanctions. Remplacer l'arbitre à un stade aussi avancé de la procédure ne peut qu'engendrer de nouveaux retards et soulever l'irritante question de savoir si l'arbitre remplaçant doit à nouveau entendre les parties pour pouvoir accomplir sa mission.

Aussi, la véritable solution à cette question tient-elle au contenu qu'il convient de donner à la notion de délibération. Pour que toute difficulté soit levée, il suffit de considérer qu'un arbitre a valablement délibéré dès lors qu'il a été mis en mesure de le faire au même titre que ses co-arbitres. De la même façon que le principe du contradictoire est respecté lorsque chaque partie a été mise en mesure de faire valoir ses moyens, l'exigence du délibéré doit être considérée comme satisfaite lorsque chaque arbitre a été mis en mesure de faire valoir son point de vue. Ainsi, en France, la sentence doit être rendue après délibéré, ce qui est le cas même si un arbitre n'a pas signé la sentence dès lors qu'il a été en mesure de formuler toutes remarques utiles⁶²⁶. La législation suisse va plus loin en acceptant qu'un arbitre puisse

⁶²⁶ Cass. Civ. 28-1-1981, Rev. Arb. 1982.425 note FOUCHARD; CA Paris 11-1-2003, Rev. fr. Arb. 2003. 245 somm.

délibérer malgré son absence du tribunal arbitral. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse⁶²⁷ a validé une délibération par correspondance. La délibération par correspondance prônée par la loi suisse nous renforce dans l'idée qu'aucune forme particulière n'est imposée au délibéré⁶²⁸. Aussi, il n'est pas obligatoire de procéder par réunion collégiale dès lors que chaque arbitre est consulté. C'est par de tels mécanismes que pourront être réglées de manière efficace les difficultés résultant du refus d'un arbitre de participer au délibéré.

2 : Le refus de l'arbitre de signer la sentence arbitrale

La règle généralement reçue dans les pays de droit civil est celle qui est exprimée par la Loi-type de la C.N.U.D.C.I. : la sentence est valable dès lors qu'elle est signée par la majorité des arbitres, à moins que les parties n'en soient convenues autrement. Le droit Ohada va dans le sens de la Loi-type en consacrant expressément ce principe. Ainsi, l'Acte Uniforme prévoit que « la sentence arbitrale est signée par le ou les arbitres. Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, il doit en être fait mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres »⁶²⁹.

Certaines lois exigent que la sentence mentionne expressément que la signature d'un arbitre n'a pas pu être obtenue. D'autres, comme la Loi-type de la C.N.U.D.C.I., imposent en outre que soient rapportées les raisons qui ont conduit l'arbitre à refuser de signer la sentence⁶³⁰. Une telle précision présente une certaine utilité notamment au moment des recours en annulation, au moins dans les systèmes qui ne permettent pas la rédaction d'opinions dissidentes. Quant à l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., il va plus loin en permettant au Président du tribunal de statuer seul, lorsqu'aucune majorité ne peut se dégager. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. déclare ainsi que « si trois arbitres ont été désignés, la sentence est rendue à la majorité. A défaut de majorité, le Président du tribunal arbitral statuera seul. La sentence est alors signée, selon le cas, par les trois membres du tribunal arbitral, ou par le Président seul. Au cas où la sentence a été rendue à la majorité, le refus de signature de l'arbitre minoritaire n'affecte pas la validité de la sentence »⁶³¹. Cette solution est également celle qui est prônée par le Règlement d'arbitrage de la C.C.I.⁶³². Une telle solution

⁶²⁷ Arrêt du T.F. Suisse du 16-10-2003 : Rev. Arb. 2004.695 note LEVY et STUCKI.

⁶²⁸ Cass. Civ. 28-1-1981, Gaz. P 1981.373 note VIATTE.

⁶²⁹ Art. 21 de l'A.U./D.A.

⁶³⁰ Art. 29 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.

⁶³¹ Art. 22.3, al. 2, 3 et 4 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶³² Art. 19 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I.

coupe court à toute manœuvre consistant de la part d'un arbitre à s'abstenir de signer la sentence. En outre, tout membre du tribunal arbitral peut remettre au Président de celui-ci son opinion particulière pour être jointe à la sentence⁶³³.

Quelles qu'en soient les modalités, l'esprit de tous les droits modernes sur l'arbitrage est d'éviter qu'un arbitre ne puisse s'opposer à la reddition de la sentence par sa simple abstention d'y opposer sa signature. Ainsi, à tous les stades de la procédure, il existe des moyens de faire échec aux manœuvres des arbitres qui s'efforceraient délibérément de retarder ou d'interrompre la procédure arbitrale. Il convient cependant de se demander si de tels comportements n'appellent pas des sanctions plus énergiques à l'encontre des arbitres.

Paragraphe II : Les sanctions aux tactiques dilatoires des arbitres

La détermination des qualités requises des arbitres, indépendamment des principes d'ordre public, d'indépendance et/ou d'impartialité, relève généralement davantage des règlements d'arbitrage ou des codes de conduite que des lois étatiques. Il est cependant généralement admis que chacun des arbitres s'engage, par l'acceptation de sa mission, à remplir ses fonctions de manière non seulement impartiale mais également de manière consciencieuse et diligente. Aussi, quelle que soit la loi applicable au contrat liant les arbitres et les parties, il est clair que le fait, pour un arbitre, de faire systématiquement obstacle au déroulement de la procédure arbitrale constitue une faute de sa part. Des sanctions peuvent dès lors être prises à l'encontre des arbitres de mauvaise foi. Ces sanctions peuvent être de deux ordres, les arbitres pouvant faire l'objet d'une procédure de révocation (A) ou voir leur responsabilité engagée (B).

A : La révocation de l'arbitre

En droit Ohada la question de la révocation de l'arbitre comporte quelques lacunes qu'il conviendrait de combler d'urgence (a). Cependant quelques remèdes ont déjà été apportés par l'arbitrage C.C.J.A. en donnant la possibilité à l'organe de tutelle de révoquer l'arbitre (b).

⁶³³ Art. 24.3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

a) Les lacunes du législateur Ohada sur la révocation de l'arbitre

La révocation de l'arbitre n'a pas été traitée en droit Ohada. Il est alors souvent renvoyé aux conditions de récusation de l'arbitre. Ainsi, tandis que la récusation est l'acte unilatéral de l'une des parties au litige, la révocation est quant à elle un acte conjoint des deux parties. C'est dire que pour parvenir à la révocation d'un arbitre, il faut que les parties le souhaitent conjointement. Sous cet angle, et sans en faire le mandataire des parties, la situation de l'arbitre est assimilée à celle d'un mandataire. S'agissant d'un tel contrat, il est justement de principe qu'il peut y être mis fin à tout moment par le mandant⁶³⁴. Le principe de la primauté des parties est donc une priorité à cet égard.

Cette règle présente l'avantage de rendre la révocation de l'arbitre plus difficile à obtenir car elle nécessite l'accord des deux parties. Cela permet d'éviter les révocations intempestives. La révocation d'un arbitre ne doit en effet se produire que lorsque certaines circonstances le justifient, de telle sorte que les parties consentent à l'unanimité qu'elles ne sauraient laisser l'arbitre aller jusqu'au terme de ses missions. L'immoralité notoire et avérée de l'arbitre peut justifier une telle unanimité.

L'inconvénient de cette règle réside cependant dans le fait que les parties peuvent révoquer un arbitre sans qu'il n'existe aucun grief contre lui dans la mesure où il suffit que les parties soient d'accord conjointement pour révoquer l'arbitre. Puisque les missions que remplit l'arbitre ne le sont que dans le seul intérêt des parties, cela explique pourquoi rien ne pourrait les contraindre à rester contractuellement liées avec un juge dont elles ne veulent plus.

Cette solution est malgré tout une porte ouverte aux comportements dilatoires permettant de repousser les délais de l'arbitrage et par la même occasion de retarder le tribunal arbitral à statuer en le bloquant. Dans cette hypothèse, les comportements dilatoires des uns et des autres ne peuvent même pas faire l'objet de sanction. Ceci pose la question de l'opportunité du recours en révocation. La réponse ne fait pas de doute. Au vu de la dégradation des mœurs constatée au sein même du tribunal arbitral et dans le milieu des

⁶³⁴ Par exemple les articles 2004 et suivants du Code civil français.

affaires⁶³⁵, la sanction par la révocation des obligations de l'arbitre est désormais une exigence de l'arbitrage international. Ainsi, la révocation de l'arbitre devient un principe universel. Du moins c'est ce qui doit prévaloir tant cette révocation, quand elle est maîtrisée, peut éviter certaines tactiques dilatoires des parties et des arbitres et, par la même, contribuer à garantir la sécurité dans l'arbitrage Ohada.

b) Les possibilités octroyées à la tutelle investie du pouvoir de nomination d'écarter l'arbitre

En matière d'arbitrage de droit commun, l'Acte Uniforme prévoit que l'arbitre peut être révoqué ou remplacé conformément à la convention des parties⁶³⁶. Il est donc impératif de statuer expressément sur ces points dans les conventions ou les règlements d'arbitrage et de préciser les causes et les modalités de révocation et de remplacement des arbitres pour éviter toute difficulté ultérieure.

En matière d'arbitrage spécifique Ohada, le remplacement peut intervenir à la suite de la révocation de l'arbitre, de son abstention de continuer sa mission, ou à la suite d'un événement l'empêchant de mener à bien la mission qui lui a été confiée, tel que le décès, la maladie, l'infirmité, etc. Dans le cadre d'une révocation, l'arbitre révoqué doit être remplacé conformément à la volonté des parties, ou à défaut par le juge étatique compétent dans l'État partie. De plus, un arbitre peut également être remplacé s'il est empêché, « *de jure* ou *de facto* », d'accomplir sa mission, ou s'il ne remplit pas ses fonctions de manière convenable⁶³⁷.

Il convient de souligner que la C.C.J.A. dispose d'un pouvoir d'auto-saisine en ce qui concerne la révocation de l'arbitre et son remplacement. Elle tient ce pouvoir à la fois du Traité Ohada et du Règlement d'arbitrage.

En effet, le Traité établit un pouvoir d'auto-saisine de la C.C.J.A. qui assoit son rôle de gardienne de la régularité administrative des procédures arbitrales en cours. La C.C.J.A. semble effectivement investie d'un droit de demander, à tout instant de la procédure, des

⁶³⁵ En général, il y a collusion entre les arbitres, les cabinets d'avocats d'affaires et les grosses firmes internationales. Cette situation fait qu'actuellement beaucoup de sentences arbitrales se retrouvent entachées par le comportement des arbitres partisans.

⁶³⁶ Art. 5 de l'A.U./D.A.

⁶³⁷ Art. 4.4, al. 1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. qui dispose ainsi qu'« il y a lieu également à remplacement d'un arbitre lorsque la Cour constate qu'il est empêché de jure ou de facto d'accomplir sa mission, ou qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément au titre IV du Traité ou au règlement, ou dans les délais impartis ».

observations à l'arbitre sur la conduite de celle-ci. Si dans ce cadre, elle constate un manquement aux règles établies dans le Traité et le Règlement, compris de façon objective comme le non-respect des délais impartis à la procédure arbitrale, elle pourrait ainsi demander aux parties, en cas de tribunal arbitral composé d'un seul arbitre, de proposer la nomination d'un nouvel arbitre, et à défaut d'accord des parties, le nommerait elle-même. Si le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, la C.C.J.A. nommerait alors directement un arbitre, si celui qui est en cause est le président, sinon elle ne le fera qu'en cas d'abstention de l'une des parties.

Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. va plus loin dans le pouvoir d'auto-saisine de la C.C.J.A. puisqu'il ajoute aux éléments figurant dans le Traité, la possibilité pour elle de constater qu'un arbitre est « empêché d'accomplir sa mission ». Ceci induit de façon encore plus claire, la fonction de supervision permanente de la C.C.J.A. sur le déroulement de l'instance arbitrale. De plus, il est évident que l'arbitre ne détient ses pouvoirs que de la C.C.J.A., et cela, même s'il est proposé par une partie⁶³⁸. Il convient ainsi de reconnaître à la C.C.J.A., un large pouvoir d'appréciation de cet empêchement de l'arbitre. Il est dès lors évident que le système de contrôle mis en place ne pourra fonctionner de façon satisfaisante et être crédible que s'il existe une indépendance totale de la C.C.J.A. et de ses composantes vis-à-vis des arbitres.

La procédure d'auto-saisine de la C.C.J.A. est développée dans le Règlement d'arbitrage. Ainsi, dans un premier temps, « lorsque, sur le fondement d'informations venues à sa connaissance, la Cour envisage l'application de l'alinéa qui précède, elle se prononce sur le remplacement après que le Secrétaire général de la Cour a communiqué par écrit ces informations à l'arbitre concerné, aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral s'il y en a, et les a mis en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai approprié »⁶³⁹. Le défaut de participation d'un arbitre à la procédure arbitrale fait partie des informations pouvant être transmises à la C.C.J.A., s'il s'agit d'un arbitre non démissionnaire composant un tribunal arbitral de trois arbitres autres que le président du tribunal arbitral⁶⁴⁰.

Puis, la C.C.J.A. se réunit et délibère sur l'opportunité de remplacer l'arbitre. « En cas de remplacement d'un arbitre qui ne remplit pas ses fonctions conformément au titre IV du Traité, au présent règlement ou dans les délais impartis, la désignation d'un nouvel arbitre est

⁶³⁸ Un arbitre ne peut être que proposé par une partie, mais sa nomination devra être confirmée par la C.C.J.A.

⁶³⁹ Art. 4.4, al. 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. Il convient de savoir qu'il est concevable que de telles informations puissent parvenir à la C.C.J.A. par l'une des parties en instance arbitrale, voire par des sources extérieures à l'instance arbitrale elle-même.

⁶⁴⁰ Art. 4.4, al. 4 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

faite par la Cour sur avis de la partie qui avait désigné l'arbitre à remplacer, sans que la Cour soit liée par l'avis ainsi exprimé »⁶⁴¹. Ceci étant, la C.C.J.A. peut estimer qu'il n'y a pas lieu à remplacement, lorsque les deux autres arbitres acceptent de poursuivre l'arbitrage, malgré l'absence de participation de l'un des arbitres.

Il conviendrait en pratique d'être très prudent sur ce point, par exemple, au cas où l'arbitre négligeant aurait été nommé directement par la C.C.J.A., à la suite d'une abstention de l'une des parties, notamment lorsque cette abstention résulte d'un défaut de confirmation par la C.C.J.A., d'un arbitre proposé par cette partie. Nous trouvons ici une nouvelle illustration de la nécessité d'une indépendance totale et sans faille des membres de la C.C.J.A. dans le processus de contrôle de la régularité des procédures d'arbitrage.

La révocation d'un arbitre est donc une sanction pouvant être brandie par les parties ou les autorités ayant ce pouvoir pour s'assurer de la bonne foi des arbitres. Cependant cette sanction ne suffit pas, à elle seule, à garantir la sécurité dans l'arbitrage. Il faut y ajouter la mise en cause de la responsabilité des arbitres.

B : La mise en cause de la responsabilité de l'arbitre

Toute réflexion sur la mise en cause de la responsabilité de l'arbitre doit prendre en compte deux exigences. D'une part, il ne faut pas qu'en accomplissant la mission juridictionnelle qui lui est confiée l'arbitre ait peur d'un harcèlement contentieux de la part des parties ou de l'une d'elles, d'autre part, il faut tout mettre en œuvre pour assurer la transparence et éviter de la part des arbitres toute faute ou erreur, la qualité de l'arbitrage dépendant surtout de l'arbitre. Il convient donc de concilier ces impératifs dans la mise en jeu de la responsabilité de l'arbitre.

En principe les recours sont d'abord dirigés contre les sentences et non contre les arbitres qui les ont rendues. Toutefois comme il est souvent difficile de remplir les conditions requises pour exercer un recours contre une sentence⁶⁴², les parties peuvent être amenées à engager la responsabilité de l'arbitre dans les cas où elles auraient fait autrement si elles en avaient eu le choix. Il peut s'agir de la responsabilité civile (1) ou de la responsabilité

⁶⁴¹ Art. 4.4, al. 3. du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁶⁴² Le système Ohada ne prévoit que l'annulation de la sentence, la tierce opposition, la révision ou le pourvoi en cassation devant la C.C.J.A. (que nous allons voir plus tard).

pénale (2) de l'arbitre. La responsabilité du centre d'arbitrage peut également être envisagée (3).

1 : La responsabilité civile de l'arbitre

Il s'agit de la responsabilité de l'arbitre vis-à-vis des parties à l'instance arbitrale (a) et de la responsabilité vis-à-vis des institutions d'arbitrage pour violation du règlement d'arbitrage ou du code de déontologie dudit centre (b).

a) La responsabilité de l'arbitre vis-à-vis des parties à l'instance arbitrale

En principe, lorsque l'arbitre rend sa sentence, ce n'est pas sa personne qu'il faut critiquer mais sa sentence par l'exercice d'une voie de recours. Il en est ainsi s'il n'a pas respecté le principe d'égalité entre les parties ou le principe du contradictoire ou encore s'il a statué hors délai.

La protection due au juge qu'est l'arbitre interdit de le poursuivre pour des erreurs même graves qu'il a pu commettre en rendant sa sentence. Cependant, s'il se rend coupable de fautes intentionnelles, de dol ou de fraudes, il engage sa responsabilité. Dans un tel cas, il trahit sa mission de juge qui lui impose de se conduire avec équité et de traiter toutes les parties sur un même pied d'égalité. Dès lors, il ne mérite plus d'être protégé à titre d'arbitre. C'est à ce titre que des juridictions françaises ont par exemple condamné l'arbitre ayant omis de révéler certains liens avec l'une des parties à restituer les honoraires qu'il avait perçus⁶⁴³.

b) La responsabilité de l'arbitre vis-à-vis des centres d'arbitrage

L'arbitre qui se rend coupable d'une violation flagrante du règlement du centre d'arbitrage qui l'a nommé ou approuvé sa nomination ou du code de déontologie en vigueur dans ledit centre, engage sa responsabilité civile contractuelle.

⁶⁴³ Aff. Sté ANNAHOLD BV. TGI de Paris 1^{er} Ch. 1^{er} SESSION 09 décembre 1992.

2) La responsabilité pénale de l'arbitre

La responsabilité pénale de l'arbitre sanctionne surtout les manquements à ses devoirs de juge indépendant et impartial. Différentes affaires ont récemment terni l'arbitrage international : affaire TAPIE, affaire TOTAL, non-respect par certains centres d'arbitrage des principes fondamentaux de l'arbitrage international relatifs aux obligations d'indépendance et de révélation des arbitres, principes pourtant inscrits en lettres d'or dans les statuts et règlements des centres d'arbitrage, pour ce citer que ces quelques exemples. Certaines de ces affaires ont fait l'objet d'investigations pénales poussées par des juges d'instruction de premier plan.

Ainsi, à l'heure où plusieurs arbitres sont mis en cause par la justice pénale française, force est de constater que plus que jamais, pour réguler le marché de l'arbitrage « le droit pénal est la plus formidable des portes, et il ne faut pas craindre de l'ouvrir à deux battants. Elle débouche sur l'ensemble du système juridique, sur ses dysfonctionnements profonds, sur les cassures du droit des sociétés, sur les faiblesses de l'institutions judiciaire civile ». C'est justement parce qu'elle estime qu'il n'aurait pas sacrifié à cette obligation que la justice répressive a placé sous statut de témoin assisté, le 14 juin 2013, un arbitre⁶⁴⁴ pour son rôle dans un arbitrage où son cabinet aurait été en relations d'affaires importantes et non révélées avec certaines des parties. En procédure pénale, le statut de témoin assisté est intermédiaire entre celui de témoin et celui de mis en examen.

Il reste à espérer que cette mobilisation de la communauté arbitrale permettra l'émergence des bonnes pratiques durables, qui contribueront à faire avancer l'éthique de l'arbitrage dans le monde et dans l'espace de l'Ohada en particulier. En effet, le législateur Ohada est aujourd'hui muet quant à la question de la responsabilité pénale de l'arbitre (a) tout comme sur la question de sa responsabilité disciplinaire (b).

a) Le silence du législateur Ohada sur la responsabilité pénale de l'arbitre

Le droit Ohada n'a pas prévu, en droit de l'arbitrage, d'infractions pénales contrairement à ce qui est observé en droit des procédures collectives ou en droit des sociétés. Le silence du législateur en la matière ne peut cependant pas vouloir signifier qu'on ne peut

⁶⁴⁴ Il s'agit de l'arbitre international Maître H. C. ALVAREZ du cabinet d'avocats canadien FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP.

pas lui appliquer de dispositions pénales ou qu'on n'y trouverait pas d'infractions pénalement répréhensibles. En effet, l'arbitre, au cours de sa mission, peut avoir des comportements susceptibles d'encourir des sanctions pénales. Certains arbitres de mauvaise moralité peuvent en effet s'adonner à monnayer leurs services à une partie. Cette situation s'apparente à de la corruption d'autant plus que les parties à l'arbitrage de mauvaise foi peuvent se livrer à proposer des pots de vin pour garantir un succès à leur prétention. Des sanctions pénales peuvent ainsi être envisagées, quand bien même elles ne sont pas spécifiques au droit de l'arbitrage.

Pour combattre ces situations, le législateur Ohada devrait toutefois spécifiquement pénaliser le comportement de l'arbitre qui s'adonnerait à ce type de comportements. D'autant plus que certains Etats parties à l'Ohada, intègrent à leur loi anticorruption des dispositions régissant la corruption d'arbitre⁶⁴⁵. Il en est de même du Code pénal français qui incrimine, outre la corruption de l'arbitre, celle de toute personne chargée d'une mission de conciliation ou de médiation⁶⁴⁶. Quoiqu'il en soit et malgré les quelques divergences observées çà et là, la répression de la corruption est de nos jours un combat qui transcende les frontières des Etats⁶⁴⁷. Tant la corruption passive de l'arbitre que sa corruption active donneront lieu à répression lorsqu'elles ont été orchestrées pour que l'arbitre ne remplisse pas convenablement ses missions.

b) Le silence sur la responsabilité disciplinaire de l'arbitre

L'arbitrage doit se protéger de ses mauvais arbitres, c'est-à-dire ceux qui ne remplissent pas leur mission dans les conditions requises par leur vénérable office juridictionnel⁶⁴⁸. Leur responsabilité pénale ou civile permet certes d'y tendre, mais elle ne suffit pas. En effet, il a été démontré s'agissant de l'une ou de l'autre forme de responsabilité qu'il faut, à la base de la sanction, un acte d'une gravité certaine. Or, la responsabilité disciplinaire, par hypothèse, ne requiert pas nécessairement une faute grave ou dolosive. Une faute même légère pourrait justifier la mise en jeu de la responsabilité disciplinaire de l'arbitre et partant, jouer un rôle plus moralisateur que réparateur et surtout hautement préventif. C'est pourquoi la responsabilité pénale de l'arbitre devrait être complétée par sa responsabilité

⁶⁴⁵ Art. 1^{er}, al. 2 de la loi malienne n°82-4/AN-RM du 1^{er} avril 1982 portant répression de la corruption.

⁶⁴⁶ Nouvel article 435-9 du Code pénal français.

⁶⁴⁷ Résolution 58/4 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 31 octobre 2003 portant Convention des Nations Unies contre la corruption.

⁶⁴⁸ T. CLAY, *op. cit.*, spèc n° 945.

disciplinaire. Malheureusement, le droit Ohada observe ici encore un silence regrettable. Aussi, la responsabilité disciplinaire envisagée le sera à l'aune d'autres droits. Les solutions observées çà et là seront, en temps opportun, préconisées pour le droit Ohada. Ces solutions varieront selon qu'il s'agit de l'arbitrage institutionnel ou *ad hoc*.

En règle générale, en matière d'arbitrage institutionnel, les institutions d'arbitrage sont dotées soit d'un règlement intérieur soit d'un code des arbitres, distinct de leur règlement de procédure. Il faut dès à présent déplorer que les institutions d'arbitrage présentes dans l'espace Ohada, que sont notamment le C.A.G. et la C.C.J.A., ne se sont pas encore dotées de tels instruments, contrairement à la C.C.I. qui s'est dotée d'un code de déontologie des arbitres. Le code de déontologie de la C.C.I. applicable aux arbitres de la Cour internationale d'arbitrage dispose que « les arbitres observeront à chaque instant les règles de déontologie professionnelle que leur exige leur statut, ils devront agir de bonne foi, avec honnêteté et rigueur, et donner aux parties les garanties suffisantes pour assurer l'impartialité, la neutralité et l'égalité entre les parties ». Ce texte impose une certaine conduite à ses arbitres, dont le non-respect est sanctionné par l'article 11 qui dispose que « les sanctions, suite au manquement des fonctions définies dans le code de déontologie seront indépendantes de toute autre responsabilité qui pourrait découler de l'application d'autres lois et d'autres règlements, et pourront avoir la teneur suivante : 1°) Avertissement privé et par écrit ; 2°) Suspension de six mois à deux ans pour intervenir en tant qu'arbitre ; 3°) Exclusion de la liste des arbitres ou interdiction d'appartenir aux listes de la cour ou à l'une de ses filiales ». Cette disposition, tout en consacrant le caractère autonome des sanctions disciplinaires de cette institution qui peuvent ou non être cumulées avec d'autres actions en responsabilité, élabore un régime de sanctions disciplinaires dans l'ordre croissant. Si la C.C.J.A. se dotait d'un code de déontologie, il va de soi que ces sanctions pourraient être mises en œuvre de manière relativement aisée et permettraient, par leur caractère dissuasif, d'anticiper sur les violations par les arbitres de leurs missions.

Il en va différemment dans l'arbitrage *ad hoc*. La responsabilité disciplinaire de l'arbitre trouve en effet son terrain de prédilection dans le cadre des arbitrages institutionnels. Or, les parties, pour une raison ou une autre, peuvent ne pas vouloir soumettre leur litige à un tel arbitrage et opter pour un arbitrage *ad hoc*. Les arbitres œuvrant en pareille circonstance doivent également pouvoir voir leur responsabilité disciplinaire recherchée. En effet, pour paraphraser Jean-Denis BREDIN⁶⁴⁹, il n'est pas souhaitable que la paresse obstinée d'un

⁶⁴⁹ J.-D. BREDIN, « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? », *Justices* 1996, n°3, pp. 161 et s., spèc. pp. 165-166.

arbitre, son incapacité professionnelle, ses fautes grossières demeurent sans effet et que l'arbitre compétent, sérieux et qui travaille sans relâche, ce que beaucoup font, poursuive la même carrière qu'un autre qui ne fait rien ou qui accumule les manquements aux obligations de son statut, de la loi, de la déontologie. De tels arbitres indécents doivent, sinon être mis de côté, du moins mis en garde. La création d'une corporation d'arbitres pourrait ainsi servir à garantir l'existence ou l'application de la responsabilité disciplinaire de l'arbitre dans ce type d'arbitrage. L'existence d'une telle corporation ne vise pas à en faire des arbitrages institutionnels. Ils resteraient malgré tout *ad hoc*. En réalité, le rôle de la corporation envisagée serait dans un premier temps de démocratiser l'accès à la profession d'arbitre, encore très élitiste à l'heure actuelle en droit Ohada. Ensuite, celle-ci pourrait élaborer des listes d'arbitres aptes à conduire un procès arbitral dans les règles de l'art. Cette corporation devrait pour y parvenir établir des conditions strictes d'accès à ce corps, conditions pour l'essentiel basées sur la compétence juridique, l'expérience professionnelle et surtout la probité des candidats. Elle devrait pouvoir créer des fichiers ou des listes nationales d'arbitres et une liste régionale localisée, pourquoi pas, à la C.C.J.A. Sur le plan national, la liste pourrait être déposée au greffe de chaque cour d'appel.

Si une telle corporation venait à être créée dans l'espace Ohada, son rôle ne serait pas de faire des arbitrages qu'elle connaît des arbitrages institutionnels. Elle se bornerait à élaborer une liste que les parties, désireuses de recourir à l'arbitrage *ad hoc*, pourraient consulter librement. C'est cette corporation qui infligerait, dans l'arbitrage *ad hoc*, les sanctions disciplinaires aux arbitres malveillants comme le fait actuellement la C.C.I.

3) La responsabilité des centres d'arbitrage

La responsabilité du centre d'arbitrage peut être recherchée, pour faute personnelle de l'arbitre, si le centre a commis une faute dans le choix de l'arbitre ou si le centre a commis une négligence caractérisée dans l'exercice de son engagement à surveiller le déroulement de l'instance. Deux arrêts rendus récemment par la Cour d'appel de Paris mettent en lumière les précautions que l'arbitre doit prendre et ce qu'il doit faire lors de sa déclaration d'indépendance pour que son comportement ne soit pas critiquable et que sa sentence ait une portée juridique. Ces arrêts mettent également en exergue la responsabilité des centres

d'arbitrage vis-à-vis des comportements des arbitres qu'ils choisissent⁶⁵⁰. Aux termes de ces arrêts, la Cour annule la sentence rendue par l'arbitre qui n'a pas révélé correctement les liens qui l'unissaient à l'une des parties.

Dans l'espèce, la Cour d'appel de Paris a estimé « qu'au regard du caractère délibérément tronqué et réducteur de la déclaration d'indépendance à laquelle s'est livré en l'espèce l'un des arbitres alors même que la société recourante n'avait aucune raison particulière de mettre en doute la bonne foi de celui-ci, peu important à cet égard la parfaite accessibilité dès le début de la procédure arbitrale des informations quant aux liens unissant l'arbitre à l'un des associés du cabinet d'avocats, conseil de l'autre partie, le moyen d'annulation pris de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral est recevable ».

Ces obligations sont très généralement reprises dans les règles statutaires des centres d'arbitrage. Mais, comme de malheureuses affaires l'ont démontré⁶⁵¹, les centres d'arbitrage et les arbitres qu'ils désignent de manière administrative, ont parfois tendance à avoir une interprétation « très laxiste », c'est le moins que l'on puisse dire, de ces règles. On ne peut alors que se féliciter que le juge judiciaire vienne rappeler que la place que les Etats apportent à la justice conventionnelle privée ne peut se justifier que si les principes fondamentaux de l'arbitrage, indépendance, impartialité et obligation de révélation, sont respectés de manière rigoureuse et honnête.

Contrairement à une idée reçue, les institutions d'arbitrage ne jouissent pas d'une immunité de juridiction. La jurisprudence a déjà retenu le principe de responsabilité d'une institution d'arbitrage⁶⁵² et par l'arrêt rendu le 14 octobre 2014, la Cour d'appel de Paris (Pôle 1, Chambre 1) pose le principe de la responsabilité des centres d'arbitrage. Dans cet arrêt d'annulation concernant une affaire de conflit d'intérêts non révélé par un avocat de Vancouver, arbitre unique et avocat associé du cabinet canadien FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP, la prestigieuse juridiction considère qu'« il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées, ni

⁶⁵⁰ C. A. Paris, 2 juillet 2013, Société LA VALAISANNE HOLDING LVH c/ M. Guy B. C/o MATCO LIMITED, Rev. Arb, 2013, somm. 819. ; CA Paris. Pôle 1- Chambre, 29 octobre 2013 déc. N°12/17423, joint avec le RG n° 12/19025.

⁶⁵¹ Notamment l'affaire I.C.D.R. / Henri ALVAREZ / FASKEN MARTINEAU / Michaël LEE / 20 ESSEX Street.

⁶⁵² TGI Nanterre, 1^{er} juillet. 2010, RG 07/13724, Société Filature Française de Mohair c/ Fédération Française des Industries Lainières et Cotonnières.

qu'elles poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale »⁶⁵³. En l'espèce, le cabinet d'avocats de l'arbitre unique avait travaillé, en plein cœur de l'arbitrage, pour l'une des parties sur une opération portant sur 660 millions de dollars, ce qui n'avait pas été révélé par l'arbitre unique. La sentence de l'arbitre défaillant dans ses obligations de révélation était soumise à la Cour d'appel de Paris. Appliquant la jurisprudence TECNIMONT, les juges ont donc infirmé l'ordonnance d'exequatur⁶⁵⁴.

Cet arrêt très commenté a été bien accueilli par la doctrine. Le point de droit fondamental⁶⁵⁵ sur lequel la Cour se repose pour annuler les effets de la sentence viciée et la déclarer contraire à l'ordre public est unanimement approuvé. Il témoigne de la réaffirmation par la Cour d'appel de Paris d'une conception rigoureuse des obligations de révélation des arbitres. Il convient donc de saluer cet arrêt en relevant le montant exemplaire, parfaitement justifié, de la condamnation fondée sur l'article 700 du Code de procédure civile, soit 200 000 €. En effet, le conflit d'intérêts non révélé était d'une telle gravité que demander l'exequatur d'une décision arbitrale biaisée, du fait de la faute de l'arbitre, mais aussi du fait des demandeurs à l'instance⁶⁵⁶, relevait d'un abus de procédure devant être sanctionné de la manière la plus exemplaire. L'opération non révélée conduite par le cabinet FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP en plein cœur de l'arbitrage, d'un montant de 660 millions de dollars, comportait en grande partie un paiement en titres d'une grande société minière cotée à TORONTO. En 2012/2013, le même cabinet FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP était conseil, avec une banque d'affaires filiale de la société américaine partie à l'arbitrage, d'une OPA d'un montant de 5,1 milliard de dollars sur cette même société minière...

⁶⁵³ C.A. Paris, 14 oct. 2014, n° 13/13459, AGI, JCP 2014. 1272, note H. Guyader ; Newsletter du CMAP, nov. 2014, p. 10, obs. L. JANDARD.

⁶⁵⁴ Qui est en France une procédure non contradictoire et quasi automatique.

⁶⁵⁵ C'est à l'arbitre de révéler les conflits d'intérêt et non pas à la partie plaignante d'organiser un système de veille permanente susceptible de l'avertir du conflit d'intérêts impliquant l'arbitre.

⁶⁵⁶ Qui étaient donc en relations d'affaires non révélées avec le cabinet de l'arbitre unique.

Conclusion du chapitre II

Ce chapitre consacré à la répression des tactiques dilatoires des arbitres et des parties met en évidence les mécanismes existant dans la législation Ohada pour éradiquer les comportements dilatoires des personnes de mauvaise foi dans l'arbitrage.

Nous avons mis en évidence les mesures qui peuvent être prises pour empêcher les tactiques dilatoires avant l'arbitrage et pendant la procédure arbitrale jusqu'au moment du délibéré arbitral. Ces mesures, sans nul doute contribuent à la sécurité dans la procédure arbitrale. Mais qu'en est-il de la sécurité de l'arbitrage, c'est-à-dire, de la sécurité de la décision arbitrale qui est l'aboutissement de tout arbitrage ? Nous répondrons à cette interrogation dans le second titre.

Conclusion du titre I

Les développements consacrés à la sécurité dans la procédure arbitrale ont mis en évidence le comportement des parties et des arbitres dans le contexte législatif et règlementaire de l'Ohada.

L'obligation d'indépendance et d'impartialité, ainsi que l'obligation d'information, sont de nature à engager la responsabilité des arbitres, c'est désormais une certitude en droit de l'arbitrage. Concrètement, le manquement doit être dû à une faute imputable à l'arbitre. La responsabilité de l'arbitre peut alors être mise en cause en cas de non révélation de ses liens avec l'une des parties⁶⁵⁷. La jurisprudence, notamment celle de la Cour d'appel de Paris, tend à sanctionner de plus en plus durement les manquements à ces obligations rudimentaires des arbitres.

Ainsi, une responsabilité contractuelle individuelle pèse sur les arbitres. L'arbitre défaillant peut donc voir sa responsabilité engagée et se voir condamné à des versements de dommages-intérêts. Espérons que cette évolution jurisprudentielle se confirme et soit renforcée et que les centres d'arbitrages africains tout comme les arbitres soient dorénavant amenés à respecter les principes les plus élémentaires de l'arbitrage international relatifs aux obligations d'indépendance, d'impartialité et de révélation des arbitres, principes qui sont les fondements de leur propre statut et de leur légitimité.

Pour atteindre cet objectif, l'Ohada ne doit pas conférer aux arbitres une immunité absolue car cette conception de la responsabilité semble extrémiste. Une immunité absolue surprotège l'arbitre. Or, si l'arbitre se sent entièrement protégé et inattaquable, un arbitre peu scrupuleux risquerait de succomber à la tentation de prendre sa mission à la légère, ce qu'il faut à tout prix éviter. En outre l'organisation doit faire des efforts dans la formation des arbitres et professionnaliser tout l'environnement des institutions arbitrales.

Ces mêmes vigilances doivent être observées quant aux comportements des parties en arbitrage afin d'éviter tout acte qui nuirait à la réputation et à la sécurité judiciaire de l'arbitrage sur le continent.

⁶⁵⁷ Paris 1ère Ch., 12 octobre 1995, MERKORIA SUCDEN c/ société Raoul DUVAL, Revu. Fr. arb. 1999, p. 324.

Titre II : La sécurité de la décision arbitrale dans l'arsenal juridique Ohada

Si la sécurité dans la procédure arbitrale implique l'étude du mode de déroulement de l'arbitrage et la vérification de son fonctionnement interne, la sécurité de l'arbitrage consiste quant à elle en l'étude des résultats auxquels aboutit l'arbitrage.

Une partie doit être en mesure de se prévaloir concrètement et efficacement, à l'issue de l'arbitrage, d'une sentence arbitrale. Il s'agit par conséquent de juger des résultats concrets de l'institution. Dans ce dessein, pour répondre à l'exigence de sécurité, les principes fondamentaux d'une bonne justice doivent avoir été respectés et suivis. Le contrôle étatique qui est exercé sur la sentence arbitrale doit également être conforme aux standards internationaux et la procédure de contrôle garantir l'efficacité de la sentence rendue.

Il faut noter que la plupart des sentences arbitrales sont exécutées volontairement et spontanément, puisqu'en acceptant de se soumettre à l'arbitrage les parties s'engagent à exécuter la sentence à intervenir. Dès lors, on peut dire que l'efficacité de la sentence arbitrale se mesure à la reconnaissance et l'exécution de la sentence.

Toutefois, face à une partie récalcitrante, refusant la décision de l'arbitre, il est nécessaire de saisir les tribunaux étatiques⁶⁵⁸. Eux seuls permettent le recours à la force publique, pour contraindre l'exécution de la sentence arbitrale. On comprendra alors qu'il n'est pas possible de considérer l'exécution volontaire de la sentence comme le seul critère de la sécurité de l'arbitrage. L'exécution forcée reste la principale garantie pour faire respecter une sentence arbitrale.

Pourtant, même l'exécution forcée n'est pas seule à déterminer l'efficacité d'une sentence arbitrale. Des circonstances de pur fait échappent à l'emprise de la loi, du juge ou du praticien du droit et s'avèrent parfois tout aussi décisives⁶⁵⁹. C'est le cas notamment d'un débiteur insolvable, des obstacles bureaucratiques ou des comportements peu coopératifs, ou encore lorsque vient le moment de saisir biens ou comptes bancaires de la partie condamnée. Alors pour éviter tous ces écueils, l'institution arbitrale doit, pour assurer une

⁶⁵⁸ Notamment des pays où cette partie possède quelques intérêts : immeubles, capitaux mobiliers etc.

⁶⁵⁹ Ph. FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », Rev. Arb. Fr. 1998, p. 657.

sentence arbitrale efficace et lui permettre de jouer son rôle de sécurisation judiciaire, offrir des garanties efficaces à l'exécution de la sentence arbitrale (Chapitre I). Dans nombre de cas, la sentence clôt le litige. Cependant, la sentence peut également faire l'objet de voies de recours (Chapitre II).

Chapitre I : L'exécution de la sentence arbitrale, gage de sécurité de l'arbitrage

Le sujet de l'exécution de la sentence arbitrale pourrait être abordé sous plusieurs angles d'utilité variable.

Tout d'abord, il est possible de traiter de l'exécution par mobilisation de la force publique, ce que certains appelleraient « exécution concrète » ou « exécution matérielle »⁶⁶⁰. Sous cet angle, le sujet ne manque pas d'intérêt, mais si la sentence arbitrale est déclarée exécutoire, son exécution ne présente aucune particularité par rapport à celle des autres titres exécutoires⁶⁶¹.

Le sujet pourrait ensuite être abordé sous l'angle de l'exécution spontanée de la sentence arbitrale. D'un point de vue de technique juridique, cette approche présente un intérêt très limité voire inexistant. Pourtant, nous voudrions nous y attarder, eu égard à l'importance des données psychologiques dans la justice arbitrale. Les signes⁶⁶² que montre notre pratique encore balbutiante de l'arbitrage laissent penser que ces données psychologiques ne sont pas bien comprises, ce qui fait courir un risque énorme non seulement à la justice arbitrale, mais aussi à la pratique des affaires.

On dit souvent que l'arbitrage est une justice amiable. Cela signifie, si l'on se réfère au sens étymologique du mot « amiable », qu'il s'agit d'une justice entre amis. Les esprits retors pourraient rétorquer qu'en affaires il n'y a pas d'amitié, mais des intérêts à défendre. Soit. Encore faudrait-il bien comprendre le sens de ces intérêts. Plus concrètement, l'idée de justice amiable renvoie, non à des sentiments affectifs, mais à la pesée des intérêts dans des relations d'affaires qui ont pu connaître un incident que la sentence arbitrale a vocation à régler. Il s'agit alors, pour la partie condamnée, de décider soit que l'incident est définitivement clos

⁶⁶⁰ L'adjectif « matérielle » évoque simplement le contact, souvent physique, entre l'agent sollicité pour l'exécution et les biens dans le cadre d'une exécution forcée.

⁶⁶¹ Constituent des titres exécutoires : les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute, les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle non susceptible de recours suspensif d'exécution, les procès verbaux de conciliation signés par le juge et les parties, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, les décisions auxquelles la loi attache les effets d'une décision de justice (article 33 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution).

⁶⁶² Dans la pratique, on note beaucoup de résistance à l'arbitrage et à l'exécution des sentences rendues.

par la sentence arbitrale, et donc que les relations d'affaires doivent se poursuivre, soit que les relations d'affaires vont s'arrêter. Si elle prend la première option, elle exécute spontanément la sentence arbitrale, rassurant ainsi son partenaire de ses bonnes dispositions. Si elle prend la seconde option, elle attend l'exécution forcée de la sentence et met en péril ses relations d'affaires, et parfois sa crédibilité dans le monde des affaires. En effet, lorsque les affaires se font dans un cercle fermé où tout le monde se connaît, il vaut mieux ne jamais présenter l'image d'un mauvais perdant à la justice arbitrale.

On vante aussi le caractère confidentiel de la justice arbitrale⁶⁶³. Les déboires des parties peuvent rester dans la confiance, leurs affaires, avec les secrets qu'elles peuvent receler, sont assurées de rester dans le secret. Mais le secret est forcément rompu par la partie qui refuse d'exécuter spontanément la sentence arbitrale puisque, ce faisant, elle oblige l'autre partie à s'adresser à la justice étatique. Contrairement à la justice arbitrale, cette dernière est publique et pourrait mettre à nu des vérités qui ne sont pas bonnes à exposer.

La pratique arbitrale semble perdre de vue ces enjeux. En effet l'exécution spontanée des sentences arbitrales est l'attitude la moins partagée : on résiste souvent même si l'expérience montre qu'on finit toujours par être contraint à l'exécution, après un exequatur.

L'exequatur est le troisième angle sous lequel ce sujet pourrait être traité. C'est sans nul doute l'angle qui intéresse le plus la réflexion scientifique. L'exequatur peut être présenté comme un « bon à exécuter » délivré par le juge étatique et rendu nécessaire par le fait que la sentence arbitrale est une œuvre de juges privés. La sentence arbitrale prend en effet naissance hors de l'appareil judiciaire étatique, et ne peut intégrer cet appareil pour prendre place à côté d'autres titres exécutoires sans un minimum de contrôle. Pour autant, le contrôle d'exequatur n'est pas une occasion offerte au juge étatique pour juger une seconde fois. En effet, le différend lui a auparavant été d'un commun accord retiré par les parties et soumis aux arbitres qui l'ont du reste déjà tranché. Le juge étatique de l'exequatur est alors saisi essentiellement pour prendre acte de ce fait et s'assurer que l'œuvre des arbitres ne heurte pas nos conceptions fondamentales de la justice. C'est à cette condition que la justice arbitrale reste une justice alternative et surtout justifie les atouts qui lui sont reconnus. Il faudrait penser notamment à la

⁶⁶³ La règle du caractère confidentiel de la justice arbitrale est certaine, mais maladroitement formulée par l'article 18 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Le texte dispose que « les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes ». Or, il faudrait penser que toute la procédure arbitrale est confidentielle. L'article 6 de la loi camerounaise n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire dispose que « la justice est rendue publiquement et toute décision est prononcée publiquement ».

célérité qui se vérifie dans la phase arbitrale mais se prolonge aussi dans la phase post-arbitrale dans laquelle on retrouve l'instance d'exequatur⁶⁶⁴.

Un regard d'ensemble sur le droit de l'arbitrage dans notre contexte juridique montre que cette préoccupation est prise en compte aussi bien dans l'arbitrage traditionnel⁶⁶⁵ que dans les systèmes d'arbitrage très originaux de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage⁶⁶⁶. Le Traité Ohada et le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., de même que les législations internes africaines, ont fait œuvre révolutionnaire en instituant un exequatur. Mais telles une hydre, les difficultés de mise en route de l'exécution forcée peuvent réapparaître, même là où on ne les attend pas, lorsque le juge étatique rend une décision d'exequatur, celle-ci est presque mécaniquement suivie de l'apposition de la formule exécutoire. Cette relative automaticité ne se vérifie pourtant pas s'agissant de l'exequatur des sentences rendues sous l'égide de la C.C.J.A., car la formule exécutoire doit être apposée dans le pays où l'exécution est poursuivie.

Nous tâcherons ainsi de démontrer, à travers les textes du Traité Ohada et de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage Ohada, l'efficacité de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale dans le droit commun de l'arbitrage (Section I). Dans un second temps, nous étudierons la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A. (Section II).

Section I : L'exécution efficace de la sentence arbitrale dans le droit commun de l'arbitrage Ohada

Les sentences issues de l'arbitrage de droit commun Ohada sont non seulement celles des arbitrages *ad hoc*, mais aussi celles rendues sous l'égide des centres d'arbitrage internes, et autres centres privés qui viendraient à être créés, tout comme celles rendues sur le fondement des règles étrangères à l'espace Ohada.

⁶⁶⁴ L'exequatur se situe dans la phase post-arbitrale puisqu'il est demandé au juge étatique. Mais il est une sorte d'appendice de la justice arbitrale, de sorte qu'aucune réflexion globale sur la justice arbitrale ne peut faire l'économie du regard sur l'exequatur.

⁶⁶⁵ Afin d'éviter toute équivoque, précisons que la notion d'arbitrage traditionnel ici utilisée s'oppose à celle d'arbitrage original de la C.C.J.A. ou du C.I.R.D.I. Plus précisément, l'arbitrage traditionnel est celui qui est organisé dans un cadre non étatique et dont les sentences peuvent être soumises au juge étatique pour exequatur. Cette définition permet d'englober à la fois les sentences de l'arbitrage *ad hoc* et celles des arbitrages organisés par les institutions privées.

⁶⁶⁶ P. G. POUGOUE, « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage », dans « L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », éd. Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 129 et s.

L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage prévoit qu'elles sont reconnues et exécutées dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables, et à défaut, dans les mêmes conditions que celles qu'il prévoit⁶⁶⁷. La convention internationale à laquelle on pense spontanément est celle de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Pour autant, cette convention ne prive pas la partie intéressée du droit de se prévaloir des dispositions plus favorables du droit interne ou d'une autre convention⁶⁶⁸.

Le régime d'exequatur de l'Acte Uniforme étant plus favorable au demandeur que celui de la Convention de New York, il est raisonnable de penser que ce dernier texte ne sera que peu invoqué par les parties. C'est la raison pour laquelle, dans la présente étude, nous nous en tiendrons aux dispositions de l'Acte Uniforme, complétées par la loi nationale, pour étudier l'exequatur de la sentence arbitrale dans l'arbitrage de droit commun de l'arbitrage Ohada (Paragraphe I). Nous ferons ensuite quelques observations sur les sentences arbitrales rendues dans l'espace Ohada (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'exequatur de la sentence arbitrale dans le droit commun de l'arbitrage Ohada

Nous étudierons, à cette étape de notre étude, l'objet de l'exequatur (A), ses conditions de fond (B) et les modalités dans lesquelles l'exequatur s'effectue (C).

A : L'objet de l'exequatur en droit commun de l'arbitrage Ohada

S'il est utile d'étudier l'objet de l'exequatur, c'est afin de le distinguer de l'exécution avec laquelle il risque d'être confondu. Dans le langage juridique, l'exécution d'un titre renvoie essentiellement à la phase au cours de laquelle son bénéficiaire mobilise la force publique pour obtenir satisfaction. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit de titres exécutoires. Ceux-ci sont revêtus de la formule exécutoire dressée au nom du souverain.

Des titres comme les jugements étrangers et sentences arbitrales ne peuvent en revanche, pour leur exécution, bénéficier du concours de la force publique, parce qu'ils sont

⁶⁶⁷ Art. 34 de l'A.U./D.A.

⁶⁶⁸ Art. 7 §1^{er} de la Convention de New York.

dépourvus de la formule exécutoire. Cela explique l'intérêt, pour leur détenteur, de soumettre, au juge étatique le titre à un examen de régularité au terme duquel il pourra être jugé digne de bénéficier des faveurs des titres exécutoires. Plus concrètement, l'examen de régularité auquel la sentence arbitrale est soumise permet au juge de vérifier que la sentence peut être exécutée avec le concours de la force publique. Si c'est le cas, la sentence bénéficie d'une décision d'exequatur. L'exequatur se présente ainsi comme un véritable « bon à exécuter » délivré par le juge étatique et se traduisant par l'apposition de la formule exécutoire devant lui profiter pour son exécution forcée.

La procédure d'exequatur est postérieure au règlement au fond, puisque celle-ci a déjà été prononcée par la sentence arbitrale. Elle est en revanche préalable à l'exécution forcée. Le juge d'exequatur ne condamne donc aucune partie au fond et ne prend aucune mesure relative éventuellement aux biens à saisir. On comprend que sur le terrain de l'exequatur, on ne s'intéresse pas par exemple aux questions d'immunité d'exécution.

B : Les conditions de fond de l'exequatur

Les conditions de fond de l'exequatur sont de deux ordres : la preuve de l'existence de la sentence (1) et de la non contrariété de la sentence à une règle d'ordre public international des Etats membres de l'Ohada⁶⁶⁹ (2).

1) La preuve de l'existence de la sentence

La preuve de l'existence de la sentence est établie par la production de l'original de la sentence accompagné de la convention d'arbitrage. Il est admis de produire des copies de la sentence et de la convention d'arbitrage, mais bien sûr il faudrait que ces copies soient certifiées conformes aux originaux. Ces documents doivent en principe être traduits en français⁶⁷⁰. Cependant, depuis l'introduction d'autres langues en arbitrage Ohada, cette exigence ne relève plus de l'obligation, du moins si les documents sont rédigés en anglais, en espagnol ou encore en portugais. L'obligation demeure pour les autres langues puisque les documents rédigés en toute autre langue doivent quant à eux être traduits en français.

⁶⁶⁹ Art. 31 alinéas 2 et 4 de l'A.U./D.A.

⁶⁷⁰ Art. 31 alinéas 2 et 3 de l'A.U./D.A.

Le juge étatique chargé de l'exécution, ou saisi le plus souvent d'une reconnaissance de l'autorité de la chose jugée de la sentence, doit seulement contrôler l'existence de la sentence. Cela signifie que son contrôle ne doit pas porter sur la convention d'arbitrage jointe à la sentence. En particulier, il n'a pas à vérifier si les arbitres étaient compétents sur la base de la convention d'arbitrage⁶⁷¹.

La deuxième condition de fond de l'exequatur a trait au contenu de la sentence. La sentence ne doit pas être contraire à une règle d'ordre public international des Etats parties.

2) La non contrariété de la sentence à une règle d'ordre public international

La sentence ne doit pas être contraire à l'ordre public international des Etats parties. Cette condition est pour le moins ambiguë. Il est en effet possible de se demander si cette référence à l'ordre public international des Etats parties renvoie à l'ordre public international au sens du droit international privé de chacun des Etats membres ou si elle désigne l'ordre public international commun à tous les Etats parties. Plusieurs auteurs se sont interrogés sur le contenu de « l'ordre public international des Etats parties »⁶⁷². S'agit-il de la somme des ordres publics internationaux des Etats ou de la zone d'intersection de ces ordres publics ? Il semble juste de retenir la seconde alternative, car autrement on pourrait aboutir à un contenu de l'ordre public international plus dense que les ordres publics internes des Etats. L'option prise par le législateur est d'obliger le juge à s'en tenir à l'exigence de la non violation des conceptions les plus fondamentales de la justice dans les Etats membres de l'Ohada⁶⁷³.

Il semble donc qu'ici, la notion d'ordre public doit être appréhendée d'un point de vue communautaire, car l'Acte Uniforme utilise les termes de l'ordre public « des Etats parties » et non de « l'Etat partie ». Par ailleurs, le fait que le pourvoi en cassation est de la compétence de la C.C.J.A.⁶⁷⁴ nous conforte dans cette idée.

Aussi, selon nous, la non contrariété de la sentence à une règle d'ordre public international doit être entendue comme une non contrariété à l'ordre public régional.

⁶⁷¹ Sur ce point en droit français, à propos d'une disposition identique à celle de l'art. 31 de l'A.U./D.A., A. HUET, « Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français », J.D.I., 1988, p. 22.

⁶⁷² P. G. POUGOUE, J. M. TCHAKOUA et A FENEON, « Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada », P.U.A. Yaoundé, 2000, p. 312.

⁶⁷³ J. M. TCHAKOUA, à cet effet, « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace Ohada : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais », Rev. Arb. des sciences juridiques, Volume 8, 2009.

⁶⁷⁴ Art. 32 de l'A.U./D.A.

C : Les modalités de l'exequatur

Il s'agit ici de dégager le champ d'application (a) et la procédure d'exequatur (b).

a) Le champ d'application de la reconnaissance et de l'exequatur dans l'Acte Uniforme

Le champ d'application des dispositions sur la reconnaissance et l'exequatur dans l'Acte Uniforme a pour objet de définir les sentences dont la reconnaissance et l'exequatur seront soumises aux dispositions de l'Acte Uniforme.

Il s'agit d'abord des sentences rendues sur le fondement de l'Acte Uniforme. Cela recouvre également les sentences pour lesquelles le siège du tribunal arbitral se trouve dans un Etat partie. Il peut s'agir également des sentences rendues par un tribunal arbitral se situant dans Etat tiers, lorsque l'Acte Uniforme a été choisi par les parties en tant que loi de procédure. Des telles sentences sont en effet rendues sur le fondement de l'Acte Uniforme.

Il s'agit ensuite des sentences rendues sur le fondement de règles, autres que l'Acte Uniforme, « mais qui ne peuvent être ni reconnues, ni exequaturées dans un Etat de l'Ohada sur la base d'une convention internationale »⁶⁷⁵. En effet, l'Acte Uniforme dispose dans ce sens en ces termes : « les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent acte uniforme sont reconnues dans les Etats parties dans les conditions prévues par les conventions internationales [...], et à défaut dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent acte uniforme »⁶⁷⁶.

Cependant, il faut exclure de ces catégories de sentences rendues sur le fondement de l'Acte Uniforme ou de règles différentes mais ne relevant pas d'une convention internationale, celles qui sont rendues dans le cadre d'un arbitrage C.C.J.A., qui, elles, sont soumises à des règles spéciales pour leur reconnaissance et leur exequatur⁶⁷⁷.

b) La procédure d'exequatur dans le droit commun Ohada

L'Acte Uniforme ne règlemente nullement la procédure d'exequatur. Il se limite à prévoir que la décision d'exequatur doit être « rendue par le juge compétent dans l'Etat

⁶⁷⁵ P. MEYER, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁷⁶ Art. 34 de l'A.U./D.A.

⁶⁷⁷ Art. 30 et s. du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

partie »⁶⁷⁸. Le droit uniforme renvoie ainsi aux législations de procédure civile des Etats membres. Si celles-ci ne contiennent pas de dispositions spécifiques sur l'exequatur des sentences arbitrales, il sera nécessaire de les compléter sur ce point.

« La décision qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours »⁶⁷⁹. Cette disposition s'explique par le fait que le recours en annulation contre la sentence⁶⁸⁰ est en réalité indirectement un recours contre la décision ayant accordé l'exequatur. En effet, l'Acte Uniforme affirme expressément que « le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit [...] recours contre la décision ayant accordé l'exequatur »⁶⁸¹. On peut donc affirmer que si la décision d'exequatur n'est pas susceptible d'un recours direct, elle est toutefois susceptible d'un recours indirect par le biais du recours en annulation contre la sentence qui emporte, en même temps, recours contre la décision ayant accordé l'exequatur.

L'Acte Uniforme ne précise pas si le recours en annulation contre la sentence, avant que le juge n'ait statué sur l'exequatur, emporte dessaisissement de ce dernier. La réponse devrait être positive, eu égard à l'incidence du recours en annulation, non seulement sur l'exequatur, mais sur la sentence elle-même. Ce système, qui consiste à établir une étroite interdépendance entre le recours en annulation contre la sentence et l'exequatur⁶⁸², a comme conséquence de simplifier le régime des voies de recours.

« La décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage »⁶⁸³. Le délai du pourvoi en cassation est de deux mois à dater de la signification de la décision⁶⁸⁴. L'Acte Uniforme ne précise pas les moyens du pourvoi en cassation et donc l'étendue du contrôle de la cour. Le contrôle de la cour devrait porter sur les conditions que le juge a relevées pour refuser l'exequatur, c'est-à-dire l'inexistence de la sentence ou sa contrariété à l'ordre public international des Etats parties.

Après avoir examiné les contours du droit commun de l'arbitrage Ohada, il convient de faire quelques observations sur l'exécution des sentences rendues dans cet arbitrage.

⁶⁷⁸ Art. 30 de l'A.U./D.A.

⁶⁷⁹ Art. 32, al.2 de l'A.U./D.A.

⁶⁸⁰ Art. 25 et s. de l'A.U./D.A.

⁶⁸¹ Art. 32, al. 3 de l'A.U./D.A.

⁶⁸² Cette interdépendance est encore attestée par le fait que « le rejet du recours en annulation emporte de plein droit validité [...] de la décision ayant accordé l'exequatur » (art. 33 de l'A.U. /D.A.).

⁶⁸³ Art. 32, alinéa 1^{er} de l'A.U./D.A.

⁶⁸⁴ Art. 28.1 du Règlement de procédure de la C.C.J.A.

Paragraphe II : Observations sur les sentences rendues en droit commun de l'arbitrage Ohada

Il s'agit d'examiner dans ce paragraphe, l'issue d'une sentence arbitrale selon qu'elle est rendue contre un Etat partie (A) ou qu'elle est rendue à l'extérieur de l'espace Ohada (B).

A : La sentence rendue contre un Etat membre du Traité

Comme souligné antérieurement, les sentences arbitrales sont volontairement exécutées, ce qui est conforme à la nature même de l'arbitrage : la partie perdante exécute spontanément la décision de ceux qu'elle a choisie pour la juger. Or, si les praticiens du droit ont accueilli favorablement l'institution de l'arbitrage dans le droit Ohada, force est de constater que l'exécution volontaire des sentences rendues contre un Etat partie au Traité Ohada pose de plus en plus de difficultés (1). Celles-ci méritent certainement qu'on y revienne de nouveau, soit pour poser les jalons d'une relecture des textes qui la sous-tendent (2), soit pour imaginer des mécanismes pouvant permettre de la garantir (3).

1 : Un constat mitigé de l'exécution volontaire des sentences arbitrales

Aux termes de l'Acte Uniforme, les Etats et leurs démembrements peuvent être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit de contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage⁶⁸⁵. Il est alors tout à fait possible pour les personnes morales de droit public de l'espace Ohada, de conclure des conventions d'arbitrage. S'il est désormais acquis en Ohada que les Etats, leurs démembrements et émanations peuvent soumettre les litiges qui les opposent à un tiers à un tribunal arbitral, toute la difficulté reste celle de l'exécution des sentences arbitrales lorsque celles-ci sont rendues en leur défaveur. Il faut alors trouver le moyen de concilier la possibilité qu'ont les Etats et leurs démembrements de se soumettre à l'arbitrage et les immunités juridictionnelles dont bénéficient ceux-ci et leurs biens.

Fondées sur le principe universel de l'égalité souveraine des Etats en vertu duquel un Etat est soustrait à la juridiction d'un autre et ne peut, ni être jugé, ni être saisi dans un autre

⁶⁸⁵ Art. 2, al. 2 de l'A.U./D.A.

Etat sans son consentement, les immunités étatiques de juridiction et d'exécution, si elles étaient absolues jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, sont de plus en plus tempérées pour rendre possible la sécurisation des accords et transactions commerciaux entre Etats et opérateurs privés. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'a été adoptée le 2 décembre 2004, la nouvelle Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens. Mais il faut toutefois rappeler que cette nouvelle Convention n'est que le terme d'une longue évolution dans la mesure où les droits positifs français et même américain avaient déjà eu l'occasion de se prononcer avec netteté sur la problématique de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger.

Aux Etats-Unis par exemple, c'est depuis le 21 septembre 1976 que le Foreign Sovereign Immunity Act (F.S.I.A.) fixe les conditions de restriction par les juridictions américaines, des immunités des Etats étrangers.

En France, les juridictions ont eu à maintes reprises l'occasion de se prononcer en faveur d'une restriction des immunités des Etats étrangers. Dans l'affaire République Islamique d'Iran et OITE contre la Société FRAMATONE et autres, la Cour de cassation française, par un arrêt rendu en date du 20 mars 1989, a affirmé que « si l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger [...] est de principe, elle peut toujours être exceptionnellement écartée, notamment lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé [...] »⁶⁸⁶. Toujours est-il qu'il est constant que les Etats parties au Traité de l'Ohada ont, comme tout Etat, la possibilité de renoncer à leurs immunités de juridiction et d'exécution en acceptant d'être attirés devant les tribunaux d'un pays étranger ou devant un tribunal arbitral et de se voir ainsi appliquer les voies d'exécution forcée.

En acceptant une clause compromissoire dans le cadre d'un accord commercial interne ou même international avec une personne morale de droit privé, l'Etat renonce implicitement à son immunité de juridiction. Il est en effet admis que la renonciation à l'immunité de juridiction par l'acceptation d'une convention d'arbitrage, vaut renonciation à l'immunité d'exécution, sauf clause contraire⁶⁸⁷. Ramenée au champ d'application du Traité de l'Ohada, cette restriction aujourd'hui reconnue à l'immunité de juridiction absolue des Etats souffre

⁶⁸⁶ Cass. Civ. 1re Ch. Civ., 20 mars 1989.

⁶⁸⁷ Cass. Civ., 9 juillet 1992, N. BEYRARD c/ Rép. de Côte d'Ivoire, Rev. Arb 1994, p. 133 ; Cass. Civ., 1re Ch. 6 juin 2000 Sté CREIGHTON LTD c/ Ministère des Finances de l'Etat du Qatar, Rev. Arb 2001, p. 130 ; CA Paris 1re Ch., 12 déc. 2001, Sté CREIGHTON LTD c/ Ministère des Finances de l'Etat du Qatar, Rev. Arb 2003, n° 2, p. 417.

quelque peu. Les juridictions de l'espace Ohada se montrent généralement hostiles à une application restrictive de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public.

L'affirmation de ce principe résulte des dispositions de l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. D'après ce texte qui réaffirme le principe général de l'interdiction des voies d'exécution et des mesures conservatoires contre l'Etat et ses démembrements, « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité. Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes ou entreprises ».

Dans bien des cas, les tribunaux de l'espace Ohada se sont appuyés sur ce texte pour écarter toute restriction à l'immunité d'exécution absolue des Etats. Dans une affaire où la Société de Fournitures Industrielles du Cameroun (S.F.I.C.) avait pratiqué une saisie attribution sur les comptes de l'Office National des Ports du Cameroun (O.N.P.C.) pour le paiement d'une somme de plus d'un milliard et demi, le juge a ordonné la main levée en se fondant justement sur l'article 30 de l'Acte Uniforme⁶⁸⁸. Dans un autre cas où le créancier d'une société étatique nigérienne (I.R.A.N.) avait pratiqué une saisie attribution sur les comptes bancaires de cette dernière, la Cour d'Appel de Niamey avait confirmé l'ordonnance par laquelle le juge d'instance, en application de cet article 30, avait ordonné la main levée de la saisie pratiquée sur I.R.A.N.⁶⁸⁹.

2 : Les solutions existant dans les textes Ohada

Les solutions organisées par le droit Ohada pour favoriser l'exécution volontaire des sentences arbitrales consistent en des restrictions d'immunité juridictionnelle (a) et à l'octroi de compensation (b).

⁶⁸⁸ Douala, Ord n° 339 du 3 nove 1998 ; Rev Cmr. Arb. n° 18, éd Juillet-aout-sept 2002, p. 14.

⁶⁸⁹ Niamey, arrêt n° 105 du 13 juin 2001.

a) Les restrictions d'immunité juridictionnelle

Il est plus qu'indispensable que le juge étatique de l'espace Ohada fasse une application de l'article 30 suscitée dans une logique compatible avec l'objectif de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Ohada. En effet, l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte Uniforme en donnant la possibilité aux personnes morales de droit public de l'espace de conclure des conventions d'arbitrage, les autorise, dans le même temps, à renoncer à leur immunité de juridiction.

Si la conclusion d'une convention d'arbitrage par une personne morale de droit public vaut renonciation à son immunité de juridiction et qu'il est constant qu'en règle internationale, la renonciation à l'immunité de juridiction emporte, sauf convention contraire, renonciation à l'immunité d'exécution, alors, les juges de l'espace Ohada doivent pouvoir restreindre l'immunité d'exécution des personnes en cause lorsque celles-ci, pour échapper à leurs engagements, sollicitent le bénéfice de l'article 30 susvisé. D'ailleurs, ce fût le cas dans une espèce où une société de droit camerounais dénommée AFRICAN PETROLEUM CONSULTANTS (A.P.C.) avait obtenu contre la Société Nationale de Raffinerie (S.O.N.A.R.A.) camerounaise, une sentence arbitrale rendue à Londres en date du 17 avril 2002, condamnant cette dernière à lui payer près de 3 millions de dollars américains et avait pratiqué une saisie attribution des créances de celle-ci sur la société SHELL Cameroun S.A. en sa qualité de tiers-saisie sans que le débiteur ne puisse bénéficier des dispositions de l'article 30 susvisé qu'il invoquait pour s'opposer à l'exéquatur de la sentence arbitrale⁶⁹⁰. Dans un autre cas, la société COMMISIMPEX avait obtenu contre l'Etat Congolais et la Caisse Congolaise d'Amortissement, une sentence arbitrale C.C.I. en date du 3 décembre 2000, condamnant ces derniers à lui verser diverses sommes d'argent au titre de plusieurs marchés et avait obtenu du Président du Tribunal de Commerce de Brazzaville la fixation du montant total de sa créance. Il ressort explicitement de l'ordonnance rendue que « [...] le tribunal relève par ailleurs, que la République du Congo et la Caisse d'Amortissement ont renoncé à leurs immunités de juridiction et d'exécution [...] »⁶⁹¹.

Il en découle qu'une restriction à l'immunité juridictionnelle peut être obtenue si les juridictions de l'espace Ohada font une interpénétration de l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en conformité avec les objectifs assignés par le législateur aux différents Actes Uniformes

⁶⁹⁰ TGI Buea, décision n° HCF/141/OM/2001-2002 du 13 août 2002.

⁶⁹¹ Tb. Comm. Brazzaville, Ord du 09 nov. 2001.

s'agissant de la promotion des investissements mais aussi et surtout de la sécurisation juridique dans les transactions commerciales avec les Etats parties de l'Ohada.

b) La compensation

Au cas où l'immunité de juridiction est appliquée sans restriction aucune par les juges de l'espace Ohada, le législateur a néanmoins prévu la possibilité d'une exécution des sentences arbitrales rendues par le truchement de la compensation. Il ne fait aucun doute que les personnes morales de droit public, tout comme les entreprises publiques, dans le territoire couvert par l'Ohada échappent encore à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires. Le législateur communautaire, probablement édifié sur la fragilisation du droit de créance et par suite de la dévalorisation du titre exécutoire, du risque d'injustice à laquelle devait fatalement aboutir cette situation, le créancier n'ayant pas obtenu le paiement spontané de la part de son débiteur que l'immunité d'exécution protège, a entendu devoir tempérer les conséquences de l'immunité d'exécution. Désormais, les créanciers ne sont plus totalement désarmés face aux immunités d'exécution des personnes morales de droit public. Ils peuvent par exemple invoquer contre elles la compensation pour des créances certaines, liquides, exigibles et réciproques. Il est en effet prévu à l'alinéa 2 de l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution que « les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ».

Cette autre solution, bien que louable, soulève néanmoins quelques difficultés quant à son régime juridique. En effet, l'alinéa suivant de ce même texte prévoit que « les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes ou entreprises ». Il en ressort qu'hormis le fait que la dette doit être certaine, liquide et exigible, la compensation n'est envisageable qu'à la condition indispensable de reconnaissance expresse de celle-ci par les personnes morales de droit public dès lors qu'elle ne résulte pas d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent les dites personnes. Toutefois, une autre difficulté pourrait subsister en rapport

avec la forme et le moment de cette reconnaissance que doit donner la personne morale de droit public.

3 : Propositions pour garantir l'exécution volontaire des sentences arbitrales

La solution tirée de la compensation prévue par le législateur communautaire est en réalité très peu aisée dans sa mise en œuvre, de sorte qu'il serait judicieux de trouver des solutions alternatives qui puissent permettre d'exécuter, sans grande difficulté, les sentences arbitrales surtout lorsque celles-ci sont rendues contre les Etats et leurs démembrements. Cinq propositions seront successivement présentées.

a) L'application de la nouvelle Convention des Nations Unies sur le droit Ohada

L'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte Uniforme Ohada relatif au droit de l'arbitrage, en donnant la possibilité aux personnes morales de droit public de l'espace Ohada de conclure des conventions d'arbitrage, les autorise dans le même temps à renoncer à leur immunité de juridiction. Après avoir réaffirmé le principe de l'immunité d'exécution, cette Convention prévoit en ses articles 17, 18 et 19 la possibilité pour les Etats de renoncer à celle-ci, tant en ce qui concerne les mesures conservatoires qu'exécutives par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit s'agissant des mesures et contraintes contre les biens d'un Etat en relation avec une procédure devant un tribunal d'un autre Etat.

Ces dispositions de la nouvelle Convention des Nations Unies consacrent en principe une règle antérieurement admise en droit international. En effet, un Etat peut renoncer au bénéfice de son immunité de juridiction en acceptant une clause d'arbitrage par un Etat étranger. L'on considère que cette acceptation vaut renonciation de l'Etat à son immunité de juridiction. L'Etat a également la faculté de renoncer à son immunité d'exécution tant en ce qui concerne les mesures conservatoires ou provisoires que s'agissant des mesures d'exécution. En principe, l'immunité de juridiction n'a aucun sens devant les arbitres, même si on lui accorde une certaine importance devant le juge étatique également compétent pour accorder l'exéquatur. Reste alors à ce que l'ensemble des Etats parties de l'Ohada adhère à ce nouvel instrument juridique en tant qu'acteur du commerce international, toute chose qui

permettrait alors l'exécution d'une sentence arbitrale rendue contre un Etat lorsque celui-ci a expressément renoncé à son immunité d'exécution en acceptant une clause d'arbitrage.

b) Les astreintes

On pourrait également suggérer de compléter l'Acte Uniforme de l'Ohada portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution par une disposition prévoyant des voies d'exécution spécifiques contre les personnes morales de droit public. Tel est notamment le cas en France avec la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public. Cette loi consacre notamment la possibilité de procédures de contrainte spécifiques quant aux condamnations pécuniaires et générales s'agissant de l'astreinte administrative.

c) La relecture de l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

Dans sa rédaction actuelle, il ne fait aucun doute que l'article 30 de l'Acte Uniforme susvisé empêche toute restriction de l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats parties de l'Ohada, de sorte que même en ayant accepté une convention d'arbitrage, un Etat partie de l'Ohada peut invoquer le bénéfice de ce texte chaque fois que l'exécution se fera dans l'espace Ohada. Or, il serait irréaliste de croire que le juge étatique Ohada abandonnera dans l'absolu l'application de l'immunité d'exécution des Etats et de leurs démembrements telle qu'elle ressort de ce texte.

On pourrait alors, dans un premier temps, envisager que les différents gouvernements de l'espace Ohada prescrivent aux tribunaux une application de l'article 30 susvisé dans un sens compatible et conforme avec les objectifs du législateur de l'Ohada quant à la sécurisation des transactions et accords commerciaux internationaux, qui en réalité devraient contribuer au développement des investissements et des activités économiques. Il s'agirait surtout d'une application de l'immunité d'exécution dans un sens plus compatible avec le droit Ohada en recherchant par tous les moyens à restreindre la portée de l'immunité d'exécution lorsque la saisie est pratiquée sur des biens affectés à une activité industrielle ou commerciale, celle-ci relevant des règles du droit privé.

Dans un second temps, ce dispositif devrait se poursuivre pour se traduire finalement par une relecture ne serait-ce que partielle de l'article 30 susvisé par le conseil des ministres de l'Ohada. C'est le lieu de rappeler que tant la nouvelle Convention des Nations Unies que le Traité instituant l'Ohada ont pour objectif commun la promotion des investissements et des activités économiques. Dès lors, il pourrait s'agir tout simplement d'abonder dans le sens de la nouvelle Convention des Nations Unies pour, d'une part réaffirmer le principe de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et de leurs démembrements, mais aussi, d'autre part pour en préciser les exceptions en posant par exemple que l'Etat qui accepte une convention d'arbitrage, accepte par la même occasion de perdre les immunités dont il est question.

d) La garantie documentaire contractée par l'Etat

Il est tout aussi envisageable, dans le cadre de transactions commerciales internationales avec acceptation d'une convention d'arbitrage entre les parties, de prévoir une garantie bancaire payable sur présentation de la sentence arbitrale résultant d'une procédure arbitrale. Dans cette hypothèse, la garantie bancaire sous la forme d'une garantie documentaire visera à assurer, de manière effective, le paiement des sommes auxquelles aurait été condamné le colitigant donneur d'ordre à l'issue de la procédure arbitrale envers le bénéficiaire. Pour restreindre donc l'immunité d'exécution ressortissant de l'article 30 susvisé, l'Etat qui contracte avec une entreprise de droit privé pourrait très bien, non seulement en acceptant une clause compromissoire contracter une garantie bancaire qui serait consentie par une banque au profit du cocontractant, et même le faire contre garantir par une autre banque. Ce fût par exemple le cas dans le cadre d'un contrat de fourniture de matériels et d'équipements conclu entre une société française fournisseur (I.T.E.M. S.A) et une société mauritanienne acquéreur qui contenait une clause compromissoire et prévoyait qu'I.T.E.M. S.A (fournisseur) devait contracter une garantie bancaire au profit de la société mauritanienne (acquéreur) en cas d'éventuelle condamnation pour défectuosité du matériel livré par I.T.E.M. S.A (fournisseur). Cette garantie était stipulée payable sur présentation de la sentence arbitrale rendue contre la société française alors donneur d'ordre⁶⁹².

⁶⁹² C.A. Paris 1ère ch. 10 nov. 1988, D.1990, Somm., p. 201, VASSEUR.

e) La garantie de bonne exécution

Il est également possible d'envisager de mettre en place une garantie de bonne exécution stipulée payable sur présentation d'une sentence arbitrale devenue définitive au cas où le donneur d'ordre ne respecterait pas les obligations lui incombant dans le cadre du contrat de base. Ce fût le cas par exemple dans le cadre d'un contrat pour lequel l'administration irakienne avait confié à un consortium de sociétés nord-américaines la réalisation du système d'égout de la ville de Bassora⁶⁹³.

Il est donc possible de mettre en œuvre une garantie sur présentation de la sentence arbitrale, même s'il faut souligner que des difficultés pourraient survenir au cas où les caractères que devraient présenter la sentence ne sont pas définis avec clarté. Des précisions sur le dispositif de la sentence et sur son efficacité immédiate sont nécessaires en dépit d'un recours en annulation tel que prévu par les articles 25 et suivants de l'Acte Uniforme. Il serait judicieux que les parties précisent en outre si la sentence rendue en faveur du bénéficiaire de la garantie doit être assortie de l'exequatur provisoire ou non, même si la Cour d'appel de Paris avait jugé dans un de ses arrêts que dans de telles conditions, en cas de silence de la convention de garantie sur ce point particulier, le garant ne pouvait subordonner son paiement à une décision d'exequatur en France⁶⁹⁴. Toute la question resterait alors celle de savoir si l'efficacité de la sentence arbitrale dans le cas spécifique de la mise en œuvre de la garantie bancaire pourrait résister à une éventuelle invalidation de la sentence résultant d'un recours en annulation intenté par l'Etat ? En réalité, le droit de créance du bénéficiaire sur son colitigant ne repose que sur la sentence rendue en sa faveur, de sorte que l'invalidation de celle-ci aurait donc pour effet immédiat d'éteindre la créance du bénéficiaire. Dès lors, l'efficacité de la garantie étant également conditionnée par l'existence de la sentence servant de fondement à la créance du bénéficiaire, cette garantie serait rendue caduque par l'invalidation de la sentence, ce qui placerait le bénéficiaire dans une position d'enrichissement sans cause et l'obligerait sans doute à restituer le paiement effectué au titre de la garantie au garant. L'efficacité recherchée ne pourrait donc enfin être consolidée que par la mention d'une renonciation conjointe des différentes parties à toutes voies de recours contre la sentence arbitrale, ainsi qu'un engagement réciproque et ferme de l'exécuter convenablement.

⁶⁹³ C.A. Paris 15e ch. 17 sept. 1991, D.1992, Somm. 241, Vasseur

⁶⁹⁴ C.A. Paris 1ère ch. 10 nov. 1988, D.1990, précité.

A notre sens, il semble alors qu'il faille envisager une autre solution basée cette fois sur la mise place d'une assurance pour garantir l'exécution des sentences arbitrales rendues contre les Etats parties de l'Ohada.

f) La mise en place d'une assurance garantissant l'exécution des sentences arbitrales rendues contre l'Etat

Dans cet autre schéma, il s'agit de mettre en place, dans le cadre de chaque contrat avec clause compromissoire acceptée par l'Etat, une assurance par laquelle ce dernier s'engage à payer les primes. Ce mécanisme permet, au cas où une sentence arbitrale est rendue contre l'Etat, de faire face au règlement du montant de la condamnation. En effet, le versement du montant de la condamnation par l'assureur doit se faire sur présentation de la sentence arbitrale devenue définitive. A l'exemple des mécanismes déjà mis en place par le C.O.F.A.C.E. ou encore le D.U.C.R.O.I.R.E. en Belgique, il est surtout question pour les Etats de l'espace Ohada qui souhaitent accepter une convention d'arbitrage, de souscrire auprès de compagnies d'assurance spécialisées, des assurances couvrant les montants de condamnation des sentences arbitrales rendues contre eux et payables sur simple présentation de la sentence arbitrale devenue définitive.

B : L'exécution de la sentence arbitrale Ohada dans un Etat tiers : application par une juridiction étrangère du droit Ohada et des stipulations des conventions conclues par des Etats africains

Dans son arrêt du 18 novembre 2010 (n°09/20069), la Cour d'appel de Paris rend une décision relative à la procédure d'exequatur en France d'une sentence après un examen en droit français, en droit Ohada et au regard des stipulations de la convention régissant la Cour de justice de la C.E.M.A.C.

L'affaire oppose la Commercial Bank GUINEA EQUATORIALE (C.B.G.E.) et la République de Guinée Equatoriale (Etat), du fait d'un litige relatif à un défaut d'agrément survenu après la conclusion, le 18 décembre 2003, d'une convention d'établissement contenant une clause compromissoire. La sentence arbitrale rendue le 4 mai 2009 à Libreville (Gabon) condamne l'Etat à indemniser la Banque de ses préjudices. L'exequatur de la

sentence est demandé devant la C.C.J.A. puis en France. Le Président du Tribunal de Grande instance de Paris ayant prononcé l'exequatur, l'Etat a interjeté appel de cette ordonnance et soulevé à cette occasion de nombreux moyens. Parmi les moyens invoqués figurent :

- La nullité de la requête et de l'ordonnance d'exequatur, pour irrégularité de fond du fait de l'inexistence juridique de la C.B.G.E. et de forme du fait de l'absence de précisions sur l'identité du demandeur à l'exequatur dans la requête ;
- L'exception de litispendance internationale du fait du dépôt d'une requête en contestation de la validité de la sentence devant la C.C.J.A. ;
- La nullité de la convention d'arbitrage pour absence de consentement de l'Etat en raison de l'inexistence juridique de la C.B.G.E. et du défaut de pouvoir de son représentant lors de la signature de la convention d'établissement ;
- La non-conformité de la décision du tribunal arbitral à sa mission en ce qu'il n'aurait pas vérifié la validité de la convention d'arbitrage ;
- La contrariété de la sentence à l'ordre public international pour violations par le tribunal arbitral de la loi équato-guinéenne et de la convention régissant la Cour de Justice de la C.E.M.A.C.

Tous les arguments de l'Etat sont écartés en application des principes maintenant classiques en droit de l'arbitrage français. Toutefois, il convient de noter que, ce faisant, la Cour d'appel de Paris applique le droit Ohada et vise la convention C.E.M.A.C. Elle applique en effet le droit Ohada pour rejeter l'argument de nullité de la convention d'arbitrage au visa de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui dispose que « les Etats peuvent également être parties à un arbitrage sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». Elle écarte ensuite l'argument de la contrariété à l'ordre public international en ce qu'elle considère que, même si le tribunal arbitral a refusé de saisir la Cour de Justice de la C.E.M.A.C. d'une question préjudicielle conformément à l'article 18 de la Convention C.E.M.A.C., la sentence internationale n'est attachée à aucun ordre juridique étatique et l'appelante n'a pas apporté la preuve que ce refus est contraire à l'ordre public international. Elle fait ainsi application de la jurisprudence HILMARTON⁶⁹⁵.

Cet arrêt constitue donc une illustration notable de l'application par une juridiction étrangère du droit Ohada et des stipulations des conventions conclues par les Etats africains,

⁶⁹⁵ Cass. 1ère Civ., HILMARTON c/. OTV, 23 mars 1994, Rev. Arb. 1994. p. 327, note JARROSSON.

dans le but de protéger l'efficacité des sentences au profit de leurs bénéficiaires, notamment dans un litige impliquant un Etat.

Après avoir analysé l'exequatur dans le droit commun de l'arbitrage Ohada et dans le droit de l'arbitrage C.C.J.A., il convient d'examiner le droit conventionnel de la reconnaissance et de l'exequatur.

Paragraphe III : Le droit conventionnel de la reconnaissance et de l'exequatur

Les principales conventions internationales sont la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (A) ; la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du C.I.R.D.I. ; les conventions interafricaines de coopération et d'entraide judiciaire ; les conventions bilatérales. Nous examinerons donc l'exécution et la reconnaissance des sentences issues de ces conventions dans la zone Ohada (B).

A : La reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale selon la réglementation de la Convention de New York de 1958

La Convention de New York de 1958 pour la « reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales » fait l'objet du plus grand nombre d'adhésions dans le monde, plus d'une centaine de pays à ce jour, reflétant par-là « l'universalisme » de l'arbitrage.

Aux termes de l'article III de la Convention, chacun des Etats contractants reconnaît l'autorité d'une sentence arbitrale et s'engage à en assurer l'exécution selon les règles de procédure de l'Etat d'exécution et les conditions fixées par la clause arbitrale. Le même article *in fine* leur interdit d'imposer « pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles (elle) s'applique (... des) conditions sensiblement plus rigoureuses (ou des) frais de justice sensiblement plus élevés que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ».

Le demandeur de l'exequatur ne se trouve chargé d'aucune obligation de nature juridique. La convention considère que la sentence fait foi par elle-même, elle constitue un titre en elle-même. Cependant, le requérant devra prouver la sentence ; il produira soit l'original de la sentence ou sa copie authentique, soit celle de l'original de la convention d'arbitrage ou sa copie authentique⁶⁹⁶. Si ces documents ne sont pas rédigés dans la langue officielle du pays de l'exequatur, ils doivent être traduits, la traduction devant être « certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire »⁶⁹⁷, à peine d'irrecevabilité du grief invoqué contre la sentence.

L'article V alinéa 1 de la Convention énumère limitativement les cas de refus de reconnaissance ou d'exécution que seul le défendeur peut soulever et met à sa charge l'obligation de prouver chaque cas excipé. Il s'agit restrictivement des cas suivants :

- incapacité des parties à la convention d'arbitrage, ou invalidité de cette convention au regard soit de la loi qui lui est applicable, soit de celle du pays où la sentence a été rendue ;
- défaut du caractère contradictoire de la procédure (ignorance de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage ou impossibilité de faire valoir ses moyens) ;
- si la sentence porte sur un différend non visé au compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou contient des dispositions dépassant les termes du compromis ou de la clause compromissoire (sauf à maintenir les dispositions dissociables de celles entraînant le refus de reconnaissance ou d'exécution) ;
- si la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'ont pas été conformes à la convention des parties ou, à défaut de convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ;
- si la sentence n'est pas devenue obligatoire pour les parties ou si elle a été annulée ou suspendue par l'autorité compétente du pays où l'arbitrage a eu lieu.

De même, selon l'alinéa 2 de l'article V, la reconnaissance ou l'exécution pourra aussi être refusée si l'autorité compétente du pays d'exécution constate que :

- a) d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ;
- b) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. Par « ordre public », il faut entendre, au sens de la Convention, l'ordre public international.

⁶⁹⁶ Art. IV de la Convention de New York.

⁶⁹⁷ Art. IV §3 de la Convention de New York.

La raison d'être de la distinction des alinéas 1 et 2 tient à ce que les cas de refus visés à l'alinéa 1 pourront être soulevés seulement par le défendeur, tandis que ceux visés à l'alinéa 2 pourront l'être non seulement par le défendeur, mais également d'office par l'autorité compétente.

L'article VI de la Convention permet à l'autorité devant laquelle la sentence est invoquée, si « elle l'estime approprié », de surseoir à statuer sur l'exécution ou, à la requête de la partie qui poursuit l'exécution, ordonner à l'autre partie de fournir une sûreté. L'article 6 dispose en effet que « si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente du pays dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence ; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables ».

La Convention de New York se caractérise par son absence d'exclusivisme. En effet l'article VII énonce que « les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en manière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ». Il en résulte que chacune des parties pourra toujours se prévaloir soit du bénéfice de conventions multilatérales ou bilatérales, soit de la législation (sur l'exécution) ou des traités du pays où la sentence est invoquée, notamment si de telles dispositions sont plus favorables. Il a ainsi été jugé qu'en application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958, une partie est fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger⁶⁹⁸. Il a également été décidé par la Cour de cassation française que la Convention de New York réserve l'application d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage, ce qui est le cas du droit français. Selon ce droit, la combinaison des principes de validité de la clause d'arbitrage international et de compétence-compétence

⁶⁹⁸ Cass. Civ., 29 juin 2007, décis. Préc. ; A. MOURRE, « A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine : où va-t-on après les arrêts TERMO Rio et PUTRABALIA », Rev. Fr. Arb. 2008, p. 263.

interdit au juge étatique de statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la clause d'arbitrage avant que l'arbitre ne se soit prononcé sur ce point sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause⁶⁹⁹.

B : La reconnaissance et l'exécution des sentences issues du droit conventionnel dans la zone Ohada

Hormis le cas des sentences du C.I.R.D.I., ces conventions ne s'appliquent qu'aux seules sentences rendues sur le fondement de règles autres que celles de l'Acte Uniformes et dont la reconnaissance ou l'exécution est requise dans un Etat membre de l'Ohada partie à une de ces conventions pour autant qu'elle s'applique à l'espèce.

Par contre :

1° Les conventions bilatérales passées avec la France et certains pays africains membres de l'Ohada, continuent à s'appliquer aux sentences rendues en France sur le fondement de la loi française de procédure et dont la reconnaissance ou l'exequatur est requis dans un Etat membre de l'Ohada.

2° La Convention de New York continue à s'appliquer aux sentences rendues dans un Etat non membre de l'Ohada et dont l'efficacité est requise dans un Etat Ohada partie à ladite convention.

Section II : L'efficacité de l'exécution de la sentence arbitrale dans l'arbitrage institutionnel C.C.J.A.

En raison de l'autorité de la chose jugée dont elles sont revêtues, les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la C.C.J.A. peuvent faire l'objet d'exécution forcée sur le territoire de chacun des Etats parties⁷⁰⁰. Comme devant le juge étatique national, la demande d'exequatur à la C.C.J.A. ne tend pas à voir prononcer une nouvelle condamnation d'une des parties à l'arbitrage, elle tend à voir autoriser l'exécution forcée de la sentence.

Au fond, l'exequatur devant la C.C.J.A. présente plus de similitudes avec l'exequatur des sentences issues de l'arbitrage traditionnel qu'il n'y paraît à première vue. Les points

⁶⁹⁹ Cass. Civ. Paris 10 avril 2008, Rev. Fr. Arb. 2008, somm. p. 342.

⁷⁰⁰ Art. 27 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

particuliers sur lesquels nous voudrions insister sont les modalités de l'exequatur C.C.J.A. (Paragraphe I). Ensuite, nous ferons un constat sur l'application des décisions de la C.C.J.A. dans les droits internes des Etats parties (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les modalités de l'exequatur dans l'arbitrage C.C.J.A.

Nous analyserons les modalités de l'exequatur C.C.J.A. sous le prisme du champ d'application des dispositions du règlement relatives à la reconnaissance et l'exécution (A), des conditions de fond (B) et enfin de la procédure d'exequatur (C).

A : La compétence juridictionnelle très bien déterminé

Le Traité Ohada dispose que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est seule compétente pour rendre la décision d'exequatur de la sentence arbitrale rendue sous l'égide de la Cour⁷⁰¹. La solution est très nettement énoncée, ce qui empêche d'émettre raisonnablement l'hypothèse de la saisine d'un juge étatique d'un Etat membre de l'Ohada pour cet exequatur. La C.C.J.A. est en effet la seule juridiction compétence dans l'espace Ohada et sa décision rayonne sur l'ensemble des territoires des Etats membres⁷⁰². Le monopole de la C.C.J.A. pour l'exequatur des sentences du système d'arbitrage de la C.C.J.A. ne traverse pas les limites de l'espace Ohada. Hors de cet espace, ces sentences sont considérées comme des sentences rendues à l'étranger et doivent être exécutées suivant les conditions et modalités prévues par le droit du pays d'exécution⁷⁰³. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. précise cependant que l'exequatur est accordé par une ordonnance du président de la Cour ou du juge délégué à cet effet. Le dossier est donc traité dans le cadre de la juridiction présidentielle, encore que la demande doive être introduite par une requête adressée à la Cour.

Les sentences rendues sous l'égide de la C.C.J.A. « peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur »⁷⁰⁴ accordée par ordonnance du Président de la C.C.J.A. ou du juge délégué à cet effet. Ces décisions ne peuvent ainsi être prises que par la C.C.J.A. En effet, « la Cour Commune de justice et d'Arbitrage a seule

⁷⁰¹ Art. 25 alinéa 2, du Traité Ohada.

⁷⁰² Art. 30.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷⁰³ Cette solution résulte des principes en matière de conflit d'autorités, et ne peut nullement être remise en cause par la formulation quelque peu péremptoire de l'art.15 alinéa 1 du Traité Ohada qui fait de la C.C.J.A. la seule juridiction compétente pour l'exequatur des sentences du système d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷⁰⁴ Art. 25 alinéa 2 du Traité Ohada.

compétence pour rendre une telle décision »⁷⁰⁵. Le juge se prononce dans le cadre d'une procédure non contradictoire⁷⁰⁶.

L'article 30 de l'Acte Uniforme règle l'exequatur des sentences C.C.J.A. dans les Etats membres de l'Ohada mais ne s'applique pas à l'exequatur des sentences C.C.J.A. dans les Etats tiers⁷⁰⁷. A cet effet, il dispose que « l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue sur la base du Règlement d'Arbitrage de la C.C.J.A. dans un Etat tiers à l'Ohada relèvera de la législation nationale de l'Etat où l'exequatur est requis ou, le cas échéant, des conventions internationales pertinentes en particulier la convention de New York du 10 juin 1958 »⁷⁰⁸. Ainsi, l'exequatur des sentences C.C.J.A. dans un Etat tiers à l'Ohada relève de la législation nationale de l'Etat où l'exequatur est demandé.

B : Les conditions de fond de l'exequatur C.C.J.A.

Les conditions de fond de la reconnaissance et de l'exequatur sont déterminées par l'article 30.6 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Pour les sentences de l'arbitrage traditionnel, le juge ne doit pas se livrer à une recherche approfondie pour répondre à une demande d'exequatur. En effet, pour se prononcer, il se limite à vérifier que la sentence a été rendue aux termes d'une procédure d'arbitrage⁷⁰⁹. Il a normalement, comme seules pièces, la sentence et la convention d'arbitrage. Il ne lui est même pas demandé de faire un rapprochement entre les deux documents pour voir, par exemple, si l'arbitre s'est conformé à sa mission ou s'il a statué sur la base d'une convention d'arbitrage valable ou encore en vigueur. Ces examens dépassent son office et relèvent de celui du juge du recours en annulation.

Pour le président de la C.C.J.A. saisi d'une demande d'exequatur, l'examen à faire est plus large. Les articles 25 du Traité Ohada et 30.6 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. prévoient que l'exequatur peut être refusé dans les cas suivants :

- si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ;
- si le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

⁷⁰⁵ Art. 25 alinéa 3 du Traité Ohada du 17/10/1993.

⁷⁰⁶ Art. 30.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷⁰⁷ P. MEYER, commentaire sous art. 30 de l'A.U./D.A.

⁷⁰⁸ *Idem.*

⁷⁰⁹ La condition de l'absence de contrariété à l'ordre public international ne doit pas faire l'objet de recherche de la part du juge, car pour justifier le refus d'exequatur, la contrariété à l'ordre public international doit être manifeste.

- si la sentence est contraire à l'ordre public international.

Le juge C.C.J.A., saisi d'une demande d'exequatur, peut donc refuser d'accorder l'exequatur dans ces quatre cas⁷¹⁰. Il est ainsi loisible de constater que cette liste de motifs de rejet de la demande d'exequatur est plus longue que celle prévue par l'Acte Uniforme pour les sentences de l'arbitrage traditionnel. Cela élargit le champ d'investigation du juge compétent.

Le juge de l'exequatur à la C.C.J.A. est également, en ce qui concerne la question du contenu de l'ordre public international, dans une position plus favorable que celle du juge étatique national statuant sur les sentences de l'arbitrage traditionnel. La difficulté de déterminer le contenu de l'ordre public international est bien connue. Il est aussi certain qu'il revient à la jurisprudence de fixer ce contenu dans le système judiciaire mis en place par le Traité Ohada, les juges nationaux statuent sous le contrôle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage⁷¹¹. L'existence de ce contrôle, et la censure éventuelle qui pourrait le sanctionner, place les juges nationaux dans une position peu confortable. Lorsqu'en revanche la C.C.J.A. statue, elle le fait avec beaucoup plus d'assurance, car aucune autre juridiction ne pourra plus tard la désapprouver. Certes, la requête en exequatur est solutionnée par le président de la C.C.J.A. ou le juge délégué à cet effet, sous réserve du recours qui peut être fait devant la Cour entière. Cela relativise quelque peu l'assurance que peut avoir le président lorsqu'il statue. Mais on ne peut douter que le magistrat en service à la C.C.J.A. est objectivement plus au fait des positions de la Cour qu'un juge national, que ces positions soient déjà formellement exprimées ou non.

Tout ce qui précède autorise à affirmer, sans exagération, que dans l'espace Ohada, le droit d'exequatur est des plus libéraux. On pourrait même imaginer qu'à l'instar du juge français, un juge de l'espace Ohada accorde l'exequatur à une sentence annulée à l'étranger. Mais il ne suffit pas d'avoir une décision d'exequatur ; encore faut-il l'exécuter. Entre l'ordonnance d'exequatur et l'exécution, il y a la formalité d'apposition de la formule exécutoire. En prévoyant que la formule exécutoire ne sera apposée que dans l'Etat, le législateur africain a terni l'image d'une construction jusque-là éclatante de l'exécution des sentences arbitrales dans l'espace Ohada.

⁷¹⁰ Art. 30.6 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷¹¹ Art. 13 et 14 du Traité Ohada.

C : La procédure d'exequatur C.C.J.A.

La procédure d'exequatur est régie par l'article 30 du Règlement d'arbitrage. Elle est demandée par requête adressée à la C.C.J.A.⁷¹² et donne lieu à une procédure non contradictoire. Dans la phase post-arbitrale, la C.C.J.A. intervient comme institution judiciaire. Désormais, on s'adresse au Secrétaire Général de la C.C.J.A. en sa qualité de Greffier en Chef de la Cour⁷¹³.

L'exequatur est accordé par ordonnance du président de la Cour ou du juge délégué à cet effet. Le Secrétaire Général de la C.C.J.A. délivre à la partie la plus diligente une copie de la sentence sur laquelle figure une attestation d'exequatur. Lorsque la sentence est exequaturée, le juge national doit apposer la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit Etat⁷¹⁴.

Le juge national n'est pas compétent pour vérifier la régularité de la sentence. Il ne peut que vérifier l'authenticité du document produit. Lorsque l'exequatur est accordé par la C.C.J.A., la sentence est susceptible d'exécution forcée dans tous les Etats membres de l'Ohada ; alors que dans le droit commun Ohada, la sentence exequaturée ne peut être exécutée que dans l'Etat du juge qui a donné l'exequatur.

L'exequatur confère la force exécutoire à la sentence, car le juge arbitral n'a pas l'*imperium* du juge national auquel l'arbitre doit recourir pour l'exécution forcée de la sentence. La décision d'exequatur peut faire l'objet de recours.

L'ordonnance qui refuse l'exequatur peut faire l'objet d'un recours qui n'est pas qualifié par le Règlement d'arbitrage. L'article 30.4 prévoit en effet que « si l'exequatur est refusé [...] la partie requérante peut saisir la cour de sa demande dans la quinzaine du rejet de sa requête ». La « demande » évoquée par l'article 30.4 du Règlement vise à faire infirmer le refus d'exequatur. L'infirmerie du refus d'exequatur par la C.C.J.A. a pour effet de conférer l'exequatur à la sentence arbitrale⁷¹⁵. Dans l'examen de la « demande », la Cour va examiner les conditions de fond du refus d'exequatur exposées à l'article 30.6 du Règlement d'arbitrage. Le juge C.C.J.A., saisi d'une demande d'exequatur, peut refuser de l'accorder dans quatre cas⁷¹⁶ que nous avons énumérés ci-dessus. Il convient également d'ajouter que

⁷¹² Art. 30.1 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷¹³ Art 30 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A

⁷¹⁴ Art. 31 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷¹⁵ Art. 31, al. 2 *in fine*.

⁷¹⁶ Art. 30.6 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

l'exequatur ne sera pas accordé « si la Cour est déjà saisie, pour la même sentence, d'une requête en contestation de validité. Dans ce cas les deux requêtes seront jointes d'autant que les points de contrôle sont identiques »⁷¹⁷.

L'ordonnance qui accorde l'exequatur peut également faire l'objet d'un recours. Il s'agit d'une opposition à l'exequatur, introduite par la partie contre laquelle l'exequatur a été accordé. Cette opposition doit être introduite dans les 15 jours de la notification de l'ordonnance d'exequatur à cette partie. Elle donne lieu à une procédure contradictoire. La Cour pourra examiner si les conditions de l'exequatur, visées à l'article 30.6 du Règlement, ont été respectées. Il faut également signaler que le recours en contestation de validité de la sentence⁷¹⁸ a pour effet d'entraîner le refus d'exequatur et la jonction des procédures d'exequatur et de contestation de validité de la sentence. On constate ici comme dans l'Acte Uniforme, l'interdépendance entre les recours contre la sentence et l'exequatur de celle-ci.

Paragraphe II : L'exécution des décisions de la C.C.J.A. dans les droits internes des Etats parties

La justice repose sur trois piliers : le texte applicable, la juridiction compétente pour l'appliquer et l'exécution de la décision issue de l'application du texte. Simples de prime abord, ces trois composantes de la justice peuvent se révéler assez complexes dans les relations des Etats avec l'Ohada. En effet, le droit harmonisé peut se révéler difficilement identifiable, présenter un vide législatif ou rencontrer l'hostilité d'un Etat membre à l'exécution d'une décision de la C.C.J.A.

S'il est difficile de procéder à une analyse exhaustive de l'ensemble des problèmes susceptibles de surgir dans les rapports des Etats membres avec l'Ohada, une telle réalité ne doit pas pour autant exclure une analyse minutieuse des difficultés entourant « l'exécution des décisions de la C.C.J.A. dans les droits internes ».

Il convient de ne pas s'appesantir sur les concepts de droit interne et de droit harmonisé⁷¹⁹, le contenu essentiel de ces concepts se dégageant aisément du Traité Ohada. Son article 1^{er} définit l'harmonisation du droit par « l'élaboration et l'adoption de règles

⁷¹⁷ N. AKA, « Le système d'arbitrage de la C.C.J.A. Ohada », p.25, doc. ERSUMA, octobre 2009 ; Art. 30.3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷¹⁸ Art. 29 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷¹⁹ Il est vrai qu'il ne s'agit pas en réalité de « droit harmonisé » mais plutôt de « droit uniformisé », puisque là où l'Acte Uniforme intervient, la législation nationale contraire disparaît.

communes » applicables aux Etats parties. On en déduit que les droits internes sont ceux qui n'engagent pas la communauté des pays membres ; ce sont des droits qui ne rayonnent qu'à l'intérieur des frontières des Etats qui les ont édictés, conformément au principe de la territorialité des lois.

Dans les droits internes des Etats parties, l'exécution des décisions de la C.C.J.A. est un sujet majeur. En effet l'exécution du droit harmonisé dans les Etats parties constitue une condition *sine qua non* du fonctionnement de l'espace Ohada. L'objectif premier de la C.C.J.A. étant de solutionner les situations juridiques qui lui sont soumises, l'exécution de ses décisions peut être à l'origine de nombreuses difficultés.

Dérèglements de l'appareil judiciaire, faiblesse des moyens matériels et humains de la justice, fragilisation ou manipulation de la justice, force est de constater que l'ensemble de ces dysfonctionnements, qui relèvent plus de considérations d'ordre sociologique ou politique, ne sont pas au cœur de notre étude. Celle-ci est davantage centrée sur les difficultés juridiques d'exécution. De plus, faire une étude sur les voies d'exécution qui font déjà l'objet d'une réglementation uniformisée n'apparaît pas des plus pertinents. Les difficultés juridiques d'exécution qu'il convient d'étudier sont essentiellement celles qui sont antérieures à toute saisie.

Si la sobriété des textes de l'Ohada et le caractère supranational de l'institution témoignent d'un cadre favorable (A), il existe des obstacles procéduraux et substantiels qui contrarient et éprouvent véritablement l'exécution des décisions de la C.C.J.A. dans les droits internes (B).

A : Une exécution des décisions de la C.C.J.A. favorable et effective

L'exécution des décisions de la C.C.J.A. dans les droits internes est avérée en premier lieu par les textes qui fondent une application directe des arrêts (1), puis en un second lieu, par un exequatur communautaire des sentences (2).

1 : Une exécution directe des arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

L'article 20 du Traité l'Ohada prévoit que « les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution sur le territoire d'un Etat partie ». Cette disposition est des plus importantes dans la mesure où la C.C.J.A. est une sorte de troisième degré de juridiction. Ses décisions ont donc pour conséquence de neutraliser toute décision juridictionnelle contraire d'un Etat membre. Il en résulte la suppression du contrôle du juge national, donc la dispense d'exequatur, au sens où l'exequatur est un mécanisme de reconnaissance. Dans cette mesure, il n'est pas nécessaire de recourir aux mécanismes d'une convention d'entraide judiciaire pour faire exécuter les décisions de la C.C.J.A. sur le territoire Ohada.

L'exécution de la décision de la C.C.J.A. ne nécessite pas le prononcé préalable d'une décision d'exequatur délivrée par l'autorité judiciaire nationale compétente. Au vu des dispositions de l'article 41 du Règlement de procédure de la C.C.J.A., « les arrêts de la C.C.J.A. ont force obligatoire à compter du jour de leur prononcé ». D'un autre côté, il est prévu, dans le Règlement de procédure de la C.C.J.A., à l'article 46, que la formalité de l'apposition de la formule exécutoire qui est effectuée « sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre par l'autorité nationale que le Gouvernement de chacun des Etats parties désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Cour ». de ce fait, un transfert d'une compétence toujours dévolue à la juridiction interne déterminée par la loi nationale est fait au profit de la C.C.J.A.

Enfin, une fois enclenché, seul une ordonnance motivée du président de la C.C.J.A. peut suspendre l'exécution forcée d'une décision de la C.C.J.A. De plus, l'article 29 de l'A.U.P.S.R.V.E.⁷²⁰ protège-t-il le créancier poursuivant, en légiférant *in fine* que la négligence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité⁷²¹.

De plus, le sursis à exécution des décisions de la C.C.J.A. ne peut intervenir qu'en vertu d'une décision de cette Cour⁷²². Il en résulte une très grande sécurité juridique et une

⁷²⁰ « L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires. La formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique. La carence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité ».

⁷²¹ C.C.J.A. arrêt n° 027/2008 du 30 avril 2008 qui précise que la mise en œuvre de cette disposition ne doit pas déroger aux conditions normales de saisine de la Cour, définies, en matière contentieuse, aux articles 13 et 14 du Traité Ohada.

⁷²² Art. 46-2 du Règlement de procédure.

interprétation uniforme des décisions qui minimisent les risques d'entrave à leur exécution par les autorités nationales.

Quelques incidents pourraient compromettre l'exécution des sentences arbitrales; mais en anticipant, la C.C.J.A., à cet égard a prévu une procédure originale d'exequatur communautaire.

2 : Un exequatur communautaire pour les sentences arbitrales

La force exécutoire nécessaire à l'exécution de la sentence arbitrale demeure l'apanage des juridictions étatiques dans l'arbitrage de droit commun. Toutefois, sur ce point, d'intéressantes spécificités sur la question sont mises en œuvre par l'arbitrage Ohada.

Jouant son rôle d'appui et d'organisation de la procédure, la C.C.J.A., a compétence exclusive pour accorder l'exequatur qui donne à la sentence force exécutoire dans les Etats membres de l'Ohada. En effet, le Traité Ohada, dispose par l'article 25 que les sentences arbitrales rendues sur le territoire Ohada ont « autorité de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat » relativement au différend tranché qui ne peut plus être porté devant une autre juridiction étatique ou arbitrale⁷²³. Par ailleurs, comme le prévu par les dispositions du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., les sentences ont autorité « définitive » de la chose jugée⁷²⁴. Sauf qu'elles ne sont exécutoires qu'après l'apposition de la formule exécutoire octroyée par l'autorité interne désignée à cette fin.

L'exequatur communautaire rend exécutoire la sentence arbitrale dans tous les Etats partie à Ohada. Ainsi Ce caractère communautaire évite à une sentence déclarée régulière d'être rejetée comme irrégulière dans un autre Etat partie⁷²⁵. Le refus de l'exequatur ne d'ailleurs possible que dans les cas prévus expressément par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.⁷²⁶. L'intervention de l'« autorité compétente désignée » pour donner la formule exécutoire en vigueur dans l'Etat où l'exécution est envisagée se limite à une simple vérification de l'authenticité du titre délivré par la cour commune de justice et d'arbitrage⁷²⁷.

⁷²³ Art 10 al.5 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷²⁴ Art. 27 du règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷²⁵ C. DONGMEZA NAXESSI, « L'arbitrage et la promotion des investissements dans l'espace Ohada », Université Hassan II, Maroc, Master en droit des affaires 2008.

⁷²⁶ Art. 30 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷²⁷ Art. 31 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

En permettant au plaideur de solliciter directement des mesures d'exécution forcée dans tous les Etats de l'Ohada, l'exequatur communautaire Ohada constitue une véritable avancée. Actuellement, en dehors des sentences rendues sous l'égide du C.I.R.D.I.⁷²⁸, aucun règlement d'arbitrage ne donne un tel caractère exécutoire international. C'est une disposition spéciale du Règlement de la C.C.J.A. qui accorde l'opportunité de permettre l'exécution des sentences contre des parties⁷²⁹ ayant des patrimoines dans plusieurs États membres de l'Ohada, réduisant ainsi le rôle parfois interventionniste des juges nationaux⁷³⁰.

Le déclenchement de l'opposition à l'exequatur étant prévu dans les mêmes hypothèses que celles de l'action en contestation de validité ou du refus d'exequatur, on peut s'interroger si le demandeur qui a négligé de faire opposition dans les quinze jours peut introduire une requête aux fins de contestation de validité de ladite sentence, en arguant être dans le délai imparti de deux mois prévu pour sa recevabilité. Deux griefs essentielles pourraient être portés contre une telle action. *primo*, les motifs du refus d'exequatur et de la contestation de la validité sont identiques ; il en découle que si l'exequatur a été accordé, il convient d'en déduire qu'aucun des motifs n'a été retenu. *Secundo*, l'ordonnance du président de la C.C.J.A. accordant l'exequatur et régulièrement notifiée, devient définitive en l'absence d'opposition formée dans le délai imparti de quinze jours. L'obtention de la formule exécutoire ne peut donc être paralysée par aucune action.

L'existence de la sentence arbitrale est établie dans la pratique par la production de son original accompagné des copies authentifiées de la convention d'arbitrage. Cette convention confirme l'accord des parties à soumettre le différend à l'arbitre saisi. Toutefois, si la convention arbitrale est valable, elle pourrait poser des problèmes de preuve au stade de l'exequatur⁷³¹.

Les décisions juridictionnelles et les sentences arbitrales rendues par les juridictions nationales ou supranationales, les arbitres, dans leur rôle d'interprétation et d'application du droit communautaire, sont passées de la phase de la simple satisfaction morale et intellectuelle que confère leur prononcé à celle des titres exécutoires prêts à procurer aux gagnants les

⁷²⁸ Art. 54 de la Convention de Washington de 1965 reproduite par H. LESGUILLONS, « Lamy Contrats internationaux », Tome 8, division 11, annexe 080/1-1.

⁷²⁹ Aussi bien les Etats que les sociétés.

⁷³⁰ Ph. FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », 1998, Rev. Fr. Arb. 653, p. 671.

⁷³¹ J. M. TCHAKOUA, « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace Ohada : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais », Revue africaine des sciences juridiques, Vol.6, n° 1, 2009, Université Yaoundé II, Faculté des sciences juridiques et politiques.

prestations pécuniaires et autres qui y sont contenues. L'obtention de ces titres exécutoires est certes une grande avancée dans le processus d'exécution, mais en vérité, de tels titres exécutoires sont semblables aux effets de commerce réguliers mais non encore encaissés. Donc, dans certains cas, l'exécution des décisions de la C.C.J.A. peut se retrouver soumise à rude épreuve.

B : Une exécution contrariée dans certains cas

Malgré l'efficacité quasi indiscutable en raison des garanties qui entourent leur exécution, il est évident que certaines décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage rencontrent des difficultés ultimes d'exécution qui peuvent être d'ordre procédural (1) ou substantiel (2).

1 : Une exécution contrariée par des obstacles procéduraux

Bien que quasi parfaite, la procédure d'exécution des décisions de la C.C.J.A. comporte quelques insuffisances.

Premièrement, l'exequatur est communautaire, alors que la formule exécutoire est nationale. Certains auteurs n'approuvent pas cette solution. Ils considèrent que « si on veut vraiment que les autorités nationales, qui peuvent être imprévisibles, ne remettent en cause les mérites du système, on devrait concevoir une formule exécutoire communautaire [...] si on enlève aux autorités nationales le pouvoir de contrôler la régularité des sentences C.C.J.A., on doit aussi leur enlever toute possibilité de paralyser l'exequatur sous le prétexte de la vérification de l'authenticité du titre »⁷³². En effet, un intérêt non négligeable s'attache à la nature de l'autorité qui est désignée pour l'apposition de la formule exécutoire. En usant de la faculté qui leur est conférée par le Règlement de procédure de la C.C.J.A., les Etats ont désigné tantôt un greffier⁷³³, tantôt un juge⁷³⁴, tantôt une autorité administrative⁷³⁵. L'attitude à adopter face à une sentence arbitrale condamnant l'Etat peut changer d'une autorité judiciaire à une autorité administrative. Cette dernière autorité aura bien souvent dans nos pays une forte tentation à invoquer la souveraineté de l'Etat dont elle se considère comme le

⁷³² P. G. POUGOUE, « Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada », Presses Universitaires d'Afrique, 2000, p. 260.

⁷³³ C'est le cas du Cameroun, du Bénin, du Gabon, du Mali.

⁷³⁴ C'est le cas de la République Centrafricaine, du Niger, du Sénégal.

⁷³⁵ C'est le cas du Burina Faso, de la République fédérale islamique des Comores, de la République du Congo, de la Côte d'Ivoire, de la Guinée, de la Guinée Bissau, de la Guinée équatoriale, du Tchad et du Togo.

défenseur naturel. L'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire peut également prêter attention à la nationalité de la partie condamnée. On peut également ajouter à ces risques, l'inconvénient, pour le bénéficiaire d'un exequatur, d'avoir à solliciter autant de formules exécutoires que de pays dans lesquels il veut procéder à l'exécution forcée. Et dans le cas où la formule exécutoire est apposée dans un Etat et rejetée dans un autre, l'autorité des décisions de la C.C.J.A. devient très relative.

On peut comprendre le droit actuel d'exequatur, s'il y a des enjeux souterrains derrière la formalité d'apposition de la formule exécutoire. Dans le cas contraire, la domestication de la formule exécutoire n'est pas justifiée dans un territoire où le pouvoir de juger est communautarisé et les voies d'exécution sont uniformisées.

Le droit Ohada ne dispose pas matériellement de moyens de contrainte ; par conséquent la C.C.J.A. manque de pouvoir de coercition. Donc une certaine incertitude existe dans l'exécution de certaines décisions. La souveraineté des pays ne doit pas constituer un obstacle à l'atteinte des objectifs qu'ils se sont fixés dans la mesure où on ne peut forcer une autorité administrative à délivrer la formule exécutoire si son supérieur hiérarchique lui donne l'ordre du contraire, ce supérieur lui-même influencé par l'environnement immédiat du pouvoir.

A côté des obstacles procéduraux, des blocages liés au droit substantiel peuvent ralentir l'exécution des décisions de la C.C.J.A.

2 : Une exécution entravée par des obstacles substantiels

Le Traité Ohada par son article 20 confère aux arrêts de la Cour la force exécutoire. Il les assimile aux décisions rendues par les juridictions des Etats parties et n'exige pas le prononcé préalable de l'exequatur. Néanmoins, elle ne permet pas de procéder dans l'immédiat à l'exécution, d'où la nécessité de transcription dans les droits nationaux. Ceci fait intervenir l'exécution forcée soumise pour ce faire à deux régimes juridiques : d'une part, les règles de droit internes auxquelles le règlement de procédure renvoie, et d'autre part, les règles particulières de règlement de procédure qui dérogent souvent aux dispositions du droit national des Etats parties.

La question de l'immunité d'exécution des Etats et des personnes morales de droit public dans le droit Ohada s'est posée avec un arrêt de la C.C.J.A. du 7 juillet 2005 portant sur l'affaire A. YOVO et autres contre la Société TOGO TELECOM. La C.C.J.A., a jugé par cet arrêt, en application de l'article 30 de l'A.U.P.S.R.V.E., que les sociétés publiques bénéficient d'une immunité d'exécution. Dans cette affaire, la C.C.J.A. a procédé à une application correcte de l'article 30 cependant cette disposition apparaît à contre-courant en n'étant en conformité ni avec les dispositions nationales des Etats parties sur lesquelles elle prime, ni avec l'objectif de promotion de l'entreprise et des investissements que le Traité Ohada s'est fixé. *A priori*, une confusion a été faite, par inadvertance, par les rédacteurs de l'A.U.P.S.R.V.E., entre entreprise publique et établissement public, produisant de fait à une régression au regard des conséquences pratiques d'une telle solution qui apparaît critiquable en droit et en fait.

La décision de la C.C.J.A. marque de ce point de vue un recul eu égard à la finalité même de l'Ohada. De même la solution extensive de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public n'est pas en phase avec l'évolution du droit comparé français qui restreint la portée de cette immunité lorsque la saisie est pratiquée sur des biens affectés à une activité industrielle ou commerciale, celle-ci relevant des règles du droit privé⁷³⁶. Dans une affaire République Islamique d'Iran et O.I.A.T.E. contre Société FRAMATONE et autres, la Cour de Cassation française a en effet jugé en date du 20 mars 1989 que « si l'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger et ses Départements ministériels est de principe, elle peut toutefois être exceptionnellement écartée notamment lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice, même si cette affectation n'a pas été prévue par une clause expresse du contrat, la juridiction saisie pouvant rechercher par tous moyens si cette affectation existe ». L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public a ainsi un contenu limité aux seules missions de service public caractéristiques de l'activité publique des personnes bénéficiaires. Ainsi, quand une personne morale de droit public bénéficiaire de l'immunité d'exécution s'écarte du cadre de l'activité publique qui la justifie, le juge devrait en restreindre la portée.

La contrainte sur l'Etat et l'administration fait presque partout l'objet de réserves et de réticences. La doctrine camerounaise, critiquant le caractère absolu de cette immunité d'exécution qui limite l'efficacité du titre exécutoire, a notamment proposé de restreindre la

⁷³⁶ Au Cameroun par exemple c'est un décret du 16 mars 1954 qui rend le Code de procédure civile français de 1806 applicable en Afrique Equatoriale Française.

portée de l'immunité d'exécution des personnes publiques, lorsque la saisie est pratiquée sur des biens qui sont affectés à une activité de nature commerciale ou industrielle, celle-ci relevant des règles de droit privé⁷³⁷. En définitive, si un État membre de l'Ohada soulevait son immunité d'exécution, l'arrêt CREIGHTON⁷³⁸ de la Cour de cassation française semble apporter *a priori* un élément de réponse. Dans cette affaire, le gouvernement de l'État du Qatar avait confié à la société américaine CREIGHTON la construction et l'entretien d'un hôpital. Après avoir été expulsée du chantier pour inexécution du contrat, la société CREIGHTON a initié en 1986 une procédure arbitrale en application de la clause compromissoire C.C.I. que contenait le contrat de construction. Plusieurs années plus tard, en exécution de sentences arbitrales devenues définitives, CREIGHTON a fait procéder en France à des saisies-attribution sur des sommes détenues au nom du Qatar par différentes banques. La Cour d'appel a ordonné la mainlevée des saisies au motif qu'il n'était pas établi que le Qatar avait renoncé à son immunité d'exécution. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel et a décidé que la renonciation à l'immunité d'exécution peut être déduite de l'acceptation par l'État à l'occasion de la signature d'une clause d'arbitrage C.C.I., remettant ainsi en cause les principes établis en la matière par l'arrêt EURODIF⁷³⁹.

La promotion des investissements dans l'espace Ohada et la protection du créancier n'ont pas eu pour conséquence de fragiliser la protection des droits substantiels du débiteur. Muni d'une sentence mettant en cause un débiteur, la position du créancier pourrait être tout de même limitée. Les protections qui profitent à tous les débiteurs, personnes morales et physiques, concernent une catégorie de biens qui ne peuvent pas faire l'objet de saisie en vue du recouvrement forcé. La réforme des procédures d'exécution ayant laissé cette question aux droits nationaux des Etats parties, cet aspect du droit reste régi par les codes de procédure civile et commerciale adoptés, par voie législative ou réglementaire, dans la plupart des Etats.

Il convient de souligner que la loi n'est pas l'unique limite à l'exécution aisée d'une sentence communautaire, car souvent la protection péremptoire du débiteur poursuivi s'en mêle. S'il peut paraître paradoxal de se préoccuper de protéger un débiteur qui ne paye pas ses dettes plutôt que de protéger le créancier, l'indisponibilité juridique résultant des saisies

⁷³⁷ G. KENFACK DOUAJANI, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », Revu. Cmr. Arb., n° 18, précitée.

⁷³⁸ Sté CREIGHTON LIMITED c/. Ministre des Finances de l'État du Qatar et ministre des Affaires municipales et de l'agriculture du Gouvernement de l'État du Qatar, (2000) 3, J.D.I. 1054.

⁷³⁹ Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 14mars 1984, Société Eurodif c. République islamique d'Iran, n°82-12462.

antérieures et l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre du débiteur⁷⁴⁰, rendent insaisissables certains biens du débiteur. Les biens du débiteur qui sont le plus souvent protégés sont ceux qui sont en dehors du commerce⁷⁴¹, ceux nécessaires à sa subsistance ou encore ceux aliénables mais inéligibles en raison de l'intérêt que la communauté nationale leur attache⁷⁴². La protection des biens vitaux du débiteur est une mesure pragmatique qui vise à permettre au débiteur non seulement de survivre mais également de travailler pour payer progressivement sa dette. L'insaisissabilité peut ainsi être fondée sur le caractère alimentaire du bien⁷⁴³. Certaines pensions et rentes, parce qu'elles sont également indispensables à la vie, ne peuvent pas non plus faire l'objet de saisie. La jurisprudence intègre dans cette catégorie tous les arrérages qui ont un caractère alimentaire notamment les pensions alimentaires dues à un conjoint à la suite d'un divorce, les pensions d'accidents de circulation ou de travail, les pensions civiles et militaires, de sécurité sociale, de retraite ou d'invalidité du combattant. En vue d'assurer le minimum vital au débiteur, une décision⁷⁴⁴ a, non sans difficulté, posé le principe de l'insaisissabilité du montant des créances insaisissables versées dans un compte bancaire. En raison de ce principe d'insaisissabilité⁷⁴⁵, lorsqu'une mesure d'exécution sera pratiquée sur un tel compte, son titulaire pourra, sur justification de l'origine des sommes, demander le cantonnement de la quotité saisissable.

⁷⁴⁰ Aux termes de l'article 75 de l'Acte Uniforme portant procédure collective d'apurement du passif, « la décision d'ouverture de la procédure collective suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances, ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à obtenir le paiement par les créanciers qui, normalement, font partie de la masse ».

⁷⁴¹ A l'exception de la saisie des sommes d'argent qui permet, le paiement immédiat de la créance liquide du poursuivant, la saisie des biens corporels du débiteur permet plus tard au créancier de se faire payer sur le prix de leur vente. Il découle de ce principe qu'un bien qui ne peut pas être aliéné ne mérite pas d'être saisi. Les biens inaliénables dont la propriété ne peut être aisément transmise à autrui renferment essentiellement les droits extra patrimoniaux laissés à l'exercice exclusif du titulaire. Ces biens dépourvus de valeur pécuniaire ostensible regroupent les droits personnels (le droit d'usage et d'habitation, l'usufruit légal des père et mère qui ne sont ni saisissables, ni cessibles parce qu'ils ne peuvent être exercés que par les personnes auxquelles ils ont été attribués) moraux et familiaux. Il existe enfin des biens qui ont une destination spécifiquement familiale et qui, pour cette raison, ont été déclarés inaliénables et par conséquent insaisissables. Il en est ainsi des papiers du saisi, notamment les lettres missives ne renfermant aucune valeur, des souvenirs de famille à condition qu'ils ne présentent pas une valeur pécuniaire sérieuse. Dans le même ordre d'idées, ne peuvent être saisis les portraits, les décorations, les bijoux familiaux. Les raisons de ces insaisissabilités sont liées à l'extra patrimonialité de ces objets et au respect dû au secret des familles et au for intérieur de ses membres.

⁷⁴² Exemple de l'insaisissabilité des effets de commerce traditionnellement déduite des instructions du Code de commerce car, si tout créancier pouvait saisir l'effet de commerce, celui-ci ne présenterait plus aucune sécurité et ne pourrait plus circuler, parce que personne ne l'accepterait en paiement.

⁷⁴³ Article 1213 du C.P.C.C.S.A.C. du Bénin : « al 7 : les farines et menues denrées nécessaires à la consommation du saisi et de sa famille pendant un mois ; al 8 : une vache ou trois brebis ou deux chèvres, au choix du saisi, avec les pailles, fourrages et grains nécessaires pour la litière et la nourriture desdits animaux pendant un mois ». Ces mêmes dispositions se retrouvent à l'article 327 du C.P.C. du Cameroun.

⁷⁴⁴ B.I.T., Résumé des normes internationales du travail, 2e éd., Genève 1990, p. 52.

⁷⁴⁵ Ce principe a été favorablement accueilli par l'Acte uniforme n° 6 qui, en son article 52, dispose de manière générale que « les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte bancaire demeurent insaisissables ».

Cette demande est susceptible de se heurter à la thèse opposée selon laquelle l'inscription d'une rémunération sur un compte bancaire lui fait automatiquement perdre sa spécificité et partant, la protection accordée au salarié débiteur⁷⁴⁶. De même, les salaires, traitements et appointements ne sont pas intégralement saisissables. Le caractère professionnel du bien peut également en justifier l'insaisissabilité. L'article 327 du C.P.C.C. du Cameroun et 1213 du C.P.C.C.S.A.C. du Bénin protègent les livres relatifs à la profession du saisi, jusqu'à la somme de 20.000 francs au Cameroun et 500.000 francs au Bénin, ainsi que les machines et instruments servant à l'enseignement pratique ou exercice des sciences et arts, jusqu'à concurrence de la même somme et au choix du saisi ou encore les équipements des militaires, suivant l'ordonnance et le grade.

La protection du débiteur indigent peut également être accordée par le juge qui, pour des raisons d'équité, peut suspendre les mesures d'exécution forcée à l'égard du débiteur. Cette protection momentanée s'accorde par des délais de grâce au cours desquels la saisie des biens du débiteur est différée. L'institution du délai de grâce en matière de paiement n'est pas une création du droit Ohada. Sous le régime du Code civil, les délais de grâce étaient déjà prévus par l'article 1244, qui dispose que « le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible ».

⁷⁴⁶ Limoges, 7 mai 1979, Gaz. Pal. 1979, T.2, p.634, note BERTIN.

Conclusion du chapitre I

L'exécution des sentences arbitrales est une étape primordiale dans l'institution arbitrale pour que la sécurité juridique et judiciaire soit effective. En effet, la sécurité de l'arbitrage en dépend, parce qu'il ne suffit pas seulement de rendre la justice, il faut que cette justice se traduise par l'exécution de la décision rendue. Si tel n'est pas le cas, le litige tranché par l'arbitrage reste alors une source de différends entre les parties. Il s'avère alors important voire primordial d'éradiquer les difficultés pouvant émaner de cette phase de l'arbitrage.

Dans ce chapitre, nous avons mis en évidence l'originalité de l'exécution des sentences arbitrales dans le droit de l'arbitrage Ohada en général, et dans l'arbitrage C.C.J.A. en particulier. L'originalité des normes Ohada en ce qui concerne l'exécution des sentences a mis en évidence une certaine commodité dans cette phase arbitrale, commodité qui se traduit par une certaine efficacité de la sentence arbitrale. Cependant, comme nous l'avons montré, il y demeure quelques difficultés.

Face à ces difficultés qui entravent l'exécution des décisions de la C.C.J.A., on pourrait préconiser la création dans chaque pays d'un « juge de l'exécution ». De plus pour aller plus loin, on peut aussi envisager l'institution d'une autorité supranationale chargée de veiller à l'exécution des Arrêts de la C.C.J.A. Cette institution aurait le privilège de fixer des sanctions sous la forme d'amendes, d'astreintes comminatoires prononcées et liquidées par la C.C.J.A. Ses sanctions peuvent être prévues dans le règlement de procédure. Il faudrait là encore mettre des mécanismes pour contraindre les pays à s'acquitter de ces sanctions. Il convient alors d'envisager toutes mesures de contrainte⁷⁴⁷ jusqu'à l'exclusion de l'Ohada, ou encore envisager des mesures de publicité à grande échelle pour toutes sanctions.

Quant à l'application efficace des décisions de la C.C.J.A hors de l'espace Ohada, les textes renvoient à l'application des dispositions de la Convention de New York. L'examen de la régularité des décisions de la C.C.J.A. peut alors poser des difficultés puisqu'il se fait au regard des règles applicables dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont requises.

⁷⁴⁷ Par exemple une mise en quarantaine peut être envisagée.

Chapitre II : Les voies de recours contre la sentence arbitrale

L'arbitrage étant par essence une justice privée, l'Acte Uniforme de l'Ohada sur l'arbitrage a certes organisé des voies de recours mais de telle sorte que ce qui a été tranché par les arbitres ne puisse pas être rejugé par une juridiction étatique. L'Acte Uniforme est très clair sur ce point en disposant expressément que « la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation »⁷⁴⁸. Cette disposition permet ainsi d'éviter les recours intempestifs contre la sentence arbitrale.

Néanmoins, la sentence arbitrale rendue par les arbitres par référence au droit de l'arbitrage Ohada, reste susceptible de voie de recours. Les voies de recours sont ainsi organisées de manière à ce que l'affaire tranchée par le tribunal arbitral ne soit pas finalement, au terme du recours, jugée par une juridiction étatique.

Les voies de recours, en tant que composantes des droits de la défense, constituent un principe universel qui offre la possibilité aux justiciables de réagir s'ils ne sont pas satisfaits des décisions arbitrales rendues. Cependant, dans le même temps qu'elles doivent garantir les droits de la défense en organisant des voies de recours, les législations doivent faire en sorte que l'ouverture des voies de recours ne nuise pas à l'efficacité de la sentence arbitrale. En effet cela pourrait, par cette occasion, constituer un frein à la sécurité de l'arbitrage et de ce fait, entamer la confiance des opérateurs économiques envers l'institution arbitrale.

Comparé aux systèmes qu'il remplace dans bien des pays de l'espace Ohada, le système actuel des voies de recours contre la sentence arbitrale est plus simple et également plus moderne. Cependant, il accuse inexorablement les tares de la nature hybride de l'arbitrage.

En tant que décision de justice, la sentence arbitrale peut théoriquement faire l'objet des recours que connaissent classiquement les décisions de justice (Section I). Mais l'origine particulière de la sentence arbitrale, décision rendue en dehors de la justice étatique classique, autorise un recours spécifique à la sentence (Section II).

⁷⁴⁸ Art. 25, alinéa 1^{er} de l'A.U./D.A.

Section I : Les voies de recours classiques communes aux décisions de justice et aux sentences arbitrales

En mêlant les voies de recours ordinaires et les voies de recours extraordinaires, les décisions de justice sont susceptibles de nombreuses voies de contestation dont l'appel, la cassation, l'opposition, à laquelle on donne plusieurs appellations suivant les familles de droits, sont les plus classiques. Toutes ces voies de recours n'ont cependant pas été retenues contre les sentences arbitrales. L'Acte Uniforme procède par exclusion en disposant expressément par son article 25, alinéa 1^{er} que « la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation ». Les exclusions de l'appel, du pourvoi en cassation et de l'opposition aboutissent à une simplification du régime juridique des voies de recours. Chaque exclusion a sa justification propre.

Tout d'abord, l'exclusion de l'opposition contre les sentences arbitrales s'explique par le caractère conventionnel de la justice arbitrale. En effet, visant à permettre à celui qui n'a été ni présent ni représenté à un procès de revenir devant le juge faire valoir ses moyens de défense, l'opposition est difficilement concevable en matière d'arbitrage puisque la mise en œuvre de la justice arbitrale implique précisément la participation active des parties. Celles-ci passent la convention d'arbitrage et participent à la mise en place du tribunal arbitral. Il est donc difficile d'admettre qu'une partie puisse accomplir toutes les diligences qu'on attend d'elle et ignorer la tenue de l'arbitrage. La partie qui refuse de participer à la procédure d'arbitrage sera jugée par sentence réputée contradictoire, puisqu'il sera toujours possible de s'assurer qu'elle a été touchée par la convocation.

Ensuite, l'exclusion de l'appel se justifie par le fait que les arbitres ne sont pas intégrés à l'organisation judiciaire de l'Etat, pour servir de premier degré de juridiction. Mieux, l'appel contrarierait l'essence conventionnelle de la justice arbitrale en soumettant désormais le fond de l'affaire au juge étatique. Il faut enfin souligner le souci de célérité qui anime la justice arbitrale, souci que contrarierait une telle voie de droit.

Enfin, l'exclusion du pourvoi en cassation est également compréhensible. Le recours en cassation tend à permettre à la cour régulatrice, juge du droit, de vérifier que les juridictions du fond ont bien appliqué la loi. Or, les arbitres ne sont pas toujours obligés de statuer en droit strict ; ils sont parfois des amiables compositeurs. Et lorsqu'ils n'ont pas les pouvoirs d'amiables compositeurs, ils ne sont pas toujours obligés, dans leurs sentences, de respecter toutes les exigences légales, surtout de forme, que contrôle la cour régulatrice. De

plus les arbitres ne sont pas intégrés à l'organisation judiciaire de l'Etat, pour que leurs sentences puissent directement faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Dès lors l'exclusion du pourvoi en cassation apparaît pertinente.

Même si la loi ne le dit pas expressément, il convient de penser que l'exclusion des voies de recours évoquées ci-dessus est irrémédiable. Ainsi, les parties ne pourraient conventuellement admettre ces recours.

Après avoir exclu ces voies de recours classiques que sont l'appel, le pourvoi en cassation et l'opposition, le législateur Ohada a ouvert d'autres voies de recours : la tierce opposition (Paragraphe I) et le recours en révision (Paragraphe II).

Paragraphe I : La tierce opposition : un remède contre la sentence arbitrale préjudiciant un tiers

L'Acte Uniforme prévoit que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition qui peut être introduite « devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque la sentence préjudicie à ses droits »⁷⁴⁹. Les personnes concernées sont donc celles qui n'ont été ni parties ni représentées à la convention d'arbitrage et/ou à la sentence. Le tiers opposant doit justifier d'un préjudice que lui cause le dispositif de la sentence.

L'ouverture de la tierce opposition peut étonner pour au moins deux raisons.

D'abord, l'ouverture de la tierce opposition peut apparaître étrange d'un strict point de vue pratique, dans la mesure où l'arbitrage a vocation à régler des différends d'ordre contractuel. Dès lors la sentence arbitrale emporte rarement d'obligations pour les tiers. Cette voie de recours est ainsi en pratique très rarement exercée contre la sentence arbitrale.

Ensuite, d'un point de vue théorique, on peut difficilement concilier la tierce opposition avec la base conventionnelle de l'arbitrage. En effet, l'arbitrage trouve sa source dans la convention d'arbitrage, on se serait donc attendu à ce que l'effet relatif de convention tienne les tiers éloignés de l'arbitrage. Ce n'est toutefois pas ce que le législateur a consacré. Et la tierce opposition apparaît, en matière d'arbitrage, comme une procédure par laquelle le

⁷⁴⁹ Art. 25 de l'A.U./D.A.

tiers opposant vient s'impliquer dans les suites d'une convention d'arbitrage à laquelle il n'a pas été partie. L'indication que le législateur donne des conditions d'ouverture de la tierce opposition est à cet égard tout à fait édifiante. Celle-ci est ouverte à cette personne qui n'a pas été appelée et lorsque la sentence préjudicie ses droits. Cette seconde condition se comprend bien, la première un peu moins. La justice arbitrale ignore l'intervention forcée ; le tiers ne peut donc être appelé dans l'instance arbitrale.

Malgré tout, la solution légale permettra que, même occasionnellement, la sentence arbitrale ne porte irrémédiablement préjudice aux tiers à l'arbitrage. Cependant, le droit uniforme ne prévoit ni le délai, ni la procédure, ni les effets de la tierce opposition. A cet égard, il convient donc de se référer à la législation civile du siège de l'arbitrage. En ce qui concerne la forme de l'introduction de la tierce opposition, le droit uniforme prévoit en revanche qu'elle doit être faite selon les mêmes formes que la demande d'arbitrage. Enfin, la tierce opposition n'a pas d'effet suspensif mais a un effet dévolutif. S'il est fait droit à la tierce opposition, le tribunal arbitral rétracte la sentence à l'égard du tiers opposant.

En termes de procédure, on sait seulement que la tierce opposition est de la compétence du tribunal arbitral. Il faut alors penser qu'il s'agit du même tribunal arbitral qui a rendu la sentence. On peut alors regretter que les textes juridiques n'envisagent pas l'hypothèse dans laquelle il y a impossibilité de reconstituer le tribunal arbitral au moment où se présente le besoin de faire la tierce opposition. Les textes ne disent pas non plus quelles modalités particulières entourent la procédure d'arbitrage ouverte sur la tierce opposition. On pense en particulier aux droits et obligations qu'aurait le tiers opposant en tant que partie au litige⁷⁵⁰. Or, il ne semble pas que le recours même aux anciennes dispositions nationales sur le recours à la tierce opposition résoudrait le problème⁷⁵¹. Mais s'agissant de remettre en cause des droits acquis, la procédure de tierce opposition ne saurait se tenir à l'insu des personnes intéressées par la sentence. Celles-ci seront nécessairement invitées dans la procédure.

Il semble juste de penser que la tierce opposition remet à néant la sentence, tout au moins sur les sujets qui sont concernés. Une nouvelle sentence peut donc être rendue, laquelle aurait le même régime que les autres sentences. Mais si on admet qu'en cas d'impossibilité de

⁷⁵⁰ Par exemple une éventuelle participation à la récusation des arbitres, avec sans doute un droit de désignation éventuelle, participation aux frais de l'arbitrage etc.

⁷⁵¹ Dans les pays où le droit antérieur à l'Acte Uniforme prévoyait la tierce opposition, celle-ci se faisait devant le juge étatique. Ainsi les règles applicables ne peuvent être transposées à la tierce opposition devant les arbitres.

reconstituer le tribunal arbitral on doit s'adresser au juge étatique, la décision à attendre doit alors être un jugement.

En sus de la tierce opposition, le législateur Ohada a également prévu une seconde voie de recours contre la sentence arbitrale, celle du recours en révision.

Paragraphe II : Le recours en révision : un mécanisme de correction de l'injustice

La demande en révision est la voie de recours ouverte aux parties contre les décisions rendues contradictoirement en dernier ressort, c'est-à-dire non susceptibles d'opposition, et dans un but de rétractation par la même juridiction qui les a rendues.

Selon l'Acte Uniforme, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral « en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision »⁷⁵². Le caractère décisif du fait ouvrant droit à la révision suppose qu'il est susceptible de modifier la décision des arbitres. Le caractère inconnu du fait, avant le prononcé de la sentence arbitrale, ne préjuge pas des causes de cette méconnaissance. Ce fait peut en effet résulter tant d'une fraude de l'une des parties que d'une cause qui ne lui est pas imputable. Ainsi, le recours en révision dans le droit de l'arbitrage Ohada n'a pas pour objet exclusif de sanctionner l'erreur résultant d'une fraude.

La législation uniforme ne précise ni la procédure, ni le délai, ni les effets du recours en révision. Il est simplement fait mention que ce recours doit être porté devant le tribunal arbitral. Ceci implique que le tribunal arbitral est encore en mesure d'être réuni. Dans le cas contraire, une difficulté évidente existe dans sa mise en œuvre. Pour remédier à cette difficulté, il convient de retenir qu'à défaut de pouvoir réunir le tribunal arbitral, il soit fait recours à l'assistance du juge étatique du siège du tribunal arbitral. De même, dans certains cas⁷⁵³, la sentence susceptible d'un recours en révision devrait pouvoir être annulée sur la base de l'article 26, alinéa 5 de l'Acte Uniforme⁷⁵⁴ qui sanctionne l'atteinte à l'ordre public.

⁷⁵² Art. 25, al. 5 de l'A.U./D.A.

⁷⁵³ Surtout les cas où l'erreur résulte du tribunal arbitral.

⁷⁵⁴ En effet, cet article dispose que : « [...] si le Tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des Etats signataires du traité ».

En ne précisant pas les délais de forclusion pour l'exercice du recours en révision, l'Acte Uniforme ne précise pas non plus les effets du recours en révision. Cependant, ce recours a nécessairement un effet dévolutif puisque la chose jugée par le tribunal arbitral est remise en cause et qu'il sera encore statué en fait et en droit. Ceci implique que les acteurs à l'instance arbitrale initiale soient à nouveau appelés à l'instance en révision. Enfin, il faut aussi admettre que la sentence qui a fait l'objet d'un rejet du recours en annulation peut faire l'objet d'un recours en révision et réciproquement le recours en annulation ne devra être examiné qu'après le recours en révision.

Des précisions sont également attendues sur les modalités d'instruction de la demande de révision et sur la décision intervenant sur le recours en révision. Il semble au minimum sûr que si la demande est portée devant les arbitres, elle doit aboutir à une sentence arbitrale ayant le régime commun aux sentences arbitrales.

Dans le souci de réguler l'issue de l'arbitrage l'institution arbitrale a mis en œuvre des voies de recours qui lui sont propres.

Section II : Les voies de recours extraordinaires spécifiques à la justice arbitrale

L'unique voie de recours spécifique aux sentences arbitrales prévue par le législateur Ohada est le recours en annulation. L'analyse du recours en annulation pose le problème des moyens du recours (Paragraphe I), du champ d'application et de la procédure (Paragraphe II) et des conséquences du recours (Paragraphe III).

Paragraphe I : Les moyens d'ouverture du recours en annulation

Les causes d'annulation d'une sentence arbitrale sont limitativement énumérées par la législation uniforme. Elles sont au nombre de six que nous allons successivement étudier.

Le premier motif d'annulation porte sur l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage⁷⁵⁵. Dans la mesure où l'arbitrage est une justice conventionnelle, on

⁷⁵⁵ Art. 26, al. 1^{er} de l'A.U./D.A.

comprend très bien que la sentence arbitrale puisse être attaquée parce que le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une base conventionnelle nulle ou expirée. Derrière cette formulation faisant référence à la convention d'arbitrage, c'est en réalité la compétence de l'arbitre qui est ici contestée, soit par rapport à une personne (qui estime qu'elle n'était pas liée par la convention d'arbitrage), soit par rapport au litige tranché par l'arbitre (dont le requérant en nullité estime qu'il n'était pas visé par la convention d'arbitrage). La nullité de la convention d'arbitrage suppose un vice affectant sa formation. Ce vice peut résulter d'un défaut de conditions tenant aux parties, à l'arbitrabilité du litige ou encore aux conditions de forme. L'expiration de la convention d'arbitrage recouvre quant à elle l'expiration du délai d'arbitrage.

Le deuxième motif d'annulation porte sur la composition irrégulière du tribunal arbitral ou sur la désignation irrégulière de l'arbitre unique⁷⁵⁶. Le moins que l'on puisse attendre des parties, c'est de respecter leurs propres décisions quant à la constitution du tribunal arbitral ou la désignation de l'arbitre unique. Elles peuvent avoir directement réglé la procédure de constitution de désignation ; elles peuvent avoir renvoyé pour le faire à un règlement d'arbitrage. Dans tous les cas, des vices peuvent exister dans la constitution du tribunal arbitral. Ces vices peuvent affecter la personne d'un arbitre ou affecter la procédure de constitution de la juridiction arbitrale. Tel est par exemple le cas si l'égalité des parties n'a pas été respectée lors de la constitution du tribunal arbitral. L'appréciation d'un défaut dans la personne d'un arbitre peut renvoyer à la loi personnelle de l'arbitre. Il faudra alors vérifier comment cette loi remplit une condition fixée par la volonté des parties, le règlement d'arbitrage ou la loi de procédure⁷⁵⁷.

L'irrégularité peut également affecter la procédure de constitution de la juridiction arbitrale. Certes, cette procédure repose sur la volonté des parties mais ceci suppose que cette volonté soit respectée. Il faut en outre que le principe d'égalité de droits des parties trouve à s'appliquer dès la phase de constitution du tribunal arbitral. L'irrégularité peut enfin concerner le tribunal arbitral une fois qu'il est constitué. Tel serait par exemple le cas d'un tribunal arbitral qui ne serait pas constitué d'un ou de trois arbitres.

⁷⁵⁶ Art. 26, al. 2^{ème} de l'A.U./D.A.

⁷⁵⁷ P. MEYER, « Droit international privé burkinabé et comparé », *op. cit.*, pp. 221 et s. Dans la mesure où la loi personnelle de l'arbitre et la loi de procédure sont différentes, cette appréciation peut soulever un problème connu, dans la théorie générale du droit international privé, sous l'expression de détermination du concept préjudiciel ou problématique de l'équivalence.

Le troisième motif d'annulation porte sur le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission. Ce moyen est spécifique au droit français de l'arbitrage et on peut se montrer très réservé quant à l'utilisation, dans le droit de l'Ohada, d'un motif d'annulation aussi général. En droit français, le dépassement de sa mission par l'arbitre a une « histoire » doctrinale et jurisprudentielle qui permet d'en limiter la portée en tant que moyen de nullité d'une sentence arbitrale. Il est absolument indispensable que les juges des Etats de l'Ohada et de la C.C.J.A. s'inspirent de ce fond doctrinal et jurisprudentiel de droit français si l'on veut éviter que ce moyen n'ouvre la voie à des annulations pour des raisons non sérieusement fondées. Tel que formulé, ce moyen permet en effet l'annulation d'une sentence arbitrale chaque fois qu'il pourrait être reproché à l'arbitre la méconnaissance d'une règle de procédure quelle qu'elle soit, ou de l'une quelconque des règles applicables au fond du litige. On imagine facilement comment un tel moyen peut devenir une arme redoutable entre les mains d'une partie qui souhaiterait obtenir l'annulation d'une sentence. En France, la jurisprudence a retenu une conception stricte et restrictive de ce moyen. Ainsi, il permet de vérifier que les arbitres se sont bien acquittés de leur mission. Il permet de sanctionner l'*ultra petita* et la violation par l'arbitre d'une règle de la procédure expressément et précisément choisie par les parties. Quant au fond du litige, il est considéré que l'arbitre ne respecte pas sa mission s'il ne respecte pas le choix des parties sur le droit applicable ou l'amiable composition.

Le quatrième motif d'annulation porte sur le non-respect du principe du contradictoire. Ce principe, intimement lié aux principes d'égalité des parties et de la possibilité pour chacune d'elles de faire valoir ses droits, suppose que chacune des parties a pu faire valoir ses prétentions, connaître celles de son adversaire et procéder à leur discussion. Il suppose que les délais de procédure fixés par les arbitres soient sensiblement équivalents pour chacune des parties dans l'examen des pièces et documents utilisés pour l'instruction de la cause.

Le cinquième moyen est quant à lui relatif à la violation par les arbitres « d'une règle d'ordre public international des Etats signataires ». Il faut préalablement observer que la référence à l'ordre public international ne convient que pour l'arbitrage de droit international privé. Seule la réserve de l'ordre public interne doit trouver à s'appliquer lorsque l'arbitre tranche un litige interne. L'utilisation de l'expression « ordre public international » suppose donc un litige international au sens du droit international privé. La référence à l'ordre « des Etats signataires » soulève tout de même une question. S'agit-il de l'ordre public au sens du droit international privé donc de l'ordre public de chacun des Etats ? S'agit-il d'un ordre

public qui devait être commun aux différents Etats de l'Ohada, donc d'une sorte d'ordre public régional ? Cette conception régionale de l'ordre public paraît justifiée lorsque le litige porte sur une matière ayant fait l'objet d'un acte uniforme. On peut supposer, par exemple, un litige relatif à un contrat d'agence commerciale à caractère international, soumis à une loi étrangère, sinon l'expression de l'ordre public est rationnellement absolument impossible à envisager, tranché par un arbitre alors que le siège du tribunal arbitral est situé dans un pays de l'Ohada. En raison de ce que ce contrat a fait l'objet de dispositions communes, l'ordre public, susceptible de constituer une réserve aux effets de la loi étrangère régissant le contrat, devrait s'apprécier de manière communautaire et donc être commun aux différents Etats de l'Ohada. Par contre, lorsque le litige privé international soumis à l'arbitre ne relève pas d'une matière harmonisée, l'ordre public international ne pourrait être que l'ordre public au sens du droit international privé de l'Etat dans lequel l'annulation de la sentence est requise.

Le sixième et dernier moyen porte sur l'absence de motivation de la sentence. Une précision est nécessaire sur ce moyen. Le juge étatique ne peut que vérifier si, formellement, la sentence est dépourvue de motifs dans son libellé. C'est donc une règle de forme ayant pour objet de s'assurer que le texte de la sentence répond aux prétentions et aux moyens des parties. Le juge étatique n'a pas à examiner le contenu de ces motifs pour estimer qu'ils sont contradictoires ou erronés et, en conséquence, annuler la sentence. Un juge étatique qui procéderait de cette manière réexaminerait le litige au fond. Or, le recours en annulation ne doit pas être perçu comme devant permettre un réexamen du fond du litige ou une appréciation de la pertinence du raisonnement juridique suivi par le tribunal arbitral. On doit donc considérer que le bien-fondé des motifs ou leur contradiction échappe, en principe, au contrôle du juge de l'annulation.

Paragraphe II : Le champ d'application et la procédure du recours en annulation

Nous considérerons le champ d'application (A) avant d'étudier la procédure (B) du recours en annulation.

A : Le champ d'application du recours en annulation

Le recours en annulation est la principale voie de recours contre une sentence arbitrale. Il est porté devant le « juge compétent dans l'Etat partie »⁷⁵⁸. Le seul recours contre la décision du juge étatique, accordant ou refusant l'annulation, est le pourvoi en cassation devant la C.C.J.A.

Ce champ d'application peut être délimité d'un point de vue matériel (1) et territorial (2).

1 : Le champ d'application matériel du recours en annulation

Seules les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. On sait que la sentence suppose que l'arbitre ait tranché, ne fut-ce que partiellement, le litige qui lui est dévolu. Une sentence définitive et complète, c'est-à-dire qui vide l'intégralité du litige, est susceptible d'un recours en annulation. Une sentence partielle et donc définitive par rapport au litige tranché, peut également donner lieu à un recours en annulation. L'Acte Uniforme le prévoit expressément pour les sentences partielles dans lesquelles le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. Il n'y a aucune raison de limiter cette possibilité à cette seule catégorie de sentences partielles⁷⁵⁹.

2 : Le champ d'application territorial du recours en annulation

Sur le plan territorial, l'Acte Uniforme ne délimite pas vraiment les sentences sujettes à un recours en annulation. Ainsi, il dispose vaguement que « la sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation »⁷⁶⁰. L'Acte Uniforme ne précisant pas les sentences qui peuvent faire l'objet de ce recours, il convient dès lors de se référer à l'article 1^{er} de l'Acte Uniforme qui détermine le champ d'application de la législation Ohada en référence au siège du tribunal arbitral. Ceci permet d'affirmer que seules les sentences rendues par un tribunal arbitral dont le siège est situé dans un Etat partie peuvent faire l'objet du recours en annulation prévu par l'article 25 de l'Acte Uniforme. Cette solution est celle adoptée par nombre de législations sur cette question. Mais alors un problème se pose dans cette étude en ce qui concerne la notion

⁷⁵⁸ Art. 25, al.2 de l'A.U./D.A.

⁷⁵⁹ Art. 11, al. 3 de l'A.U./D.A.

⁷⁶⁰ Art. 25, al. 2 de l'A.U./D.A.

du siège du tribunal arbitral. En effet, on s'interroge alors sur la question de savoir si l'ouverture du recours en annulation n'est possible que contre les sentences rendues par un tribunal arbitral dont le siège territorial se situe dans un Etat partie, ou au contraire s'il s'agit des sentences rendues sur le fondement de l'Acte Uniforme mais dont le tribunal arbitral se situe en dehors de l'espace Ohada. Cette interrogation s'explique par le fait que l'Acte Uniforme fait référence aux fondements ayant servi à rendre la sentence arbitrale⁷⁶¹. La solution adéquate serait de considérer les deux hypothèses⁷⁶². Cependant quelques difficultés peuvent se poser en considérant la seconde hypothèse : un conflit peut en effet exister au niveau de la compétence⁷⁶³.

B : La procédure du recours en annulation

La procédure du recours en annulation est visée par trois articles de l'Acte Uniforme⁷⁶⁴. Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage Ohada, le recours en annulation doit être introduit dans le mois de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur, ou dès le prononcé de la sentence, devant le « juge compétent dans l'Etat partie »⁷⁶⁵. Ledit juge est déterminé selon la législation civile de chaque Etat partie. Lorsque le juge étatique est saisi, il ne dispose pas du pouvoir d'évocation qui appartient en matière arbitrale au seul juge de l'arbitrage. L'Acte Uniforme ne précise pas si la procédure du recours en annulation doit être contradictoire. Pour autant, il semble très clairement que celle-ci doit l'être.

Le recours en annulation a un effet suspensif⁷⁶⁶. Il faut réserver le cas où l'exécution provisoire de la sentence a été ordonnée par le tribunal arbitral. Le juge étatique est compétent pour statuer sur le contentieux de l'exécution provisoire. Le recours en annulation contre la sentence est également, indirectement, un recours contre la décision ayant accordé l'exequatur à la sentence.

⁷⁶¹ Art. 34 de l'A.U./D.A.

⁷⁶² Art. V, §1 e de la Convention de New York.

⁷⁶³ Il peut par exemple s'agir de l'hypothèse où la sentence est annulée dans un Etat Ohada alors que la même sentence aurait été validée dans l'Etat du siège territorial ou inversement.

⁷⁶⁴ Il s'agit des articles 25, 27 et 28 de l'A.U./D.A.

⁷⁶⁵ Art. 25 et 28 de l'A.U./D.A.

⁷⁶⁶ Art. 28 de l'A.U./D.A.

Paragraphe III : Les conséquences du recours en annulation

Lorsque le recours est accueilli, il entraîne l'annulation en tout ou partie de la sentence. Dans ce cas, la cour statue sur le fond, dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf si les parties s'y opposent.

L'Acte Uniforme précise les effets de l'annulation de la sentence. En effet, il dispose expressément qu'en « cas d'annulation de la sentence, il appartient à la partie la plus diligente d'engager, si elle le souhaite, une nouvelle procédure arbitrale »⁷⁶⁷, sauf bien sûr s'il s'agit d'une annulation pour défaut de convention d'arbitrage. Il reviendra à chaque législation nationale de déterminer le juge compétent. Il est important de préciser que le juge étatique, saisi d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale, ne dispose d'aucun pouvoir de révision au fond, il doit seulement vérifier si la sentence mérite d'être annulée sur la base d'un des six motifs d'annulation prévus par la légalisation uniforme⁷⁶⁸. Si le juge prononce l'annulation de la sentence, il ne dispose d'aucun pouvoir d'évocation. Il convient de savoir que la compétence dévolue à la C.C.J.A., permet d'assurer l'uniformisation de l'interprétation et de l'application du droit uniforme de l'arbitrage. Ainsi, en refusant aux juges étatiques le pouvoir d'évocation, le droit uniforme entend renforcer l'efficacité de l'arbitrage.

Le rejet du recours en annulation emporte, pour sa part, le caractère exécutoire de la sentence. L'article 33 de l'Acte Uniforme dispose à cet égard que « le rejet du recours en annulation emporte de plein droit validité [...] de la décision ayant accordé l'exequatur ».

Le seul recours contre la décision accordant ou refusant l'annulation de la sentence est le pourvoi en cassation devant la C.C.J.A.⁷⁶⁹. Ceci permettra, conformément aux objectifs poursuivis par le Traité Ohada, d'assurer une interprétation uniforme des dispositions législatives uniformes sur le droit Ohada.

⁷⁶⁷ Art. 29 de l'A.U./D.A.

⁷⁶⁸ Voir *supra*.

⁷⁶⁹ Art. 25 al. 3 A.U./D.A.

Section III : Les voies de recours dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Les sentences sujettes aux recours prévus par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. sont celles qui ont été rendues par les tribunaux arbitraux siégeant sous le contrôle administratif et juridictionnel de la C.C.J.A. Les recours prévus par le Règlement sont le recours en contestation de validité, la révision et la tierce opposition. Les modalités d'ouverture et d'exécution de ces deux derniers recours étant identiques à celles prévues par l'Acte Uniforme, ils ne feront pas l'objet d'analyse à ce stade de notre analyse. Nous nous limiterons donc à l'étude de la contestation de validité organisée par le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. est inutilement complexe dans la terminologie retenue à propos du recours en contestation de validité. L'article 29.1 du Règlement d'arbitrage se réfère en effet à la « partie qui entend contester la reconnaissance de la sentence arbitrale et l'autorité de chose définitive qui en découle ». Ainsi formulée, l'action fait penser à une action en inopposabilité de la sentence. Une telle action ne se conçoit cependant que dans un système juridique où seule la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée d'une sentence, ou d'un jugement, peut être contestée, sans que la sentence elle-même, ou le jugement, puisse être l'objet d'une voie de recours. Tel n'est toutefois pas le cas de la sentence rendue dans le cadre du règlement de la C.C.J.A. à l'égard de la Cour Commune. Le recours porté devant la C.C.J.A. ne concerne pas la seule reconnaissance de l'autorité de la chose jugée de la sentence mais la sentence elle-même. L'intitulé du recours dit de contestation de validité montre bien que c'est la validité de la sentence elle-même qui est en cause. Pour aller plus loin, on peut affirmer que ce recours n'est rien d'autre qu'un recours en annulation de la sentence.

L'analyse des conditions de fond de la contestation de validité de la sentence arbitrale devant la C.C.J.A. (Paragraphe 1) sera suivie de celle de la procédure de la contestation de validité de la sentence arbitrale (Paragraphe 2).

Paragraphe I : Les conditions de fond de la contestation de validité de la sentence arbitrale

Les conditions de fond de la contestation de validité de la sentence sont identiques à celles qui justifient l'opposition à exequatur⁷⁷⁰. Ces conditions de fond de la contestation de validité ne sont possibles que dans quatre cas énumérés par les articles 25 du Traité Ohada et 30.6 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. Il s'agit de l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, de la violation par l'arbitre de la mission qui lui est confiée, de la violation du principe du contradictoire et enfin de la violation de l'ordre public international.

L'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral et l'absence de motivation de la sentence arbitrale sont donc écartées pour contester la validité de la sentence. L'exclusion de la première est due au fait que la C.C.J.A. dispose d'un très large pouvoir quant à la constitution du tribunal arbitral. Ainsi, dès la nomination ou la confirmation des arbitres par la cour, celles-ci sont définitivement considérées comme régulièrement effectuées. Quant à la motivation, elle est également exigée dans l'arbitrage de la C.C.J.A. sauf accord des parties, et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable. Le regard de la C.C.J.A. sur l'existence ou non de la motivation est ainsi porté sur la sentence arbitrale au moment de l'examen préalable de celle-ci. C'est la raison pour laquelle l'absence de motivation ne fait pas partie des cas d'annulation de la sentence arbitrale.

Paragraphe II : La procédure de la contestation de validité de la sentence arbitrale

Sur le plan de la procédure, la contestation de validité de la sentence arbitrale est introduite devant la C.C.J.A. par une requête notifiée à la partie adverse⁷⁷¹. Le terme de requête ne doit pas être pris dans son sens procédural usuel d'introduction d'une procédure contradictoire. L'annulation de la sentence ne peut évidemment intervenir qu'au terme d'une instance où chacune des parties a été appelée et a pu faire valoir ses moyens. Les parties peuvent toutefois renoncer à cette voie de recours dans leur convention d'arbitrage.

⁷⁷⁰ Art. 29.2 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. renvoyant à l'art. 30.6.

⁷⁷¹ *Idem.*

Le recours peut être introduit dès le prononcé de la sentence et il cesse d'être recevable dans les deux mois de la notification de la sentence⁷⁷². L'introduction de nullité de l'article 29 du Règlement d'arbitrage suspend l'instance en exequatur de la sentence⁷⁷³.

Si la C.C.J.A. accueille le recours, elle « annule la sentence »⁷⁷⁴. Toutefois, à la différence du recours en annulation introduit devant les juridictions des Etats de l'Ohada sur la base de l'Acte Uniforme, la Cour Commune dispose du pouvoir de statuer au fond, après avoir évoqué, si les parties en ont fait la demande. Si les parties n'ont pas demandé l'évocation, la procédure arbitrale est reprise à la requête de la partie la plus diligente, le cas échéant, à partir du dernier acte de procédure reconnu valable par la Cour.

Le Règlement ne précise pas si le recours en contestation de validité de la sentence exclut le recours en annulation porté devant les juridictions étatiques des Etats parties sur la base de l'Acte Uniforme. Le problème doit probablement être résolu en fonction des champs d'application respectifs des deux textes, spécialement en ce qui concerne le pouvoir d'annulation de la sentence. L'Acte Uniforme confère aux juges des Etats parties le pouvoir d'annuler les sentences lorsque le siège du tribunal arbitral est situé dans un Etat partie. Le Règlement d'arbitrage organise quant à lui un recours ayant une portée identique, devant la C.C.J.A., pour les sentences rendues sur la base dudit Règlement. Il faut à notre sens en conclure que les sentences rendues sous l'égide de la C.C.J.A. échappent au recours en annulation devant les juridictions étatiques nationales si le siège du tribunal arbitral est situé dans un Etat partie à l'Ohada. Ceci résulte des pouvoirs conférés à la Cour par les Etats membres, tant à travers les dispositions du Traité qu'au moyen des dispositions du Règlement d'arbitrage. On comprend alors que la solution est tout à fait différente lorsque le tribunal arbitral, siégeant sous l'égide de la C.C.J.A., est situé dans un Etat non partie à l'Ohada. Les dispositions du Traité Ohada et celles du Règlement d'arbitrage concernant le pouvoir juridictionnel de la Cour Commune ne peuvent pas en effet obliger les Etats tiers. Les juridictions de ces Etats pourront donc connaître d'un recours en annulation d'une sentence rendue sur la base du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. dans les conditions prévues par leur législation sur l'arbitrage.

⁷⁷² Art. 29.3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷⁷³ Art. 30.3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

⁷⁷⁴ Art. 29.5 du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Conclusion du chapitre II

Les voies de recours contre les sentences arbitrales sont généralement considérées comme des barrières mises en place pour garantir l'efficacité de la justice arbitrale. Il convient cependant d'être vigilant puisqu'une partie mal intentionnée peut également s'en servir afin empêcher l'exécution de la sentence arbitrale et ce, en abusant intempestivement des voies recours qui lui sont offertes. Cette manœuvre dilatoire des parties peut donc aussi être un frein évident à l'efficacité de la sentence arbitrale.

Nous avons mis en évidence, à travers la législation Ohada et la C.C.J.A., à quel point il est important qu'une autorité compétente puisse procéder au contrôle de la sentence pour éviter toute contestation future d'une partie. L'exclusion de certaines voies de recours témoigne de l'intérêt que porte le législateur Ohada pour la sécurité et l'efficacité des décisions arbitrales. Aussi, ne retient-il que des voies de recours évitant au maximum les problèmes liés à l'exécution efficace de la sentence arbitrale dans son espace. Cependant, il semble que quelques difficultés restent à combler dans ce domaine pour que la sécurité de l'arbitrage reste effective et de ce fait permette de rassurer les opérateurs économiques.

Conclusion du titre II

La sécurité de l'arbitrage peut être menacée, malgré la modernisation de la législation en matière d'arbitrage en Afrique. En effet, l'insécurité qui peut exister dans l'arbitrage émane parfois des textes en raison de l'interaction entre les textes juridiques communautaires et ceux du droit interne, même si normalement la primauté des textes de l'Ohada devrait être de mise. De même, certaines dispositions de l'arbitrage de la C.C.J.A. peuvent entrer en conflit avec le droit commun de l'arbitrage Ohada, créant des divergences contraires à l'objectif de sécurisation de la procédure arbitrale.

En outre, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, malgré de réelles avancées législatives, reste difficile d'application dans les pays africains, surtout lorsque la sentence arbitrale a été rendue à l'étranger. Nous pouvons également noter qu'en pratique il existe une certaine résistance des Etats africains à faire appliquer spontanément les sentences arbitrales rendues contre eux, en usant abusivement du droit d'annulation de la sentence prévu par les législations en matière d'arbitrage. Les mêmes difficultés sont perceptibles quant à la demande d'exequatur d'une sentence. Et quand bien même la décision arbitrale est revêtue de l'exequatur, d'autres difficultés d'exécution peuvent surgir, notamment par l'invocation par une partie de mauvaise foi de son insolvabilité ou de son immunité diplomatique.

Il est évident que des mesures pour combattre la formation des recours abusifs doivent être aménagées afin d'aboutir à une diminution du nombre des recours qui n'ont pour objet que de retarder l'exécution des sentences arbitrales. Il est également possible d'aménager des sanctions à l'encontre des parties qui abuseraient des recours en annulation de la sentence à but dilatoire. Il peut s'agir par exemple de prévoir la condamnation du demandeur à des dommages-intérêts à chaque fois qu'il commet une faute lourde en ne formant un recours que dans le but de remettre en cause le fond de la sentence arbitrale sous le couvert des cas d'annulation. De cette façon, la Cour arrivera aussi bien à dissuader les parties de former des recours dilatoires contre les sentences arbitrales, qu'à indemniser la partie qui a été victime d'une procédure abusive de ce genre.

Conclusion de la deuxième partie

L'institution d'une procédure d'arbitrage ne peut avoir de valeur que si, dès le départ, elle offre des précisions suffisantes de nature à garantir la sécurité juridique, la prévisibilité, la connaissance du droit applicable, la compétence et la probité des arbitres. Le résultat de l'arbitrage dépend donc de l'efficacité de l'institution arbitrale chargée de veiller à la mise en œuvre d'un règlement d'arbitrage, de la bonne foi des parties mais aussi de l'efficacité des juridictions accordant l'exequatur aux sentences arbitrales. En définitive, aucun système d'arbitrage ne peut perdurer sans un cadre juridique⁷⁷⁵ fait de règles claires, complètes et applicables. C'est à cette fin qu'une partie des Etats africains s'est dotée de textes complémentaires en matière d'arbitrage. L'adoption de telles règles ne donne cependant aucune assurance quant à leur effectivité. Encore faut-il qu'elles suscitent un minimum de confiance, d'abord dans les rapports entre les parties et l'institution arbitrale, ensuite entre les parties et les arbitres, enfin entre les parties et l'autorité chargée d'assurer l'exécution forcée de la sentence arbitrale. Pour ce faire, ces textes doivent se débarrasser de certains inconvénients et combler leurs lacunes.

L'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage devrait notamment préciser son domaine d'application, d'autant plus que l'assimilation de l'arbitrage interne à l'arbitrage international n'est pas toujours évidente. Il devrait également légiférer avec précision les modalités de mise en œuvre d'un arbitrage multipartite⁷⁷⁶ et clarifier la tierce opposition qu'il a introduite dans les voies de recours possibles contre la sentence arbitrale et qui risque de donner lieu à des contentieux épineux.

Quant à l'arbitrage de la C.C.J.A., en dehors de certaines lacunes, il présente quelques fois des excès dans les solutions qu'il propose, excès qu'il conviendrait de tempérer. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. devrait par exemple apporter des précisions sur la forme, le fond et l'efficacité de la convention d'arbitrage, d'autant plus qu'en ce domaine ce sont les dispositions de l'Acte Uniforme qui sont transposées à cet arbitrage.

⁷⁷⁵ A. PLANTEY « Quelques observations sur l'arbitrage administré », J.D.I. 1999, numéro 3, pp. 731 et s.

⁷⁷⁶ Art. 3 du Règlement d'arbitrage. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. contient quelques dispositions relatives à l'arbitrage multipartite.

Conclusion générale

La liberté et la sécurité sont les gages d'une justice équitable. Reste néanmoins à les faire cohabiter en matière d'arbitrage.

Par son caractère conventionnel, l'arbitrage est une institution dans laquelle la liberté jouit d'une place majeure.

Dans une récente étude sur les attitudes et pratiques des sociétés en matière d'arbitrage commercial international, il apparaît que le choix des arbitres par les parties elles-mêmes est l'un des facteurs déterminants quant à la décision de recourir à l'arbitrage pour trouver une solution juste au différend. Ceci explique pour certains la faveur dont jouit l'arbitrage *ad hoc*. Toutefois, en optant pour ce dernier, les parties perdent la chance d'être encadrées et assistées par un centre spécialisé. Il est vrai que l'arbitrage est à base de liberté et que la liberté du choix des arbitres est une condition fondamentale de la confiance qui nourrit l'institution toute entière. Mais, l'exercice de cette liberté implique aussi une responsabilité, responsabilité qui devrait être partagée entre les institutions d'arbitrage et les parties. Les centres d'arbitrage ne devraient alors intervenir qu'à titre supplétif et non directif, c'est-à-dire en cas de désaccord des parties ou de carence. Ils doivent en outre dissiper toute méfiance quant à la qualité de leurs listes⁷⁷⁷, notamment en les étendant à des jeunes arbitres afin de les former, cassant ainsi le présumé cercle d'arbitres. Quant aux parties, elles devraient profiter de la liberté qui leur est offerte par la majorité des institutions d'arbitrage en choisissant leurs arbitres d'une manière responsable.

Toutefois, la liberté pour les parties de choisir leur arbitre n'est pas toujours, loin de là, exercée en connaissance de cause. Elle l'est même parfois contrairement à tout bon sens, par simple ignorance ou pour des raisons personnelles sans rapport avec le litige et les qualités nécessaires pour le comprendre et le juger. Il arrive également que des motifs d'amitié, de relations sociales, de « renvois d'ascenseur » soient la seule explication à telle ou telle désignation, parfois surprenante pour l'observateur. A l'évidence, le choix par une partie d'un arbitre devrait exiger la participation d'un conseil, voire devrait être laissé à ce dernier. Encore faut-il que celui-ci ait lui-même été bien choisi et qu'il possède les connaissances et l'expérience voulues de l'arbitrage international. Or, comme l'a bien noté M. LALIVE, la

⁷⁷⁷ Selon P. LALIVE, les seules listes véritablement utiles aux praticiens sont orales, et aussi souvent « noires » que blanches, « Le choix de l'arbitre », *op.cit.*, p. 12.

pratique nous enseigne que les erreurs ou les maladresses ne sont pas rares dans ce domaine⁷⁷⁸.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les arbitres, qu'ils soient désignés par les parties ou par les institutions d'arbitrage, interviennent pour régler des litiges de nature contractuelle. Il appartient alors aux parties contractantes elles-mêmes d'aborder les questions délicates et de tenter de dissiper les ambiguïtés par des stipulations précises. En réalité, les meilleurs contrats sont ceux dans lesquels toutes les parties trouvent leurs comptes et leurs intérêts. L'intention, la bonne foi, la volonté de coopérer des contractants sont les gages indispensables, non seulement du succès de leur relation, mais également des solutions équilibrées en cas de litige.

La solution équitable passe ainsi par les parties avant de passer par les arbitres. Ceci est indispensable pour une meilleure compréhension du rôle des institutions d'arbitrage en matière de choix du juge arbitral et, par conséquent, l'établissement d'une relation de confiance entre ces institutions et les parties.

Bien qu'étant un instrument d'assainissement de l'environnement juridique et judiciaire de l'économie, l'Ohada se présente comme une réforme inachevée sur le terrain de son application. Elle contient aussi bien des éléments de complexité que des facteurs de difficultés. Cependant, cette réforme introduit également des avancées notables en termes de sécurité juridique. Ainsi, les investisseurs connaissent désormais les règles du jeu économique dans tous les territoires couverts par l'Ohada. Avec la stabilité des textes, il devient possible à l'investisseur étranger de les connaître et de les intégrer dans son comportement et sa stratégie d'investissement. Cette stabilité est d'autant plus garantie que les États parties n'ont plus aucun pouvoir pour légiférer unilatéralement dans les domaines couverts par le Traité de l'Ohada. La réalisation de la sécurité juridique dans cet espace constitue ainsi un préalable nécessaire. Mais cela suffit-il pour attirer les investisseurs ?

La réponse à l'incertitude de ces derniers quant à la compétence et l'office du juge appelé à trancher les litiges les impliquant n'est pas à la hauteur des enjeux et des attentes. La garantie de la sanction effective et équitable des droits subjectifs, la sécurité judiciaire, est l'un des gages indispensables de la dynamique des économies modernes. Cette garantie des droits serait même « l'assurance tout risque » que peut offrir l'Afrique aux investisseurs. C'est pourquoi l'Ohada s'est attaquée aux « risques judiciaires », qui, même si le risque zéro

⁷⁷⁸ *Idem*, p. 11.

n'existe pas, ne sont pas encore totalement éradiqués dans l'espace économique de l'Ohada. Même si la sécurité juridique et judiciaire, à elle seule, ne garantit pas le résultat recherché par la création de l'espace juridique commun, toutes les craintes qui lui sont liées en Afrique doivent néanmoins disparaître. Parmi celles-ci, en plus des facteurs d'insécurité nés des dispositions juridiques et de leur application, nous faisons spécialement référence à la corruption gangrèneuse et récurrente qui mine le bon fonctionnement et la crédibilité des administrations judiciaires africaines.

Pour renforcer la sécurité et éviter les écueils précédemment mis en exergue, le recours à l'arbitrage institutionnel apparaît pertinent pour tout différend relatif à l'investissement, et particulièrement ceux impliquant un Etat membre Ohada. En effet, les parties, à travers cet arbitrage, peuvent bénéficier du gage de la prévisibilité et de l'efficacité de ces centres d'arbitrage qui ont une certaine pratique qui forge leur notoriété. A cet égard, l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris (C.C.I.), l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Conflits relatifs à l'Investissement (C.I.R.D.I.)⁷⁷⁹, y compris celui de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A.) de l'Ohada peuvent être, à n'en pas douter, de véritables acteurs dans le règlement des conflits du contentieux de l'investissement. D'ailleurs, pour renforcer la renommée du centre d'arbitrage de la C.C.J.A., certaines réformes semblent nécessaires. Les juges de la Cour de justice devraient être dissociés de ceux du Centre d'arbitrage. De plus, la compétence de la C.C.J.A. à se prononcer sur l'exequatur des sentences arbitrales devrait être extirpée du système d'arbitrage mis en place ou des règles précises devraient venir combler ses lacunes par la délimitation de ses pouvoirs par rapport aux règles prises hors de l'Ohada. En outre, pour parfaire l'internationalité de l'arbitrage C.C.J.A., les critères territoriaux que sont le domicile ou la résidence habituelle d'une partie dans un Etat membre et l'exécution totale ou partielle du contrat dans un ou plusieurs Etats parties devraient être supprimés.

L'option prise en faveur de l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public, qui implique la possibilité de régler par la voie de l'arbitrage les litiges entre des

⁷⁷⁹ A. EL KOSHERI, ICSID Arbitration and Developing Countries, 8 ICSID Rev. p. 104. « The need to provide an international forum for the settlement of investment disputes with local public authorities, not subject to any possible intervention from national courts, was envisaged primarily as an incentive to western private investors to look more favorably towards developing countries ». Traduction : « La nécessité de disposer d'un forum international pour le règlement des conflits liés à l'investissement dans lesquels sont impliquées les entités publiques locales, à l'exclusion de la possible intervention des tribunaux nationaux, a été envisagée principalement comme source d'incitation des investisseurs privés occidentaux à davantage s'intéresser aux pays en voie de développement ».

investisseurs étrangers et des personnes publiques africaines, est importante. Cette option participe véritablement de l'effort de promotion de l'arbitrage Ohada et d'encouragement des investissements. Cependant, une attention toute particulière doit être portée quant à l'opportunité des Etats et des personnes morales de droit public à signer des conventions d'arbitrage. Très onéreux, l'arbitrage peut faire courir des risques considérables aux parties, d'autant que les voies de recours à l'encontre d'une sentence arbitrale sont extrêmement limitées. Les entreprises doivent elles-aussi mesurer l'opportunité de signer des clauses compromissoires et s'informer des risques qu'elles peuvent encourir. C'est seulement en connaissance de cause que les parties doivent accepter de signer des clauses compromissoires.

Les responsables des Etats africains doivent être conscients des risques encourus par leur pays lorsque ce dernier est engagé dans des clauses d'arbitrage. En tout état de cause, la plus extrême vigilance s'impose sur le choix des arbitres qui doivent être des personnalités de tout premier plan⁷⁸⁰. Concrètement, lorsqu'en connaissance de cause et après en avoir mesuré les risques, les Etats décident de s'engager dans l'arbitrage, ils doivent privilégier systématiquement l'arbitrage institutionnel sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Cela leur permet de préserver au mieux les intérêts de leur pays grâce aux garde-fous institués par le législateur Ohada. Il est important que les Etats puissent avoir la possibilité d'opter systématiquement pour trois arbitres et, dans le cas de l'arbitrage Ohada fondé sur le règlement C.C.J.A., il paraît impérieux que le choix du troisième arbitre, le Président du tribunal arbitral, ne soit pas laissé à la discrétion des deux premiers arbitres, mais à celle de la C.C.J.A.

Il convient d'insister sur le fait que les Etats doivent être particulièrement prudents en matière d'arbitrage. Certaines condamnations arbitrales très lourdes rendues récemment par des arbitres (souvent issus des Barreaux) contre des Etats africains en témoignent. On ne peut rester indifférent à ces condamnations très lourdes. Derrière les Etats, ce sont les populations qui sont *de facto* condamnées. C'est pourquoi il est primordial pour les Etats de ne pas s'engager imprudemment dans un arbitrage pour lequel ils sont mal préparés et dont ils ressortent le plus souvent grands perdants. C'est la raison pour laquelle, en droit comparé,

⁷⁸⁰ Par ailleurs, si beaucoup d'auteurs demandent la suppression pure et simple de l'immunité diplomatique des arbitres, celle-ci demeure souhaitable dans leur appréciation des faits, des preuves, du droit et dans la délibération de la sentence arbitrale. L'immunité diplomatique des arbitres mérite d'être maintenue dans la mesure où elle est limitée aux seuls actes pris dans l'exercice de leurs fonctions. Il en est tout autrement de l'immunité diplomatique du centre d'arbitrage de la C.C.J.A. Ce dernier, à la différence de la Chambre de Commerce Internationale de Paris qui est un organisme de droit privé, est un organisme de droit public. Si son immunité diplomatique est compréhensible, elle est néanmoins susceptible de nourrir une crainte chez les parties.

plusieurs exemples de restriction de l'aptitude des Etats, et plus généralement des personnes morales de droit public, à compromettre existent. Dans de nombreux pays d'Europe, des dispositions légales d'ordre public restreignent ainsi la capacité des Etats à signer des clauses compromissaires⁷⁸¹. Cette position peut étonner et être jugée trop restrictive et à contre-courant d'une évolution générale favorable à l'arbitrage. Pour autant elle est fondée sur un objectif de protection des Etats. Pour dépasser les difficultés auxquelles sont confrontés les Etats africains, on pourrait proposer à l'Ohada de mettre en place une structure qui serait greffée soit à la C.C.J.A. soit à l'Union Africaine. Cette institution aurait pour rôle d'aider les Etats, ou plus largement les entités de droit public, à aménager leur futur arbitrage. Ainsi les carences des Etats en matière d'arbitrage et de signature de convention d'arbitrage ne seraient plus un risque. Ceci pourrait permettre d'éviter des pertes énormes pour les Etats qui partent en arbitrage avec des firmes privées et très structurées, sans préparation. Ainsi, on pourrait éviter à certains pays d'être lésés, ce qui pourrait anéantir les aspirations des populations de ces Etats à une vie meilleure.

⁷⁸¹Par exemple en France. **Arbitrage interne** : Le droit français pose un principe d'interdiction faite aux personnes morales de droit public de compromettre. L'article 2060 du Code civil dispose en effet qu'« on ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». Le principe selon lequel l'Etat ne peut pas compromettre en matière d'arbitrage interne a été entériné par la jurisprudence. Dans l'avis de principe Euro Disneyland en date du 6 mars 1986, le Conseil d'Etat a ainsi précisé que « les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ». Les exceptions à la règle selon laquelle l'Etat ne peut pas compromettre sont énumérées à l'article L. 311-6 du Code de justice administrative. Il s'agit, entre autres, des situations suivantes : certaines catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial (E.P.I.C.) sont autorisées à compromettre par décret (Article 2060 du Code Civil mentionné ci-dessus) ; l'Etat et les collectivités locales peuvent recourir à l'arbitrage pour les litiges nés en matière de travaux publics et de contrats de fourniture ; les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration ; l'Etat est autorisé à recourir à l'arbitrage pour mettre en œuvre la procédure de retour d'un bien culturel à condition que le propriétaire, le possesseur ou le détenteur ait donné son accord ; la SNCF, le Réseau Ferré de France et La Poste sont habilités à compromettre. D'autres exceptions sont également prévues par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en matière de marchés de partenariats. L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales autorise, par dérogation à l'article 2060 du Code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics à souscrire des clauses compromissaires dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national en vue du règlement, le cas échéant des litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats.

Arbitrage international : Les restrictions apportées en matière d'arbitrage interne à la capacité de l'Etat et des personnes morales à compromettre sont écartées en matière d'arbitrage international. La décision phare est celle rendue le 2 mai 1966 dans l'affaire Galakis, où la Cour de cassation a jugé que l'interdiction faite à l'Etat de compromettre n'était pas applicable « à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime ». La solution a été régulièrement reprise depuis lors par la jurisprudence. Elle s'applique, en matière d'arbitrage international, à toutes les personnes morales de droit public, françaises ou étrangères. Néanmoins, il doit être souligné que les autorités publiques françaises restent très prudentes et sont par principe réticentes à engager l'Etat dans la signature de clauses compromissaires.

On ne peut qu'encourager l'entreprise du Traité Ohada dans l'objectif de sécurisation juridique et judiciaire en vue de promouvoir l'essor économique de l'Afrique. Les réformes économiques nécessitent d'être poursuivies, approfondies pour l'émergence d'une classe d'entrepreneurs locaux, capables de favoriser l'investissement privé national et international.

Les perspectives d'avenir de l'arbitrage en Afrique sont résolument propices au développement de l'arbitrage Ohada. Le chemin parcouru durant les deux dernières décennies par le système d'arbitrage Ohada est tel que la multiplication d'arbitres et de juges africains professionnels constitue un gage de développement de l'arbitrage.

Malgré des imperfections de détail, la culture juridique de l'arbitrage international doit être attentive à la volonté des juristes africains de se dépasser, de se conformer aux exigences internationales, tout en préservant néanmoins une certaine identité culturelle. Une telle disposition d'esprit paraît incontestablement source d'espoir à condition que les particularismes ne remettent pas en cause le chemin parcouru et les nombreux acquis. A ce titre, l'Ohada a favorisé l'émergence d'un espace judiciaire africain qui mérite d'être élargi aux autres Etats du continent, et à perfectionner par la pratique.

Bibliographie

I : Ouvrages généraux et spécialisés

- A -

ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Préface de BATIFFOL (H.), Dalloz, coll. Grands arrêts, 3ème éd, 1998.

ANOU (G.N.), *Droit Ohada et conflits de lois*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 2013.

- B -

BONCENNE (P.), BOURBEAU (O.), *Théorie de la procédure civile*. Vide coq, 1847.

BONOMO (S.), *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, P.U.A.M., 2012.

B.I.T., *Résumé des normes internationales du travail*, 2e éd., Genève 1990.

BRACHET (P.), *De l'exécution internationale des sentences arbitrales* (étude de droit comparé et de droit inter. Privé), ROUSSEN, coll. Etudes théoriques et pratiques de droit étranger et de droit international, 1928

BREDIN (J.D.), *Qu'est-ce que l'indépendance du juge ?* Justices 1996.

- C -

CADIET (L.), *Droit Judiciaire Privé*. LITEC, 3e éd., 2000

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil. Introduction*. P.U.F., coll. Thémis droit privé, 2e éd., 1999.

- *Droit civil. Les obligations*. P.U.F., coll. Thémis droit privé, 22e éd., 2000

- *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, l'année sociologique, LVII, 1958.

CARREAU (D.),

- *Droit international*. Pedone, coll. Etudes internationales, 6e éd., 1999.

- *Investissements*, Répertoire international Dalloz, 1998.

CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit International Economique*, 4ème édition, L.G.D.J.

COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*. Dalloz, coll. Précis droit privé, 5e éd., 2001.

COMMAILLE (J.), *Effectivité, Dictionnaire de la culture juridique*, direct. ALLAN (D), RIALS (S.), Paris, Lamy, P.U.F., 2003.

CORNU (G.)

- *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 8e éd., 2000.
- *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F. 2005.

CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 3e éd, 1996.

- D -

DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris. L.G. D.J, 2002.

DERUPPE (J.), LABORDE (J.P.), *Droit international privé*, Dalloz, mémentos, 16ème éd, 2008.

DEVILLE (H.), *L'intégration des espaces économiques : Politiques commerciales et économiques*, éd. Academica, Bruylant, Bruxelles, 2000.

DUBOIS DE GAUDUSSON (J.), *Le statut de la justice dans les états d'Afrique francophone*, n° spécial, la justice en Afrique, 1990.

Dictionnaire universel Français et latin, vol. 6, Delaune, 1743.

DAVID (R.)

- *L'arbitrage commercial international en droit comparé* (Les cours du droit), 1968-1969
- *L'arbitrage dans le commerce international*, *Economica. Coll. Etudes Juridiques comparatives*, 1982

De BOISSESSON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Préface de BELLET(P), GLN JOLY, 1990.

DIALLO (O.), *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, P.U.F., 2010.

DELVOLVE (J.L.), *Les solutions contractuelles : La clause d'arbitrabilité des contrats, l'arbitrage et les tiers*.

- E -

Encyclopédie du droit Ohada, sous la direction de POUGOUE (P.G.), Lamy 2011.

ERNOUX (A.), MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, 1967.

- F -

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, P.U.F., 2004.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Préface de MESTRE (J), PUAM, Institut de droit des affaires, 1997.

FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996.

FOUCHARD (Ph.)

- *Ecrits, (droit de l'arbitrage, droit du commerce international)*, comité français de l'arbitrage, 2007.
- *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles 2000.

- G -

GATSI (J.), *Nouveau dictionnaire juridique*, Presses Universitaires Libres, 2ème éd, 2010.

GAUDEMET (J.), *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, 2e éd., 1982

GAVALDA (Ch.), LUCAS de LEYSSAC (C.L.), *L'arbitrage*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1993.

GELINAS (P.), *Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000.

GUINCHARD (S.), *Droit et Pratique de la procédure civile*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 3e éd., 2000.

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, campus L.M.D., Dalloz, 19^{ème} éd, 2012.

GUYON (Y.), *L'arbitrage*, Economica, coll. Droit des affaires. Droit poche, 1995.

- H -

HANOTIAU (B.), *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen*, Clunet, 1994.

HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Presses Fac. Univ. Saint-Louis, 1976.

HEUZE (V.), *La règlementation française des contrats internationaux*, G.L.N. Joly, 1990.

HENRY (M.), *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, L.G.D.J., 2001.

HUSSON (L.), *Les transformations de la responsabilité*, Etude sur la pensée juridique, Paris, P.U.F., 1947.

- I -

ISSA-SAYEGH (J.), *Répertoire annuel Ohada 2013*, U.N.I.D.A., 2014.

- J -

JAROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J, 1987.

- K -

KASSIS (A.)

- *La réforme du droit de l'arbitrage international : réflexions sur le texte proposé par le comité Français de l'arbitrage*, L'Harmattan, 2008.
- *L'autonomie de l'arbitrage commercial international : le droit français en question*, L'Harmattan, 2005.
- *Problèmes de base de l'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987.

KERE KERE (G.), *Les voies d'exécution en droit Ohada*, presses de l'U.C.A.C., Yaoundé 2011.

KODO (M.J.V.), *L'Application des actes uniformes de l'Ohada*, Academia-Bruylant, 2011.

- L -

LALIVE (P.), *Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc*, Etudes Bellet, Litec, 1991.

LALIVE (P.), POUURET (J.E.), REYMOND (C.L.), *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989.

LE BARS (B.)

- *Droit des sociétés et de l'arbitrage international : pratique en droit Ohada*, éd. Joly, 2011.
- *Les Grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada*, sous la direction de POUURET (P.G.) et TAMEGHE (S.S.K.), L'Harmattan, 2010.
- *Les Mutations juridiques dans le système Ohada*, sous la direct. AKAM- AKAM(A), L'Harmattan, 2009.

LOQUIN (E.), KESSEDJIAN (C.), *La mondialisation du droit*, Ed. Litec, Dijon, 2000.

LUCAS (A.), CATALA (P.), *Code civil*, Litec, éd 2002.

- M -

MALAUURIE (Ph), AYNES (L.)

- *Droit civil. Les obligations*. CUJAS, 10e éd., 1999.
- *Les contrats spéciaux*, 6e éd., CUJAS, 1992.

MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004.

MERLE (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, précis de droit privé, Dalloz, 15ème éd, 2012.

MEYER (P.)

- *Ohada : Droit de l'arbitrage*, collection droit uniforme africain, Bruylant, U.N.I.D.A., 2002.
- *Ohada : traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2002, Bruylant.

MORAND (Ch. A.), *Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations, le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

MOTULSKY (H.), *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Préface de GOLDMAN (B), FOUCHARD (Ph.), Dalloz, T.2, 1974.

MONGALVY (M.), *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Sté. Typographique belge, 1837.

- N -

NAJJAR (N.), *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, L.G.D.J., 2004.

- O -

OALAWALE (T.E.), *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence Africaine, 1961.

ONANA ETOUNDI (F.), *Ohada, L'Etat justiciable en droit Ohada*, 1ère éd, 2010.

OPPETIT (B.)

- *Théorie de l'arbitrage*, 1ère éd., P.U.F., 1998.
- *Sur le concept d'arbitrage, le droit des relations économiques internationales*, Etudes Offertes à GOLDMAN (B), Paris, Litec, 1982, spéc.

- P -

PARK (W.), *Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un*, C.A.P.J.I.A., 2011.

POUDRET (J.F.), BESSON (S.), *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson Sweet & Maxwell, 2nd Ed, 2007, n°387.

POUGOUE (P.G.)

- *Présentation générale et procédure en Ohada*, Yaoundé, PUA, 1998.
- *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, P.U.A, 2000.

POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique Ohada*, Coll. droit uniforme, P.U.A., 1998.

POUGOUE (P.G.), TCHAKOUA (J.M.), FENEON (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, P.U.A., Coll. droit uniforme, 2000.

- R -

REDFERN (A.), HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, avec la collaboration de SMITH (M.), traduction de ROBINE (E.), L.G.D.J., 2e éd, 1994.

Répertoire pratique de l'arbitrage commercial international, sous la direct. de FRANCARBI, Bruylant, 2011.

Recueil d'études sur l'Ohada et l'U.E.M.O.A., sous la direct. de Jacques Mestre P.U.A.M., 2011.

Recueil de Jurisprudence de la CCJA de l'Ohada, N° 20 Janvier-Décembre 2013 Cour Commune de Justice et d'arbitrage 2 vol.

Répertoires annuels Ohada 2011 et 2012.

Répertoire quinquennal Ohada 2006-2010.

Répertoire quinquennal Ohada, 2000-2005.

Revue de jurisprudence de droit des affaires, R.J.D.A., Mars 2015.

Revue de l'E.R.S.U.M.A., Droit des affaires-pratique professionnelle, n° 2 mars 2013.

Revue de l'E.R.S.U.M.A., Droit des affaires, pratique professionnelle, numéro spécial, Novembre/décembre 2011.

ROBERT (J.), *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, avec la collaboration de MOREAU (B.), Dalloz, 6e éd., 1983

- S -

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005.

SCHAPIRA (J.), LEBEN (Ch.), *Le droit international des affaires*, Paris, P.U.F., Que Sais-je?

SABATIER (R.), *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation*, problème des lacunes en droit, Bruxelles, Bruylant, 1986.

SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT(J), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.

- T -

TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7ème éd., 2005.

TIGER (P.), *Le droit des affaires en Afrique*, Ohada, Coll. Que sais-je ? Ed. P.U.F., nov. 1999.

TRAORE (B.), *Répertoire des arrêts et des avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A.) de l'Ohada: 2001-2011*, C.C.J.A., 2013.

- V -

VALDRIN (P.), *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 1989.

VINCENT (J.) et Al., *La justice et ses institutions*, 3eme Ed., Paris, Dalloz, 1996.

- W -

WÄLDE (T.), *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, I.H.E.I. Paris, Université Paris Assas, Ed. PEDONE, 2004.

II : Thèses et Mémoires

AMOUSSOU-GUENOU (R.), *Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique sub-saharienne*, Thèse, Paris II, 1995.

CLAY (T.), *L'arbitre*, Thèse, Volume 2, Dalloz, Collection : Nouvelle Biblio. de Thèses, 2001.

DONGMEZA NAXESSI (C.), *L'arbitrage et la promotion des investissements dans l'espace Ohada*, Univ. Hassan II, Maroc, Master en droit des affaires 2008.

DURAND (J-P.), *Des conventions d'irresponsabilité*, Thèse, Paris, 1931.

KENFACK-DOUAJNI (G.), *L'arbitrage dans le système Ohada*, Thèse, univ. Paris 1, 2005, sous la direct. de JUILLARD (P.).

MEGERLIN (F.), *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé - essai critique sur la méthode*. Thèse

ORTSHEIDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Thèse, Dalloz, 2001.

ZORILA (C.R.), *Evolution du droit international en matière d'investissements privés étrangers*, Th. 2007. Univ. d'Auvergne Clermont 1, sous la direct. de PANCRACIO (J-P).

III : Articles, séminaires, rapports et colloques

- A -

ABARCHI (D.), *La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, R.B.D., n° 37, 2000.

ACCLOMBESSI (I.), *La solution du litige en droit Ohada*, www.the-rule-of-law-in-africa.com

AGBOYIBOR (P.K.), *Récents développements du projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, R.D.A.I., 1996.

AKA (N.)

- *Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage*, colloque de Yaoundé, les 14 et 15 Janvier 2008, organisé par l'A.P.A.A. sur le thème « *l'arbitrage en Afrique : questions d'actualités* ».

- *Le système d'arbitrage de la C.C.J.A.*, doc. ERSUMA, octobre 2009.

ALPA (G.), *La circulation des modes de résolution extrajudiciaire des conflits*, Rev. Int. Dr. Comp.

AMOUSSOU-GUENOU (R.),

- *L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international*, Revue camerounaise de l'arbitrage, 1998, n°3.
- *L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'Ohada*, l'Ohada et les perspectives de l'Arbitrage en Afrique, Travaux du centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Bruylant, Bruxelles, 2000.

ANCEL (J.P.), *L'arbitrage et la coopération du juge étatique*, 11ème congrès de la conférence internationale des Barreaux, Ouagadougou, 10-13 décembre 1996.

ARNALDEZ (J.-J.), DERAIS (Y.), HASHER (D.), *Recueil de sentences arbitrales de la C.C.I. (1991-195)*, I.C.C., Publication 553.

- B -

BELIBI (J.), KENFACK-DOUAJANI (G.), *Le juge d'appui dans l'arbitrage Ohada*, www.ohada.com,ohadata D-12-37

BERNARDINI (P.), *Les pouvoirs de l'arbitre : mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*. Publi. CCI n°519, 1993.

BOLMIN (M.), BOUILLET-CORDONNIER (G.H.) et MEDJAD (K.), *Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc*, J.D.I., 1994.

BOND (S.), *La nature des mesures conservatoires et provisoires : Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Pub. C.C.I. n° 519.70, *Contentieux arbitral international -Arbitrage CIRDI*, 2009

BOUBOU (P.), *La notion de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre dans le droit Ohada*, ohadata D-05-05.

BOURDIN (R.), *Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Rev. Cmr. Arb., n° 5, avril-mai-juin 1999.

BOUVENET (G.), *Rec. Annoté des textes de procédure civile et commerciale en Afrique occidentale française*, Paris, Ed. Union Française, 1954.

BURDEAU(G.), *Droit international et contrats d'Etat. La sentence Aminoil/Koweit du 24 mars 1982*, A.F.D.I. 1982, pp. 454-470. Doc. Nations-Unies n° A /40/17.

- C -

CABROL (E.), *Droit des investissements internationaux*, Jurisclasseur International, fasc. 572.

CAMARA (F.), *Nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère*, Rev. Arb., 1999.

CEREXHE (E.), *L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale*, R.B.D. n° 39-40, n° spécial, 2001.

COHEN (D.), *Arbitrage et groupe de contrats*, Rev. Arb., 1997.

COTTA (S.), *La question de la vérité du jugement, (l'avenir du droit)*, Mélanges TERRE(F), Dalloz, P.U.F., éditions du Jurisclasseur, 1999

CREMADES (B.M.), *Le devoir des protagonistes de l'arbitrage commercial international face aux tactiques dilatoires*, *improving international Arbitration*.

- D -

DELBECQUE (Ph.), *La transmission de la clause compromissoire*, Rev. Arb., 1991.

DERAINS (Y.)

- *L'application du droit européen par les arbitres*, actes du colloque international du C.E.P.A.N.I. du 25 Avril 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, spèc. N° 2.
- *L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige*, Rev. Arb., 1972.

- *La Pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*, Rev. Arb, 2004.

DEVOLVE (J.L.), *Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage*, Rev-arb 1996.

DIDIER (W.J.), *Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent*, J.C.P., G.2002.

DIENG (A.), *L'arbitrage en Afrique : questions d'actualité, les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc*, www.ohada.com,ohadata D-11-55.

DIMOLITSA (A.), *Compétence-compétence*, Rev. Arb., 1998, n° 2.

- F -

FENEON (A), DELABRIERRE (A.), *Présentation de l'Acte uniforme sur le droit commercial général*, rec. Penant, 1998, n° spécial Ohada.

FOUCHARD (Ph.),

- *Arbitrage commercial international*, Juriscl. Dr. Int., V°, Fasc. 582-2.
- *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, rev. Arb. 1996, n°3.
- *Le système d'arbitrage de l'Ohada : le démarrage*, Les petites affiches, n°205 du 13 octobre 2004.
- *La spécificité de l'arbitrage international*, Rev. Arb., 1981.
- *Les travaux de la C.N.U.D.C.I. : le Règlement d'arbitrage*, J.D.I. 1979.
- *Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales*, Rev. Arb. 1998.

FRISON (R.M.), *Mondialisation économique et mondialisation juridique*, Le Monde, Déc. 1996.

- G -

GIARDINA (A.)

- *La mise en œuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux*, R.C.A.D.I. 1979-IV, t. 165, pp. 235-352

- *L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, 71 R.C.D.I.P. 1982, pp. 273-293.

- H -

HANOTIAU (B.), *La loi applicable à l'arbitrabilité*, R.D.A.I. 1998.

HAUTFENNE (F), *Approche comparative des concepts d'entente et d'abus de position dominante dans le cadre de l'U.E et l'U.E.M.O.A.*, R.B.D. 1998.

HUET (A.), *Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français*, J.D.I., 1988.

- I -

ISSA-SAYEGH (J.)

- *L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc*, rec. Penant, 1997, n° 823, n° 824.
- *Réflexion dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'Ohada*, communication, Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, octobre 2001.
- *Synthèse des Travaux du colloque sur le droit Ohada dans l'océan indien, actualités et perspectives*, <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/794/rapport-de-synthèse>

- J -

JACQUET (J.M.), *L'Etat opérateur du commerce international*, J.D.I. 1989, pp. 621-690.

JEANNET (F. Ch.), *L'accueil des sentences étrangères ou internationales dans l'ordre juridique français, (la réforme de l'arbitrage international en France)*, Décret du 12 mai 1981, travaux du comité français de l'arbitrage, Paris, 23septembre 1981, rev. Arb. 1981. Jurisclasseur. Dr. Int., *droit comparé de l'arbitrage, arbitrage commercial international*, Fasc. 582-2.

- K -

KAMGA (J.), *L'éthique dans l'arbitrage*, www.ohadac.com

KAUFFMANN-KOHLER (G.), *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexion à propos de deux formes récentes d'arbitrage*, Rev. Arb., 1998.

KENFACK-DOUJANI (G.), IMHOOS (C.), *L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité Ohada*, Rev. Cmr. Arb., n° 5, avril-mai-juin 1999.

KENFACK-DOUJANI (G.)

- *L'incidence du système Ohada sur le droit camerounais de l'arbitrage*, Rev. Cmr. Arb. 1981.
- *L'arbitrage C.C.J.A.*, Rev. Cmr. Arb., n° 6, juillet-août-septembre 1999.
- *Arbitrage et investissement dans l'espace Ohada*, Rev. Cmr. Arb., n° 37, avril, mai, juin 2007.

- *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace Ohada*, colloque de Yaoundé des 14-15 janvier 2008, organisé par l'A.P.A.A. sur le thème « *l'arbitrage en Afrique : questions d'actualités* ».
- *Le juge étatique dans l'arbitrage Ohada*, Rev. Cmr. de l'arbitrage, n°12, janvier, Février, Mars 2001.
- *L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace Ohada*, Rev. Cmr. de l'arbitrage, No 18, juillet-août septembre 2002.
- *Le contentieux de l'exécution provisoire dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage*, www.ohada.com,ohadata D-08-96.

KESSEDJIAN (C.), *Principe de la contradiction et arbitrage*, Rev. Arb. 1995

KIRSCH (M.), *Historique de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, rec. Penant, 1998, n° 827, spécial Ohada.

- L -

LAGARDE (P.), *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1991.

LALIVE (P.), *De la responsabilité des institutions d'arbitrage*, note sous Paris, 15 septembre 1998 (Sté Cubic), Rev. Arb. 1999, n°13.

LALIVE (J.F.), *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, R.C.A.D.I., 1983-III, t. 181, pp. 9-284.

LAURIOL (T.), *Le statut de l'arbitre dans l'arbitrage C.C.J.A.*, Rev. Cmr. de l'arbitrage n°11, oct- nov- déc, 2000.

LEBOULANGER (Ph.)

- *Présentation Générale des Actes sur l'Arbitrage*, l'Ohada et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique, Travaux du centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Rev. Arb. 1999 n° 3.

LOHOUES-OBLE (J.), *l'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, rev. Int. Dr. Comp., 1999.

- M -

MAYER (P.)

- *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, Revue de l'arbitrage 1998, p. 364.

- *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat*, J.D.I. 1986, pp. 5-78.
- *Contrat claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements*, J.D.I. 2009, pp. 71-96.
- *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure : Une analyse comparative des systèmes de Civil Law et de Common Law*, Rev. Arb. 1995.
- *Contrat claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements*, J.D.I. 2009.

M'BAYE (K.)

- *L'histoire et les objectifs de l'Ohada*, les petites Affiches n° 205 du 13 octobre 2004.
- *Avant-propos*, rec. Penant, n° 827, spécial Ohada.

M'BOSSO (J.), *Premier bilan de l'application des instruments Ohada relatifs à l'arbitrage : le cas de l'arbitrage C.C.J.A.*, colloque de Yaoundé des 14-15 janvier 2008, organisé par l'A.P.A.A. sur le thème « *l'arbitrage en Afrique : questions d'actualités* ».

MEYER (P.)

- *L'effectivité du droit*, R.B.D., 1989.
- *L'Acte Uniforme de l'Ohada sur le droit de l'arbitrage*, R.D.A.I., n° 6, 1999.

MINOLI (E.), *Indépendance de l'arbitre, relations entre partie et l'arbitre, (qualification de l'arbitre international)*, Symposium du comité français de l'arbitrage, Paris, 20 novembre 1970, Rev. Arb. 1970

MOULOUL (A.)

- *L'intégration juridique des Etats de la S.A.D.C. et les perspectives d'adoption du droit des affaires de l'Ohada pour l'assainissement de l'environnement juridique des affaires* », Actes de la Première Conférence internationale sur les questions de l'intégration régionale et le droit de la S.A.D.C., Univ. E. MONDLANE du Mozambique, Maputo du 23 au 25 avril 2008.
- *L'arbitrage dans l'espace Ohada*, www.ohada.com,
- *Comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*, article publié par le site, <http://studia.law.ubbcluj.ro>

MOURRE (A.), *à propos des articles V et VII de la convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine : où va-t-on après les arrêts TERMO Rio et PUTRABALIA*, Rev. Arb. 2008.

- N -

NEMEDEU (R.), *La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit Ohada*, R.A.S.J., Univ. de Yaoundé II, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, vol 6, n°1, 2009.

- O -

ONANA ETOUNDI (F.), *La révision du Traité Ohada de Port Louis*, revue d'arbitrage, rec. Penant n° spécial Afrique.

OPPETIT (B.), *Philosophie de l'arbitrage commercial international*, J.D.I., 1993.

OUEDRAGO (F.), *L'accessibilité de la justice au Burkina. La voie parajudiciaire*, R.B.D. pp.31-33., n° 31, 1997.

- P -

PAILLUSSEAU (J.), *Le droit de l'Ohada : un droit important et original*, J.C.P. n°05, supplément à la semaine Juridique n°44 du 28 oct. 2004.

PANCHAUD (A.), *Le siège de l'arbitrage international de droit privé*, Rev. Arb., 1966.

PILKINGTON (N.), THOUVENOT (S.), *Les innovations de l'Ohada en matière d'arbitrage*, J.C.P. n°05, supplément à la semaine juridique n°44 du 28 oct. 2004.

PINSOLLE (Ph.), KREINDLER (R.H.), *Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale*, Rev. Arb. 2003.

PLANTEY (A.), *Quelques observations sur l'arbitrage administré*, J.D.I., 1999, n°3.

IMHOOS (Ch.), KENFACK DOUAJNI (G.), *Le Règlement d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage Ohada*, R.D.A.I., No. 7, 1999.

POUGOUE (P.G.), *Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage, l'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2000.

- R -

RIGAUX (F.), *Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale*, R.C.D.I.P. 1978, pp. 435-459

ROBINE (E.), *Le choix des arbitres, les institutions d'arbitrage en France*, Rev. Arb., 1990.

- S -

SAWADOGO-FILIGA (M.), *L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace Ohada*, www.ohada.com,ohadata D-11-43

SOH FOGNO (D.R.), *Le contentieux de l'annulation des sentences issues de l'arbitrage traditionnel dans l'espace Ohada*, disponible sur www.ohada.com/ohadata D-06-27

STERN (B.), *Trois arbitrages un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international*, Rev. arb. 1980, pp. 3-43.

- T -

TCHAKOUA (J.M.),

- *Le système d'arbitrage de la cour commune de Justice et d'arbitrage en questions*, colloque de Yaoundé des 14-15 janvier 2008, organisé par l'A.P.A.A. sur le thème (*l'arbitrage en Afrique : questions d'actualités*).
- *L'arbitrabilité des différends dans l'espace Ohada*, Penant 2001.
- *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace Ohada : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais*, R.A.S.J., Vol.8, 2009.

TCHANTCHOU (Ch.), *L'arbitrage en droit africain du travail*, disponible sur [w.w.w.ohada.com/ohadata](http://www.ohada.com/ohadata) D- 05-23.

- V -

VANDERLINDEN (J.), *Les droits Africains entre positivisme et pluralisme*, Bull. des séances de l'académie royale des sciences d'outre-mer, 46 (2000),

<http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli3.html>.

VERHOEVEN (J.), *Droit international des contrats et droit des gens (A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire California Asisatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. Etat libyen)*, R.B.D.I. 1978/1979, pp. 209-230

- Y -

YARGA (L.), *L'Ohada, ses institutions et ses mécanismes de fonctionnement*, R.B.D., n° 39-40, n° spécial, 2001.

IV : Note-Observation- Conclusion

- B -

BERTIN (Ph.), Note sous Limoges, 7 mai 1979, Gaz. Pal. 1979, 2, p. 634.

- C -

CAPITANT (H.), Note sous cass. (Fr.), 17 mai 1927, D.P., 1928, I, conclu. MATTER.

COURBE (P.), Note sous Civ. 1re, 16 mars 1999, D. 1999. Jur. 497.

- D -

DERAINS (Y.), Obs. sous sentence C.C.I. 3916 (1982), J.D.I., 1984, p. 930.

- F -

FOUCHARD (Ph.), Note sous cass. Civ. 28-1-1981, Rev. Arb. 1982. p. 425.

FOUCHARD (Ph.), Note sous cass, 1^{re} Ch. Civ., 2 juillet 1992, Sté Raoul Duval c/ Sté MERKURIA SUCDEN, Rev. Arb., 1996. p. 411.

- G -

Guyader (H.), Note sous C.A. Paris, 14 oct. 2014, n° 13/13459, AGI, JCP 2014. 1272.

- J -

JANDARD (L.), Obs. sous Newsletter du C.M.A.P., nov. 2014, p. 10.

JARVIN (S.), Note sous sentence C.C.I. n° 4504 (1985), J.D.I., 1986.

- K -

KOMOIN (F.), Note sous C.C.J.A., arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, M. DELPECH et Mme. DELPECH c/ Sté SOCTACI, *Actualités juridiques n° 40/2003*.

- L -

LEVY (L.) et STUCKI (B.), Note sous arrêt du T.F.S., du 16-10-2003 : Rev. Arb. 2004. p.695

LOQUIN (E.)

- Note sous cass. (Fr), 7 novembre 1974, Rev. Arb., 1975.
- Note cass. (Fr), 20 décembre 1993, J.D.I., 1994.
- Note sous cass. (Fr), 13 Avril 1972, Rev. Arb. 1972.

- M -

MOREAU (B.), Note sous cass. (Fr), 13 mars 1981, Rev. Arb. 1983.

- O -

OPPETIT (B.) et LEVEL (P.), Note sous Colmar, 29 novembre 1968, J.C.P. 1970, II, 16246.

- R -

ROBERT (J.), Note sous Paris, 18 juin 1974, DIEFENBACHER (2 arrêts) Rev. Arb. 1975, p. 179.

RONDEAU-RIER (M.C.), Note sous cass. (Fr), 14 décembre 1983, Rev. Arb., 1984, p. 483.

- V -

VASSEUR

- Note sous C.A. Paris 1ère ch. 10 nov. 1988, D. 1990, Somm., p. 201.

- Note sous C.A. Paris 15e ch. 17 sept. 1991, D. 1992, Somm. 241.

VIATTE (J.), Note sous cass. Civ. 28-1-1981, Gaz. P 1981. p. 373.

V : Site Internet

www.légifrance.gouv.fr

www.courdecassation.fr

www.ohada.com

www.dalloz.fr

www.cncc.fr

www.undp.org/fr/

www.un.org/fr/

www.miga.org

www.uncitral.org

www.unctad.org

www.lexinter.net

Bibliographie

Table des matières

Principales abréviations.....	7
Introduction générale.....	11
I : L'objet de la recherche.....	22
II : L'intérêt de notre recherche.....	23
III : Problématique et plan retenus	25
Partie préliminaire : Identification de la notion d'arbitrage et de ses fondements en Afrique.....	29
Chapitre I : Etude de la notion d'arbitrage	29
Section I : Les caractères multiples de la notion d'arbitrage	30
Paragraphe I : La notion historique et territoriale de l'arbitrage.....	30
Paragraphe II : L'arbitrage dans les sociétés africaines	33
A : La conception africaine de la justice favorable à la conception philosophique de l'arbitrage	33
B : L'ineffectivité du droit étatique en Afrique, terreau du développement de l'arbitrage	34
1 : Sur le plan institutionnel	34
2 : Sur le plan normatif (droit moderne)	35
Section II : L'arbitrage et les autres modes de régulation des relations juridiques.....	37
Paragraphe I : La perfection d'un contrat.....	38
Paragraphe II : L'expertise	39
Paragraphe III : Les diverses modalités de règlement amiable	40
A : La médiation.....	41
B : La conciliation	43
C : La transaction	44
D : Le mini-trial.....	45
Section III : Critères distinctifs entre l'arbitrage et les autres modes de régulation des relations juridiques	46
Paragraphe I : Le critère du litige, premier élément de distinction	47
Paragraphe II : Les modalités de traitement du litige, second critère de distinction	48
Paragraphe III : La nature de l'acte, ultime critère de différenciation	49
Section IV : L'arbitrage dans l'espace Ohada.....	50
Paragraphe I : Le caractère d'ordre contractuel de l'arbitrage.....	50
Paragraphe II : Le caractère d'ordre juridictionnel de l'arbitrage.....	51
Chapitre II : Présentation des différents types d'arbitrage	54

Section I : Les arbitrages <i>ad hoc</i> et institutionnel	54
Paragraphe I : L'arbitrage <i>ad hoc</i>	54
A : Les inconvénients de l'arbitrage <i>ad hoc</i>	54
B : Les avantages de l'arbitrage <i>ad hoc</i>	55
Paragraphe II : L'arbitrage institutionnel	56
A : Les avantages de l'arbitrage institutionnel	57
B : Les inconvénients de l'arbitrage institutionnel	58
Section II : Les arbitrages civil et commercial	58
Paragraphe I: La commercialité de l'arbitrage	59
A : La commercialité de l'arbitrage sous le prisme du droit Ohada	59
B : La commercialité de l'arbitrage sous l'angle du droit comparé	59
C : La commercialité de l'arbitrage sous l'égide de la Convention de New York de 1958	60
Paragraphe II : Les fonctions de la commercialité dans le droit Ohada	61
Section III : Arbitrage interne et arbitrage international	61
Paragraphe I : La notion d'arbitrage international	62
Paragraphe II : La notion d'arbitrage interne	63
Paragraphe III : L'unité du régime juridique de l'arbitrage dans le droit Ohada	64
Paragraphe IV : Les critères de l'internationalité de l'arbitrage	67
A : La définition juridique de l'internationalité de l'arbitrage	67
B : La définition économique de l'internationalité de l'arbitrage	68
C : La définition juridico-économique de l'internationalité de l'arbitrage	69
Chapitre III : Les sources du droit de l'arbitrage en Afrique	71
Section I : Les fondements internationaux de l'arbitrage en Afrique	72
Paragraphe I : Les fondements publics non conventionnels de l'arbitrage en Afrique	72
A : Les règles des institutions internationales	72
1 : Le Règlement de la Chambre de Commerce Internationale de Paris (C.C.I.)	73
2 : Le Règlement de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye	74
B : Les instruments de la C.N.U.D.C.I.	76
1 : La Loi-type	76
2 : Le Règlement de la C.N.U.D.C.I.	78
3 : La jurisprudence arbitrale	79
Paragraphe II : Les fondements conventionnels publics de l'arbitrage en Afrique .	79
A : Les traités à vocation internationale	79
1 : La Convention de Washington de 1965 instituant le C.I.R.D.I.	80
2 : La Convention de New York du 10 juillet 1958	82

B : Les traités multilatéraux à portée régionale.....	85
1 : Les conventions de Genève.....	85
a) Le Protocole de Genève de 1923	85
b) La convention de Genève de 1927.....	86
2 : Les accords de coopération	87
Section II : Les fondements internes du droit de l’arbitrage en Afrique.....	88
Paragraphe I : Les fondements internes de l’arbitrage antérieurs aux indépendances	89
Paragraphe II : Les raisons imputées à l’insuffisance de la justice étatique	90
A : Les insuffisances communes à toutes les justices étatiques	91
1 : Les lenteurs de la justice étatique.....	91
2 : Le coût de la justice étatique	92
B : Les insuffisances spécifiques aux justices africaines	92
Paragraphe III : L’affirmation de l’autonomie de la volonté	93
A : La réception de l’affirmation de l’autonomie de la volonté par les acteurs économiques.....	94
B : La réception par le droit de l’affirmation de l’autonomie de la volonté.....	94
Paragraphe IV : Les instruments communautaires.....	95
A : Les instruments de l’Ohada.....	95
1 : Le Traité du 17 octobre 1993 instituant l’harmonisation du droit des affaires en Afrique.....	96
2 : L’Acte Uniforme relatif au droit de l’arbitrage.....	97
a) Les champs d’application de l’Acte Uniforme	99
a-1 : Le champ d’application spatial de l’Acte Uniforme	99
a-2 : Le champ d’application matériel de l’Acte Uniforme	100
b) La hiérarchie entre l’Acte Uniforme et les législations antérieures.....	101
c) Les caractères de l’Acte Uniforme.....	102
3 : Le Règlement d’arbitrage de la C.C.J.A.	102
a) La nature juridique du Règlement d’arbitrage de la C.C.J.A.....	104
b) Le champ d’application du Règlement d’arbitrage de la C.C.J.A.	104
4 : Les institutions de fonctionnement de l’arbitrage C.C.J.A.	105
a) La Cour.....	105
b) Les juridictions arbitrales.....	106
B : Les autres instruments communautaires.....	107
1 : Le droit de l’investissement et l’arbitrage dans la zone ouest-africaine ...	108
2 : Le droit de l’investissement et l’arbitrage dans la zone centre africaine ..	109
Conclusion de la partie préliminaire	112

Première partie : L'arbitrage Ohada et l'exigence de liberté dans la résolution des conflits	115
Titre I : La liberté dans l'arbitrage, garantie de la liberté et de l'égalité des parties ainsi que d'une justice équitable.....	117
Chapitre I : La liberté dans l'accès à l'arbitrage	119
Section I : L'autonomie ou l'indépendance de la convention d'arbitrage	120
Paragraphe I : L'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage.....	121
A : Les fondements et le principe de l'autonomie substantielle.....	121
1 : Le principe	121
a) Dans le droit Ohada.....	121
a-1) Dans l'Acte Uniforme.....	121
a-2) Dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.	122
b) Dans le droit conventionnel	123
2 : Les fondements du principe de l'autonomie substantielle	124
B : La portée de la notion de l'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage	125
1 : La consécration et la distinction du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage.....	125
2 : Les restrictions au principe de l'autonomie substantielle	126
Paragraphe II : L'autonomie juridique de la convention d'arbitrage	128
A : L'autonomie de rattachement de la convention par rapport au contrat la contenant	128
1 : L'autonomie de rattachement dans le droit Ohada.....	128
2 : L'autonomie de rattachement dans le droit conventionnel	129
3 : L'utilité du principe de l'autonomie de rattachement	130
B : L'exclusion de la méthode du rattachement.....	131
1 : Les origines	131
2 : Significations.....	131
Section II : L'efficacité de la convention d'arbitrage.....	134
Paragraphe I : L'affirmation par le droit Ohada de l'efficacité de la convention d'arbitrage	134
A : L'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des parties	134
1 : L'obligation de soumettre le litige aux arbitres	134
2 : Les modalités d'exécution de l'obligation	136
B : L'incompétence des juridictions étatiques	137
Paragraphe II : Les restrictions à la convention d'arbitrage.....	141
A : Le principe de relativité et d'opposabilité de la convention d'arbitrage.....	141
1 : Significations.....	141
2 : Les conséquences	142

B : La convention d'arbitrage et groupe de contrats	142
C : L'identification des parties	144
D : Le cas de la substitution des parties	144
Paragraphe III : Durée de l'efficacité de la convention d'arbitrage	145
A : Les causes d'extinction propres à la convention d'arbitrage	145
B : La fin de l'instance et l'extinction de la convention d'arbitrage	146
Paragraphe IV : La forme de la convention d'arbitrage	147
A : Le consensualisme en matière de convention d'arbitrage	148
1 : Le consensualisme dans le droit Ohada	148
2 : Le formalisme dans le droit conventionnel	149
B : La clause compromissoire par référence	150
Section III : Le domaine de l'arbitrage Ohada	150
Paragraphe I : Les conditions relatives aux parties	150
A : De la capacité et du pouvoir des personnes privées	151
1 : De la capacité et du pouvoir des personnes physiques de droit privé	151
a) La capacité des personnes physiques à compromettre	151
b) La question de la représentation	152
b-1 : La représentation du débiteur en état de redressement judiciaire ..	152
b-2 : Le pouvoir de représentation du mandataire	153
2 : De la capacité et du pouvoir des personnes morales de droit privé	153
B : De l'aptitude de l'Etat et des personnes morales de droit public à compromettre	155
Paragraphe II : L'arbitrabilité du litige	156
A : L'indéniable clarté dans l'indication des critères légaux d'arbitrabilité des litiges dans le droit Ohada	158
1 : Un litige d'ordre contractuel	158
a) L'énoncé de la condition	158
b) Significations	159
2 : Un différend portant sur un droit dont on a la libre disposition	161
a) « Droits dont on a la libre disposition » en matière d'état des personnes et de droit de la famille	162
b) « Droits dont on a la libre disposition » en matière d'infractions et intérêts civils	163
c) Arbitrabilité et validité d'un droit attribué par une autorité publique	163
d) Arbitrabilité et ordre public	164
e) Arbitrabilité et protection d'une partie faible	165
Conclusion du chapitre I	166
Chapitre II : La liberté des parties d'aménager l'arbitrage	169

Section I : La liberté des parties dans le choix des arbitres.....	169
Paragraphe I : Liberté des parties et désignation des arbitres	170
A : La constitution conventionnelle, expression du libre choix de l’arbitre	170
1 : Les fondements du libre choix des arbitres par les parties.....	170
2 : Les limites au libre choix des arbitres par les parties.....	173
3 : Les modalités de désignation des arbitres par les parties.....	175
a) Le mode de désignation directe des arbitres	175
a-1 : Les modalités de la désignation directe des arbitres	175
a-2 : Les difficultés de la désignation directe des arbitres	176
b) Le mode de désignation indirecte des arbitres	176
B : L’assistance judiciaire à la constitution du tribunal arbitral.....	177
1 : L’intervention du juge prévue par l’article 8 de l’Acte Uniforme	177
2 : L’intervention du juge dans la constitution initiale du tribunal arbitral....	178
C : La désignation des arbitres dans le Règlement d’arbitrage de la C.C.J.A....	180
D : Les incidents affectant la composition du tribunal arbitral	182
Paragraphe II : La liberté des parties dans le choix de la personne de l’arbitre.....	184
A : L’exigence de la qualité de personne physique de l’arbitre	184
B : L’exigence de la jouissance par l’arbitre de ses droits civils	185
C : L’exigence pour l’arbitre de présenter des qualités morales et professionnelles irréprochables	185
Section II : La liberté des parties dans le choix de la procédure	186
Paragraphe I : La manifestation de la liberté des parties dans l’établissement des règles de la procédure.....	187
A : La prééminence de la volonté des parties.....	187
1 : La réglementation directe de la procédure arbitrale par la volonté des parties	188
2 : La soumission de la procédure à un règlement d’arbitrage.....	189
3 : La soumission de la procédure à une loi étatique.....	191
B : Les règles supplétives de la volonté des parties	192
C : Les limites apportées à la volonté des parties.....	193
Paragraphe II : La renonciation des parties aux voies de recours	194
Section III : La liberté des parties dans le choix des règles applicables au fond du litige	196
Paragraphe I : La détermination de la loi applicable au fond du litige par la volonté des parties	196
A : La fonction et le rôle de la volonté.....	197
1 : La règle matérielle de liberté internationale (les règles d’ordre public international)	198

2 : La perception de l'autonomie de la volonté comme règle de conflit de lois	198
3 : La détermination de la loi applicable par la théorie de localisation (droit matériel ayant les liens les plus étroits avec le litige)	199
4 : La perception de l'autonomie de la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable dans le droit Ohada	199
B : L'expression de la volonté des parties.....	200
1 : La formulation de l'expression de la volonté des parties dans le choix de la loi applicable	200
2 : Le moment de cette expression de la volonté	201
C : L'étendue de la liberté des parties	201
1 : Les parties peuvent-elles choisir une loi sans lien avec leur contrat ?.....	201
2 : Les parties peuvent-elles choisir plusieurs lois ?	202
3 : Les parties peuvent-elles porter leur choix sur un droit qui n'est l'expression d'aucun ordre juridique étatique ?	202
Paragraphe II : L'amicable composition	204
A : Principe et origines de l'amicable composition	204
B: Les conditions de l'amicable composition	205
C : La portée de l'amicable composition	206
Conclusion du chapitre II	208
Conclusion du titre I.....	210
Titre II : La liberté ou l'autonomie de l'arbitre	213
Chapitre I : L'autonomie ou le pouvoir de l'arbitre au début de l'instance arbitrale.....	215
Section I : Le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ou le principe de compétence-compétence.....	215
Paragraphe I : Le principe de compétence-compétence.....	216
A : Le principe de compétence-compétence dans le droit Ohada	216
B : Le principe de compétence-compétence dans le droit conventionnel	217
Paragraphe II : L'effet négatif du principe de compétence-compétence.....	218
Paragraphe III : La sanction de l'excès de pouvoir de l'arbitre	220
Section II : L'autonomie de l'arbitre dans le choix de la procédure applicable.....	221
Paragraphe I : L'autonomie de l'arbitre dans la détermination de la règle applicable à la procédure	223
A : Le conflit de règles de conflit.....	224
B : Le principe général du droit international privé conflictuel des contrats	225
Paragraphe II : Les facteurs d'incertitude quant au droit applicable.....	226
A : Le système de détermination du droit applicable retenu par l'arbitre, facteur d'incertitude	227
B : Les règles de droit international privé matériel	227

C : Les lois de police	228
Paragraphe III : Quelques limites à l'autonomie de l'arbitre dans la détermination de la règle applicable à la procédure	229
A : Les principes fondamentaux du procès équitable.....	230
B : Les dispositions impératives du siège	231
Conclusion du chapitre I	232
Chapitre II : L'autonomie ou les pouvoirs de l'arbitre dans la procédure arbitrale	233
Section I : L'autonomie de l'arbitre dans la conduite de la procédure.....	233
Paragraphe I : La liberté de l'arbitre dans l'organisation de l'instance arbitrale ...	233
Paragraphe II : La liberté de l'arbitre dans la conduite l'instance.....	234
Paragraphe III : Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires	235
A : Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage	236
B : Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage C.C.J.A.....	237
1 : Les mesures provisoires ou conservatoires dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.	237
2 : L'exécution des mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage de la C.C.J.A.	238
Paragraphe IV : Le pouvoir de fixer les délais de la mission arbitrale	240
Section II : L'autonomie de l'arbitre dans l'administration de la preuve	242
Paragraphe I : L'administration de la preuve écrite	243
Paragraphe II : L'administration de la preuve orale.....	245
Paragraphe III : L'inspection de l'objet litigieux	247
Section III : L'autonomie de l'arbitre dans l'élaboration et le prononcé de la sentence	248
Paragraphe II : Les libertés de l'arbitre dans le processus de prononcé de la sentence	250
A : Les contours de la mission de statuer	250
B : La motivation, complément indispensable de la mission de statuer	251
Conclusion du chapitre II	253
Conclusion du titre II.....	255
Conclusion de la première partie	257
Deuxième partie : L'arbitrage Ohada et le gage de sécurité dans la résolution des conflits	259
Titre I : La sécurité dans le déroulement de la procédure arbitrale	261
Chapitre I : L'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres, gage de sécurité dans le déroulement de la procédure arbitrale.....	263
Section I : Les conditions et fondements de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre	264

Paragraphe I : La signification du principe d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre	264
A : Quand peut-on dire qu'un arbitre est indépendant et impartial ?.....	265
B : Tous les arbitres sont-ils liés par l'obligation d'indépendance et d'impartialité ?	267
C : Un fait survenu après la désignation de l'arbitre peut-il être considéré comme étant de nature à porter atteinte à son indépendance et à son impartialité ?.....	268
Paragraphe II : Le fondement du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre	268
A : Au plan de l'efficacité	269
B : Au plan juridique	269
Section II : La transparence de l'arbitre dans l'accomplissement de sa mission	270
Paragraphe I : L'obligation de révélation des arbitres	270
Paragraphe II : La nature des faits devant être révélés par l'arbitre.....	276
Section III : La protection de l'arbitre dans l'exercice de ses fonctions	277
Paragraphe I : La protection de l'arbitre par les immunités diplomatiques	277
Paragraphe II : Les autres protections de l'arbitre	279
Conclusion du chapitre I	280
Chapitre II : La lutte contre les actes dolosifs dans l'arbitrage	281
Section I : Les tactiques dilatoires des parties.....	282
Paragraphe I : L'identification des tactiques dilatoires des parties	283
Paragraphe II : La restauration de la priorité entre l'arbitre et le juge	285
Paragraphe III : L'action en récusation	286
A : La relative précision des conditions de la récusation d'un arbitre en droit Ohada	287
1 : Les fondements de l'action en récusation	288
2 : Les causes de récusation en droit Ohada.....	288
B : La récusation dans l'arbitrage institutionnel C.C.J.A.....	289
Section II : Les tactiques dilatoires des arbitres	293
Paragraphe I : Le traitement des manœuvres dilatoires des arbitres	293
A : Les manœuvres dilatoires des arbitres en cours d'instance arbitrale	293
1 : Le refus de l'arbitre de participer aux audiences	293
a) Remèdes au refus des arbitres de participer aux audiences	294
b) La solution retenue dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A.	295
2 : La démission de l'arbitre à des fins dilatoires.....	296
a) Les conditions d'une démission normale de l'arbitre	296
b) Les démissions délibérées des arbitres à des fins dilatoires	297
b-1 : La démission intempestive de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral	297

b-2 : Les autres cas de démission intempestive des arbitres	298
B : Les manœuvres des arbitres en fin d'instance arbitrale.....	299
1 : Le refus de l'arbitre de participer au délibéré	299
2 : Le refus de l'arbitre de signer la sentence arbitrale	301
Paragraphe II : Les sanctions aux tactiques dilatoires des arbitres	302
A : La révocation de l'arbitre	302
a) Les lacunes du législateur Ohada sur la révocation de l'arbitre.....	303
b) Les possibilités octroyées à la tutelle investie du pouvoir de nomination d'écarter l'arbitre	304
B : La mise en cause de la responsabilité de l'arbitre	306
1 : La responsabilité civile de l'arbitre	307
a) La responsabilité de l'arbitre vis-à-vis des parties à l'instance arbitrale	307
b) La responsabilité de l'arbitre vis-à-vis des centres d'arbitrage	307
2) La responsabilité pénale de l'arbitre	308
a) Le silence du législateur Ohada sur la responsabilité pénale de l'arbitre	308
b) Le silence sur la responsabilité disciplinaire de l'arbitre.....	309
3) La responsabilité des centres d'arbitrage	311
Conclusion du chapitre II	314
Conclusion du titre I.....	315
Titre II : La sécurité de la décision arbitrale dans l'arsenal juridique Ohada	317
Chapitre I : L'exécution de la sentence arbitrale, gage de sécurité de l'arbitrage	319
Section I : L'exécution efficace de la sentence arbitrale dans le droit commun de l'arbitrage Ohada.....	321
Paragraphe I : L'exequatur de la sentence arbitrale dans le droit commun de l'arbitrage Ohada.....	322
A : L'objet de l'exequatur en droit commun de l'arbitrage Ohada	322
B : Les conditions de fond de l'exequatur.....	323
1) La preuve de l'existence de la sentence	323
2) La non contrariété de la sentence à une règle d'ordre public international	324
C : Les modalités de l'exequatur	325
a) Le champ d'application de la reconnaissance et de l'exequatur dans l'Acte Uniforme	325
b) La procédure d'exequatur dans le droit commun Ohada	325
Paragraphe II : Observations sur les sentences rendues en droit commun de l'arbitrage Ohada.....	327
A : La sentence rendue contre un Etat membre du Traité	327
1 : Un constat mitigé de l'exécution volontaire des sentences arbitrales	327
2 : Les solutions existant dans les textes Ohada.....	329

a) Les restrictions d’immunité juridictionnelle	330
b) La compensation	331
3 : Propositions pour garantir l’exécution volontaire des sentences arbitrales	332
a) L’application de la nouvelle Convention des Nations Unies sur le droit Ohada	332
b) Les astreintes.....	333
c) La relecture de l’article 30 de l’Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d’exécution.....	333
d) La garantie documentaire contractée par l’Etat	334
e) La garantie de bonne exécution.....	335
f) La mise en place d’une assurance garantissant l’exécution des sentences arbitrales rendues contre l’Etat.....	336
B : L’exécution de la sentence arbitrale Ohada dans un Etat tiers : application par une juridiction étrangère du droit Ohada et des stipulations des conventions conclues par des Etats africains.....	336
Paragraphe III : Le droit conventionnel de la reconnaissance et de l’exequatur....	338
A : La reconnaissance et l’exécution de la sentence arbitrale selon la règlementation de la Convention de New York de 1958	338
B : La reconnaissance et l’exécution des sentences issues du droit conventionnel dans la zone Ohada.....	341
Section II : L’efficacité de l’exécution de la sentence arbitrale dans l’arbitrage institutionnel C.C.J.A.	341
Paragraphe I : Les modalités de l’exequatur dans l’arbitrage C.C.J.A.	342
A : La compétence juridictionnelle très bien déterminé	342
B : Les conditions de fond de l’exequatur C.C.J.A.....	343
C : La procédure d’exequatur C.C.J.A.	345
Paragraphe II : L’exécution des décisions de la C.C.J.A. dans les droits internes des Etats parties	346
A : Une exécution des décisions de la C.C.J.A. favorable et effective	347
1 : Une exécution directe des arrêts de la Cour Commune de Justice et d’Arbitrage	347
2 : Un exequatur communautaire pour les sentences arbitrales	349
B : Une exécution contrariée dans certains cas	351
1 : Une exécution contrariée par des obstacles procéduraux.....	351
2 : Une exécution entravée par des obstacles substantiels	352
Conclusion du chapitre I	357
Chapitre II : Les voies de recours contre la sentence arbitrale.....	359
Section I : Les voies de recours classiques communes aux décisions de justice et aux sentences arbitrales.....	360

Paragraphe I : La tierce opposition : un remède contre la sentence arbitrale préjudiciant un tiers	361
Paragraphe II : Le recours en révision : un mécanisme de correction de l'injustice	363
Paragraphe I : Les moyens d'ouverture du recours en annulation	364
Paragraphe II : Le champ d'application et la procédure du recours en annulation	367
A : Le champ d'application du recours en annulation	368
1 : Le champ d'application matériel du recours en annulation	368
2 : Le champ d'application territorial du recours en annulation	368
B : La procédure du recours en annulation	369
Paragraphe III : Les conséquences du recours en annulation.....	370
Section III : Les voies de recours dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.....	371
L'analyse des conditions de fond de la contestation de validité de la sentence arbitrale devant la C.C.J.A. (Paragraphe 1) sera suivie de celle de la procédure de la contestation de validité de la sentence arbitrale (Paragraphe 2).	371
Paragraphe I : Les conditions de fond de la contestation de validité de la sentence arbitrale.....	372
Paragraphe II : La procédure de la contestation de validité de la sentence arbitrale	372
Conclusion du chapitre II	374
Conclusion du titre II.....	375
Conclusion de la deuxième partie	376
Conclusion générale	377
Bibliographie.....	383
Table des matières	401