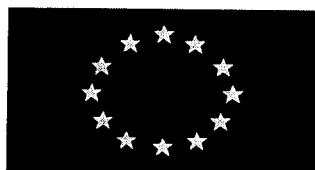




Organisation pour l'Harmonisation en Afrique
du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.)

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
(E.R.SU.MA.)



**FORMATION DES MAGISTRATS ET AUTRES PERSONNELS
DE LA JUSTICE**

(Magistrats, Avocats et Arbitres)

Thème : Le droit de l'arbitrage OHADA

du 20 au 24 septembre 2010

DROIT DE L'ARBITRAGE

par :

Pierre MEYER

Professeur de droit

**à l'Université de Ouagadougou
(BURKINA-FASO)**

ERSUMA. 02 B.P 353 Porto-Novo République du Bénin Tél. : (229) 20 24 58 04
Fax. : (229) 20.24-82.82 E-mail: / ersuma@ohada.org / eersuma@yahoo.fr
Site Web : www.ohada.org/ersuma.html

SESSION DE FORMATION DES ARBITRES

**A L'ECOLE REGIONALE SUPERIEURE DE
MAGISTRATURE DE L'OHADA**

Thème :

LE DROIT DE L'ARBITRAGE

CAHIER DU PARTICIPANT

Animé par :
Pierre MEYER,
Professeur à l'Université
de Ouagadougou (Burkina
Faso)

PRESENTATION DU DOCUMENT

Le document pédagogique remis aux participants du séminaire sur l'arbitrage comprend trois parties :

1° La première partie contient un texte présentant l'arbitrage dans ses différents aspects :

- a) Situation, caractères, sources de l'arbitrage ;
- b) La convention d'arbitrage ;
- c) L'instance arbitrale ;
- d) Les voies de recours et la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

2° La deuxième partie reproduit des textes normatifs de droit positif en matière d'arbitrage en vigueur dans les Etats de l'OHADA.

3° La troisième partie reproduit une bibliographie sélective sur l'arbitrage en général et sur l'arbitrage OHADA.

PREMIERE PARTIE : L'ARBITRAGE

I. L'ARBITRAGE

La justice étatique ne constitue pas le seul mode de régulation des relations juridiques. A côté des juridictions étatiques, il existe toute une série de moyens qui permettent de réguler les relations nouées entre les sujets de droit. Parmi ces modes alternatifs, le plus important est, aujourd'hui, l'arbitrage. Le Titre I s'attachera à présenter la spécificité de l'arbitrage au sein des différents modes de règlement des litiges, les caractères et les sources du droit de l'arbitrage. Le Titre II s'attachera à la convention d'arbitrage qui constitue la source juridique nécessaire de la procédure arbitrale (Titre III). Enfin, le titre IV portera sur la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales ainsi que les voies de recours.

TITRE I : L'ARBITRAGE

Les relations juridiques peuvent être régulées de différentes manières (chapitre 1). Parmi ces différents modes de règlement, l'arbitrage occupe une place essentielle. On s'attachera, par conséquent, à préciser les caractères que peut revêtir l'arbitrage (chapitre 2) avant d'étudier les sources de l'arbitrage dans l'espace OHADA (chapitre 3).

Chapitre 1 : Les modes de régulation des relations juridiques

Une distinction peut être opérée entre les modes juridictionnels et non juridictionnels de traitement d'une relation juridique, ce qui suppose l'établissement de critères de distinction (section 1). Il sera ensuite possible de présenter les principaux modes non juridictionnels (section 2) et juridictionnels (section 3).

Section 1 : Critères de distinction entre modes juridictionnels et non juridictionnels

La notion de litige, les différentes modalités de traitement du litige ou encore la nature de l'acte posé par le tiers chargé de régler le litige ont été présentés comme des critères de nature à permettre la distinction entre modes juridictionnels et non juridictionnels de régulation des relations juridiques.

Un premier critère s'attache à distinguer les divers modes de régulation des relations juridiques selon qu'ils ont – ou n'ont pas – pour fonction de régler un litige. Ce critère distinctif est donc centré sur le litige. L'utilisation de ce critère appelle les observations suivantes. D'abord, la notion de litige n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Certes, conceptuellement, on peut définir le

litige comme l'existence d'une opposition entre des prétentions fondées sur un droit. En d'autres termes, il s'agit d'une contestation quant à l'existence ou l'étendue d'un droit. Ceci dit, l'application de ce concept peut donner lieu à beaucoup d'incertitudes. La jurisprudence, en France, divisée quant à l'existence d'un litige s'agissant des opérations d'évaluation des biens par exemple d'une succession effectuée par un tiers – arbitre ? ou expert ? – atteste de cette difficulté. Ensuite, le critère du litige s'accommode mal des évolutions constatées dans l'office du juge. Les nouvelles tâches confiées au juge par les législations modernes de procédure civile, dans le domaine de l'évaluation des biens ou des prestations ou en matière de fixation d'indemnité diverses, font qu'il n'est peut être pas opportun de constituer le litige en critère de distinction entre les différents modes de régulation des relations juridiques.

Un deuxième critère s'attache à distinguer selon les différentes modalités de traitement du litige. Si les parties ont conféré au tiers un pouvoir juridictionnel qui, en s'exerçant, videra le litige en les départageant, on serait en présence d'un traitement juridictionnel. Si au contraire, la mission du tiers ne consiste pas à statuer, mais à suggérer un règlement qui recueille l'adhésion des parties, on serait en présence d'un processus de règlement amiable. Ce critère, tiré de la nature juridictionnelle ou « conciliatoire » de la mission confiée au tiers, n'est pas toujours d'application aisée. En effet, l'esprit transactionnel, c'est à dire la recherche d'une solution acceptée par les deux parties, est fréquent dans les procédures d'arbitrage. L'existence de « sentence d'accord parties », dans de très nombreux règlements d'arbitrage (par exemple, l'article 20 du R.A.C.C.J.A.), témoigne des relations étroites qui peuvent exister entre l'arbitrage – procédé juridictionnel – et le règlement amiable suscité par un tiers.

Un troisième critère, qui peut être considéré comme un corollaire du précédent, est fondé sur la nature de l'acte posé par le tiers choisi par les parties pour résoudre le litige. Si l'acte s'impose aux parties comme un véritable jugement susceptible d'exécution forcée après une procédure d'exequatur, il s'agit d'un mode juridictionnel. Par contre si l'acte n'est pas une décision juridictionnelle mais un simple avis qui ne lie pas les parties, il s'agira d'un processus non juridictionnel. La distinction fondée sur l'autorité de la décision du tiers est obscurcie par le fait que certaines décisions, tout en ayant pas un caractère exécutoire, ont cependant pour les parties un caractère obligatoire parce que celle-ci ont, à l'avance, accepté de se soumettre à ladite décision. Certains auteurs suggèrent de qualifier les règlements obligatoires de litiges par un tiers d'arbitrage contractuel par rapport aux arbitrages juridictionnels.

Section 2 : Les principaux modes non juridictionnels

Les principaux modes non juridictionnels de régulation des relations juridiques sont constituées des divers procédés de perfection d'un contrat, de l'expertise ; des techniques de conciliation et de médiation et enfin des procédures simulées (*mini trial*).

La perfection d'un contrat désigne les situations où un tiers intervient, soit pour former un contrat non encore complet, soit pour adapter un contrat déjà conclu. Elle pose un problème essentiel tenant en la qualité à laquelle le tiers intervient. La terminologie utilisée pour désigner ce tiers reflète bien la difficulté. Il est tantôt qualifié « d'expert », tantôt de « médiateur » ou de « conciliateur » ou encore « d'arbitre ». Deux considérations permettent d'éclairer la qualité en laquelle le tiers intervient. Il faut d'abord observer que ce tiers intervient en dehors de tout litige. Ensuite, l'acte qu'il pose doit s'analyser en une stipulation contractuelle qui s'intègre au contrat des parties. C'est donc une qualification contractuelle – et non juridictionnelle – qui doit être retenue en ce qui concerne l'acte posé par ce tiers.

L'expertise recouvre différentes situations où un tiers qualifié « d'expert » peut effectuer différentes prestations d'ordre technique ou dans certains cas de nature juridique. L'expertise peut d'abord désigner une intervention purement technique. L'expert technique, consulté par les parties, n'a pas pour mission de trancher un litige d'ordre juridique. La mission de ce type d'expert est d'éclairer une situation en présence ou non d'un litige. L'intervention de l'expert peut être requise avant tout différend, précisément en vue d'éviter celui-ci. Le plus souvent cependant, l'expert intervient lorsque les divergences existent entre les parties, par exemple sur la conformité des fournitures aux spécifications contractuelles ou la conformité du rendement d'une installation par rapport à une garantie de fonctionnement. La mission de l'expert sera, dans ces cas, de constater, d'identifier les origines et les conséquences techniques de la défaillance. La tâche de l'expert n'a aucun caractère juridique. Ceci signifie qu'il ne revient pas à l'expert de tirer les conséquences juridiques – notamment au plan des responsabilités – des constatations auxquelles il a procédé. Il arrive cependant que les parties confient à un expert une mission à caractère juridique. L'expert doit alors situer les responsabilités et en tirer les conséquences juridiques, comme par exemple la réfaction d'un prix ou la réparation en nature d'une défaillance technique. Le critère de la portée de la mission de l'expert doit, alors, être accompagné d'un critère tenant au caractère obligatoire ou non obligatoire de l'avis rendu. Si cet avis n'a pas un caractère obligatoire, l'expert n'a pas été investi de fonctions juridictionnelles. Par contre, si l'avis de l'expert est obligatoire pour les parties parce qu'elles se sont engagées à l'avance à s'y soumettre, le tiers aura départagé les parties. On peut se demander si, dans ce cas, l'expertise ne recouvre pas en réalité un arbitrage.

La conciliation et la médiation présentent la caractéristique commune de faire des parties au litige le centre de gravité de règlement de celui-ci. Ces types de règlement tirent leur autorité de leur acceptation par les parties. La conciliation désigne un accord par lequel des parties à un litige mettent fin à celui-ci et le processus par lequel on a abouti à cet accord. Ce dernier est généralement matérialisé par procès-verbal de conciliation. La conciliation peut être menée directement entre les parties ou être suscitée par un tiers conciliateur. C'est précisément le rôle du tiers qui, parfois, est utilisé comme élément de distinction entre la conciliation et la médiation. Le médiateur est,

en quelque sorte, un conciliateur particulièrement actif, dynamique, directif. La finalité de la conciliation et de la médiation est le règlement d'un litige par le rapprochement des parties. Le processus par lequel on aboutit à ce règlement est moins formaliste que le formalisme procédural qui caractérise l'instance juridictionnelle. Cependant, puisque la conciliation et la médiation ont pour objectif le règlement d'un litige, il est nécessaire de respecter un certain nombre d'exigences fondamentales caractérisant une bonne administration de la justice. La principale difficulté consiste précisément à trouver un équilibre entre la souplesse qu'implique un règlement amiable et le respect de certaines garanties procédurales tenant essentiellement au principe du contradictoire. Au terme du processus, le conciliateur ou le médiateur émet des propositions de règlement. Celles-ci n'ont aucun caractère obligatoire pour les parties. La force juridique de l'accord transactionnel repose donc sur la volonté des parties.

La procédure simulée (ou « *mini trial* ») est une forme de conciliation organisée en deux grandes phases. La première, à caractère procédural, se déroule comme une instance judiciaire dont elle présente toutes les garanties. Les avocats et conseils des parties échangent des pièces et des mémoires et plaident devant les représentants des parties, assistés, le cas échéant, d'un conseiller neutre. Alors que la première étape du processus s'apparente à une instance judiciaire, la deuxième phase est un processus transactionnel. Les représentants des parties négocient en vue d'arriver à un règlement amiable. La procédure simulée est ainsi une conciliation préparée par une instance simulée dont l'objectif est d'éclairer les parties sur la configuration juridique du litige et leurs droits respectifs.

Section 3 : Les modes juridictionnels

Les modes juridictionnels de règlement des différends recouvrent en premier lieu le règlement juridictionnel étatique. Il ne s'agit cependant pas d'une modalité alternative de règlement des différends. C'est la raison pour laquelle cette voie de règlement des litiges ne sera pas examinée puisque le présent document s'attache exclusivement aux alternatives à la justice rendue par les juridictions étatiques. L'arbitrage constitue une modalité de règlement juridictionnel d'un litige sans cependant que la justice ainsi rendue le soit par des juges étatiques. Il s'agit donc d'une sorte de « justice privée ». L'arbitrage se caractérise par sa double nature, à la fois contractuelle et juridictionnelle.

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. A la différence du juge étatique dont le fondement du pouvoir de juger est inscrit dans la loi de l'Etat qui l'a institué, la juridiction des juges privés suppose la volonté des parties qui s'est exprimée dans une convention d'arbitrage. Le caractère conventionnel de l'arbitrage se manifeste également dans la très grande liberté accordée aux parties dans la

procédure arbitrale. Les parties peuvent, en effet, directement, ou par référence à un règlement d'arbitrage, fixer la procédure à suivre par les arbitres. On retrouve ici l'autonomie de la volonté qui caractérise la matière des contrats.

La composante juridictionnelle de l'arbitrage est attestée par le fait que les arbitres posent un acte juridictionnel. Du point de vue de ses effets, la sentence arbitrale est ainsi revêtue de l'autorité de chose jugée. Par exemple, l'article 23 de l'acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage dispose que « la sentence a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ». Du point de vue de son objet, la sentence arbitrale, tout comme le jugement, tranche un litige. En d'autres termes, la sentence arbitrale départage les parties en vidant le litige. Enfin du point de vue procédural, la sentence arbitrale ne peut être rendue qu'au terme d'une procédure qui doit fournir des garanties à ses destinataires. La liberté des parties dans le déroulement de l'arbitrage n'est donc pas complète. Pour reprendre les termes de la législation uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage, « les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toutes possibilités de faire valoir ses droits » (art.9 AU.A.).

Chapitre 2 : Caractères de l'arbitrage

L'arbitrage peut revêtir un caractère ad hoc ou institutionnel (section 1) ; il peut aussi être interne ou international (section 2).

Section 1 : Arbitrage « ad hoc » ou institutionnel

Un arbitrage institutionnel est administré par une institution spécialisée d'arbitrage selon son règlement alors que l'arbitrage « ad hoc » est exclusivement l'affaire des parties et des arbitres sans que s'intercale dans la relation une institution d'administration de l'arbitrage. L'arbitrage institutionnel présente trois caractéristiques essentielles. La première résulte de l'existence d'une autorité chargée d'administrer les arbitrages. Cette autorité n'est, en principe, pas une juridiction, elle ne tranche pas de litiges. Ses tâches portent sur l'administration de la justice arbitrale, c'est à dire l'organisation et la police de l'instance arbitrale. Ceci pose le problème délicat de la distinction entre les fonctions d'administration de la justice arbitrale et les fonctions proprement juridictionnelles. La deuxième caractéristique réside dans l'existence d'un règlement d'arbitrage qui a pour objet de régir l'instance arbitrale. La troisième caractéristique consiste en l'existence d'un secrétariat qui assume certaines tâches d'ordre matériel et qui assure la liaison entre les parties, les arbitres, le cas échéant, les experts.

L'arbitrage institutionnel présente pour les parties l'avantage de la facilité et de la sécurité. La facilité résulte de la simplification de la convention d'arbitrage. La rédaction de la convention ne soulèvera guère de difficulté ; une simple référence à l'institution arbitrale suffit. Certaines institutions

d'arbitrage proposent à cet effet une clause modèle. La rédaction d'une convention d'arbitrage ad hoc est plus complexe. Les parties doivent prévoir, dans leur accord, différents éléments (modalités de désignation des arbitres, procédure à suivre, siège de l'arbitrage, effets de la sentence spécialement en ce qui concerne les recours et le refus d'exécution) qui s'avéreront indispensables ou utiles lorsque la convention devra être mise en œuvre. La sécurité de l'arbitrage institutionnel provient de l'existence d'un règlement d'arbitrage et de l'appui institutionnel et matériel que l'institution peut accorder dans le déroulement de l'arbitrage. De cette manière, le règlement pourvoira aux difficultés susceptibles de se présenter en cours de procédure. Par rapport aux avantages de facilité et de sécurité de l'arbitrage institutionnel, l'arbitrage « ad hoc » a le mérite d'être adapté à la volonté des parties et aux circonstances particulières du litige. L'arbitrage est l'affaire des parties et des arbitres sans soumission préalable à des règles préétablies. De plus, le fonctionnement de l'arbitrage ne sera pas soumis aux rouages bureaucratiques de l'institution d'arbitrage. L'arbitrage « ad hoc » est donc, en principe, plus rapide et plus souple. Pour que cela se vérifie, il faut cependant une relation de confiance entre les parties et les arbitres.

L'arbitrage institutionnel introduit, par rapport à l'arbitrage ad hoc, des difficultés juridiques spécifiques qui tiennent d'abord à la fonction d'encadrement de l'arbitrage et ensuite à l'agencement contractuel des relations entre les parties. L'institution d'arbitrage remplit des fonctions d'administration de l'arbitrage. Ces fonctions recouvrent des tâches d'organisation et de police de l'instance arbitrale. Les actes posés par l'institution sont des actes de nature administrative. Ces tâches d'administration et de police portent généralement sur la nomination des arbitres, leur récusation, leur remplacement, la réception et la communication de la demande d'arbitrage, la fixation des provisions, la détermination du siège de l'arbitrage et enfin, dans certains règlements (ainsi dans l'arbitrage CCJA et CCI), l'examen préalable par l'institution des projets de sentences. Si certaines de ces attributions ont incontestablement un caractère administratif, le doute est cependant permis pour les attributions relatives par exemple à la récusation des arbitres et plus encore pour ce qui a trait à l'examen des projets de sentences. La deuxième difficulté juridique provient de ce que l'institution arbitrale s'intercale entre les parties et les arbitres. Dans l'arbitrage « ad hoc », une relation contractuelle directe s'établit entre les parties et les arbitres au moyen d'un contrat, parfois appelé contrat d'arbitrage (à ne pas confondre avec la convention d'arbitrage) ou contrat d'investiture ou encore *receptum arbitri*. Ce contrat a pour objet de confier aux arbitres la mission de trancher un litige. Lorsque les parties recourent à un arbitrage institutionnel, la question se pose de savoir quelles sont les parties liées par le contrat d'arbitrage. Il a parfois été affirmé que le contrat d'arbitrage était, dans cette hypothèse, conclu entre les parties d'une part, et l'institution d'arbitrage d'autre part, celle-ci étant ensuite liée aux arbitres par des contrats distincts. Ceci est discutable dans la mesure où l'institution d'arbitrage n'a pas pour mission de trancher le litige. Dans cette mesure, un contrat d'arbitrage ne peut être conclu qu'entre les arbitres et les parties. Il y aurait donc, dans cette situation, un contrat qui lie les parties à

l'institution arbitrale et un ou plusieurs contrats liants les arbitres, les parties et l'institution arbitrale.

Section 2 : Arbitrage interne et international

Aucune notion n'est plus confuse, dans le droit de l'arbitrage, que la notion d'arbitrage international. Il faut donc procéder à des précisions terminologiques avant de s'attacher à l'étude des critères de l'internationalité de l'arbitrage.

Au sens strict du terme, l'arbitrage international désigne celui qui met en présence des sujets de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage de droit international public. Dans un deuxième sens, l'arbitrage international est celui qui est régi par une convention internationale ou un règlement d'une institution internationale. L'arbitrage est alors international par ses sources. En ce sens, l'arbitrage institutionnel de l'OHADA est un arbitrage international, de même que celui mis en place par la Convention de Washington du 18 mars 1965 au sein du CIRDI. Lorsqu'un arbitrage met en présence un Etat, sujet de droit international, et une personne privée étrangère, la terminologie généralement retenue est celle d'arbitrage mixte ou transnational. Le système mis en place au sein du CIRDI est, dans ce sens, un arbitrage mixte ou transnational. En effet, il a pour objet de régler les litiges entre Etat et personnes privées étrangères relatifs à des investissements. L'arbitrage anational, encore appelé arbitrage délocalisé, désigne l'arbitrage détaché des systèmes juridiques étatiques mais qui ne relève pas pour autant du droit international public. Ce type d'arbitrage relève d'un droit forgé par des personnes privées, en pratique principalement les institutions permanentes d'arbitrage à caractère privé, comme la CCI. Ce détachement des droits étatiques s'observe aussi bien du point de vue du droit régissant la procédure arbitrale, qui n'est pas constitué d'une loi étatique, que du droit applicable au fond du litige. Le législateur l'OHADA a consacré, dans une très large mesure, la possibilité de délocalisation de l'arbitrage. Ainsi en ce qui concerne la convention d'arbitrage, il est expressément prévu que « sa validité... est appréciée ... sans référence nécessaire à un droit étatique » (art.4 al.2 AU.A.). La délocalisation procédurale est également consacrée puisque les parties « peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale » (art.14 al.1^{er} AU.A.). En précisant que « les parties peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix », le législateur africain consacre expressément la faculté de « dénationaliser » la procédure. Quant au droit applicable au fond du litige, l'acte uniforme retient que les arbitres appliquent « les règles de droit désignées par les parties... » (art.15 AU.A.). En visant les règles de droit et non les seules lois étatiques, le droit africain de l'arbitrage permet la « dénationalisation » du droit applicable au fond du litige. Dans la terminologie contemporaine, la notion d'arbitrage international ne recouvre, le plus souvent, pas les sens qui lui ont été attribués ci-dessus. L'arbitrage international désigne très fréquemment un arbitrage de droit privé, international par son objet. L'objet peut lui-même être défini par rapport à l'arbitrage lui-même, ou par rapport à la relation

ayant donné naissance au différend soumis à des arbitres. Ceci pose le problème des critères de l'internationalité de l'arbitrage.

La notion de l'internationalité de l'arbitrage se pose dans les mêmes termes que l'internationalité du contrat. Les critères retenues peuvent donc être juridiques ou économiques. La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international offre l'exemple d'une définition purement juridique de l'arbitrage international. Ainsi au terme de l'article 1^{er} §3 de cette loi 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 exécuté une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a les liens le plus étroits; ou c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ». La définition économique de l'internationalité de l'arbitrage ne vise pas vraiment l'arbitrage mais la relation, le plus souvent contractuelle, à l'origine du différend porté devant les arbitres, de sorte que la question se confond pratiquement avec la définition économique du contrat international. Dans cette conception, qui est celle du droit français mais également des droits ivoirien et malien avant la réforme introduite par l'acte de l'OHADA, « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Cette disposition est directement inspirée en droit français de la célèbre « jurisprudence Matter » relative au contrat international. L'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage n'opère aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, ce qui rend inutile dans le droit de l'OHADA, la recherche de critère de l'internationalité de l'arbitrage. Il faut cependant observer qu'il n'est pas possible d'assimiler intégralement l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Une distinction doit nécessairement être opérée quant au droit applicable au fond du litige et au droit régissant la convention d'arbitrage. Dans un arbitrage interne, aucune question de droit applicable au fond du litige n'est susceptible de se poser. De même une convention d'arbitrage interne ne peut tirer sa validité que du droit étatique interne dans lequel s'inscrit la convention d'arbitrage.

Chapitre 3 : L'arbitrage dans l'espace OHADA

Dans l'espace OHADA, les sources du droit de l'arbitrage sont constituées des sources de l'OHADA (section 1) et des autres sources (section 2).

Section 1 : Les sources de l'OHADA

Les normes essentielles de l'OHADA relatives à l'arbitrage sont constituées de certaines dispositions du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires, de l'acte uniforme du 11 mars 1999 sur le droit de l'arbitrage et enfin du règlement d'arbitrage de CCJA du 11 mars 1999.

Dans le traité de l'OHADA, deux catégories de dispositions sur l'arbitrage doivent être distinguées car elles ont une portée substantiellement différente. La première disposition – la plus courte mais la plus importante par la portée – est contenue dans l'article 2 du traité. Cet article énumère les matières juridiques qui entrent dans le domaine du droit des affaires et qui, en conséquence, devront faire l'objet d'un acte uniforme. Parmi ces matières, figure le droit de l'arbitrage. Par conséquent, le droit de l'arbitrage devra faire l'objet d'un acte uniforme. Ceci a d'ailleurs été concrétisé par l'acte du 11 mars 1999 sur l'arbitrage. La deuxième catégorie de dispositions du traité portant sur l'arbitrage est contenue dans le titre IV intitulé « L'arbitrage ». La portée de ces dispositions est très différente. Alors que l'article 2 avait pour objectif l'harmonisation du droit de l'arbitrage, les articles 21 et suivants ont un objet beaucoup plus limité. Il s'agit d'organiser un arbitrage institutionnel au sein de la CCJA. Le traité pose un certain nombre de règles relatives à cet arbitrage institutionnel qui ont été complétées par le règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999. Cet arbitrage institutionnel ne bénéficie évidemment d'aucun monopole dans l'espace OHADA. Par conséquent, il coexiste avec toute institution permanente d'arbitrage existante dans les pays de l'OHADA (ainsi la cour d'arbitrage de Lomé ou d'Abidjan, de Dakar ou de Yaoundé) ou qui serait créée.

L'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage du 11 mars 1999 constitue la législation commune des Etats membres en matière d'arbitrage. Du point de vue spatial, cet acte s'applique à tout arbitrage dont « le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties » (art 1^{er} AU.A.). La notion de siège peut se concevoir de deux manières. On peut y voir le lieu géographique où se déroulent les opérations d'arbitrage. Le siège a, ici, une signification territorialiste. 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. Le siège est alors indépendant du lieu matériel – géographique – des opérations. Il a une portée juridique particulièrement importante pour déterminer le for judiciaire d'appui de l'arbitrage ainsi que l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des recours contre la sentence. Le législateur africain n'a pas précisé le sens qu'il entendait attribuer à la notion de siège de l'arbitrage. Toutefois, le fait que l'acte utilise l'expression de « siège de tribunal arbitral », plutôt que l'expression de siège de l'arbitrage, constitue peut être un indice que le siège, pour les auteurs de l'acte, est un lieu, spatialement situé plutôt qu'un ordre juridique de référence. Du point de vue matériel, l'acte uniforme s'applique « à tout arbitrage... » L'acte n'a pas limité son champ d'application aux seuls arbitrages commerciaux de sorte qu'il s'applique tant aux arbitrages civils que commerciaux. Tout comme les autres actes uniformes, qui n'entendent pas limiter l'harmonisation aux seules relations privées internationales, l'acte sur l'arbitrage ne limite pas son champ d'application aux seuls arbitrages internationaux. Il s'applique donc à tout arbitrage, sans distinction selon qu'il est interne ou international. En s'appliquant à « tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties », l'acte uniforme a nécessairement des implications sur les

législations nationales des Etats membres relatives à l'arbitrage. Cette question doit être résolue selon la même méthode et les mêmes principes que pour tous les autres actes uniformes. En vertu de l'article 10 du traité, les dispositions de l'acte uniforme sont applicables « nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Les dispositions internes antérieures, contraires à celles de l'acte uniforme, sont abrogées. Les dispositions internes contraires qui seraient prises postérieurement sont caduques dès l'origine. On observe ici la supériorité hiérarchique des normes uniformes sur les normes internes. La question se pose de savoir si l'effet abrogatoire de l'acte uniforme doit avoir une portée plus importante encore et ne pas viser les seules dispositions internes contraires. Sans doute, l'article 10 du traité ne vise que les dispositions contraires. Cependant, il faut observer que l'objet d'une législation uniforme est, normalement, de se substituer aux législations nationales antérieures. Toute autre solution entraînerait de très nombreuses difficultés d'interprétation et nuirait, par là même, à la sécurité juridique, objectif essentiel de l'harmonisation. Il nous paraît, donc, que les objectifs impliqués par l'harmonisation du droit commandent un effet abrogatoire complet. La portée de l'effet abrogatoire de l'acte uniforme, même si elle est complète, doit cependant être bien comprise. Elle n'a pas pour effet d'abroger les normes internes existant dans certains Etats à l'effet d'organiser une procédure spécifique d'arbitrage institutionnel. L'effet abrogatoire ne concerne que les lois générales sur le droit de l'arbitrage. Par exemple, les textes organisant la Cour d'arbitrage de Lomé ne sont pas abrogés. De même, rien n'interdit au législateur sénégalais, malien, béninois ou burkinabè d'organiser un arbitrage institutionnel public ou semi-public, pour autant que celui-ci fonctionne conformément aux principes et règles de l'acte uniforme sur l'arbitrage. Il faut sur ce point d'ailleurs observer que ces principes et règles sont à la fois généraux et souples.

Le règlement d'arbitrage de la CCJA 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 s'applique aux différends portés devant la CCJA aux fins d'arbitrage. Ces différends doivent être d'ordre contractuel. En outre, le contrat, à l'origine du différend, doit présenter un lien avec un Etat partie, soit par son lieu d'exécution, soit par le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties au contrat. Le règlement d'arbitrage est, pour partie, analogue à tous les règlements d'arbitrage. Il détermine les fonctions administratives de la Cour dans le déroulement de l'arbitrage. Il est donc important de relever que la Cour ne tranche pas les différends. Ceux-ci sont jugés par les tribunaux arbitraux. Cependant, le règlement d'arbitrage de la CCJA diffère profondément des autres règlements d'arbitrage – ainsi, par exemple celui de la CCI – par les fonctions juridictionnelles octroyées à la CCJA. Ces fonctions juridictionnelles sont relatives au recours en contestation de validité de la sentence (art.29 RA) et à l'exequatur des sentences arbitrales (art.30 RA). Alors que les autres institutions permanentes d'arbitrage – à l'exception du CIRDI – 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 membres. Ces

fonctions juridictionnelles ne lient bien entendu que les seuls Etats de l'OHADA et non les Etats tiers. Par conséquent, l'exequatur accordée par la CCJA n'a d'efficacité que dans les seuls Etats membres de l'organisation. De même, la décision rendue par la CCJA quant à la validité de la sentence ne prive pas les Etats tiers de connaître des recours contre la sentence dans les conditions et selon les modalités de leur législation sur l'arbitrage.

Section 2 : Les autres sources

Les autres sources du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA sont principalement constituées de certaines conventions internationales, dont la plus importante est la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

La Convention de New York du 10 juin 1958¹ poursuit l'objectif de favoriser la circulation internationale des sentences arbitrales. A cet effet, elle fixe des règles de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. 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 sont requises. Doivent également être considérées comme étrangères les sentences qui ne sont pas considérées comme nationales alors qu'elles ont été rendues dans le pays où leur exécution est requise. L'article 7 § 1^{er} de la convention pose une règle importante relative à l'efficacité de ses dispositions. Aux termes de cet article, « les dispositions de la présent convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des 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 ou la sentence est invoquée ». Cet article fait donc prévaloir sur la convention un traitement plus favorable à la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, qui résulterait d'un traité ou de la législation de droit commun du pays où la sentence est invoquée. Sur ce point, l'article 34 sur l'acte uniforme sur l'arbitrage introduit une complication qu'il aurait mieux valu éviter. Selon l'article 34 de l'acte, « les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent acte uniformes 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 ». Cette disposition est susceptible de soulever des difficultés lorsqu'il s'agira de reconnaître ou d'exequaturer dans un Etat de l'OHADA partie à la convention de New York des sentences rendues dans des Etats tiers à l'OHADA. On peut, en effet, se demander si les conditions relèveront de l'acte uniforme ou du droit conventionnel. Si l'on choisit le deuxième terme de l'alternative, on aboutirait à cette conséquence paradoxale que les Etats de l'OHADA non parties à la convention de New York soumettront les sentences étrangères à un régime beaucoup plus

¹ Les Etats de l'OHADA parties à la Convention de New York sont : Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Côte d'Ivoire, Guinée, Mali, Niger et Sénégal.

souple que celui qui sera appliqué dans les Etats de l'OHADA parties à ladite convention. Il aurait donc mieux valu ne pas poser la règle de l'article 34 de l'acte uniforme afin de laisser jouer librement la règle de l'article 7 de la Convention de New York.

D'autres conventions internationales doivent être mentionnées en tant que source du droit de l'arbitrage dans les pays de l'OHADA. La Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI a pour objet l'établissement d'un centre institutionnel d'arbitrage spécifique aux litiges entre Etats et personnes privées étrangères relatifs à des investissements. Certaines conventions internationales d'entraide judiciaire, soit interafricaines, soit passées avec la France, contiennent des dispositions relatives à la reconnaissance de l'exequatur des sentences arbitrales. Ces conventions renvoient, soit à la Convention de New York, soit aux dispositions conventionnelles portant sur la reconnaissance et l'exequatur des jugements étatiques.

TITRE II : LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Après avoir rappelé la notion de convention d'arbitrage, on examinera les règles ou principes gouvernant l'autonomie (chapitre 1), la formation (chapitre 2) et l'efficacité (chapitre 3) de la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage désigne l'accord par lequel les parties décident de soumettre un litige qui les oppose à des arbitres. Lorsque la convention intervient alors que le litige est déjà né, la convention d'arbitrage est un compromis d'arbitrage. Si le litige n'est pas encore né, il s'agit d'une clause compromissoire. A vrai dire, la distinction entre compromis d'arbitrage et clause compromissoire ne présente plus de réelle utilité dans les droits qui, comme le droit de l'OHADA sur l'arbitrage, soumettent l'une et l'autre de ces conventions aux mêmes règles. L'acte uniforme de l'OHADA abandonne à juste titre la terminologie qui distingue le compromis de la clause compromissoire pour préférer la notion unitaire de convention d'arbitrage. Par contre la distinction entre les deux notions reste importante dans les droits qui, comme le droit français de l'arbitrage interne, prohibe la clause compromissoire – mais non le compromis – en matière civile. Tel n'est pas le cas dans le droit de l'OHADA puisque toute convention d'arbitrage – qu'elle qu'en soit la forme – est valable dès lors que les parties ont la libre disposition de leurs droits. Ceci correspond d'ailleurs aux tendances du droit contemporain de l'arbitrage.

Chapitre 1 : L'autonomie de la convention d'arbitrage

L'autonomie de la convention d'arbitrage est un élément essentiel de son régime juridique. Cette autonomie peut d'abord être entendue de manière substantielle ou matérielle (section 1) ; elle a également une signification juridique (section 2).

Section 1 : L'autonomie substantielle

L'autonomie substantielle envisage la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient. Elle consiste à tenir pour autonome ladite convention par rapport au contrat dans lequel elle est stipulée de sorte qu'elle n'est pas affectée par l'invalidité de ce dernier. Cette autonomie est expressément affirmée par l'article 4 alinéa 2 de l'acte uniforme sur l'arbitrage qui dispose que « sa validité [de la convention d'arbitrage] n'est pas affectée par la nullité de ce contrat [le contrat contenant la convention d'arbitrage] ». Affirmer l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans lequel elle est stipulée heurte, à priori, le principe de logique qui veut que le tout comprenne la partie qui se traduit, en matière contractuelle, par le principe de l'unité du contrat. On doit donc s'interroger sur le fondement de l'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage. Le véritable fondement doit être recherché dans la volonté des parties. Lorsque les parties insèrent dans leur contrat une convention arbitrale, elles témoignent de leur commune volonté de faire trancher tous les litiges – sauf ceux qu'elles auraient expressément exclus – qui naîtraient de leur relation

contractuelle par des arbitres. Or, la nullité du contrat est incontestablement un des litiges susceptibles de naître de la relation contractuelle. La volonté des parties constitue ainsi le fondement ultime de l'autonomie de la convention d'arbitrage. En outre, sur le plan pratique, la solution qui consisterait à priver d'efficacité la convention arbitrale, en cas de nullité alléguée du contrat dans lequel l'accord compromissaire est inséré, nuirait gravement à la fiabilité du mécanisme arbitral. Ceci aurait pour effet de paralyser le processus arbitral sur la base de la nullité prétendue du contrat. Alors que l'autonomie substantielle envisage la convention d'arbitrage dans ses rapports avec le contrat qui la contient, l'autonomie juridique vise le régime juridique de la convention d'arbitrage.

Section 2 : L'autonomie juridique

La validité d'une convention d'arbitrage – et en conséquence son efficacité – doivent être appréciées en fonction d'un certain nombre de règles. Lorsque la convention d'arbitrage a un caractère interne, les règles qui conditionnent la validité ne peuvent qu'être celles du droit interne dont la convention arbitrale tire sa force obligatoire. Lorsque la convention d'arbitrage a un caractère international, l'autonomie juridique signifie, dans la pratique contemporaine 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. Cette autonomie juridique est expressément affirmée par le droit de l'OHADA sur l'arbitrage puisqu'il est disposé que la validité de la convention d'arbitrage « est appréciée d'après la commune volonté des parties sans référence nécessaire à un droit étatique » (art. 4 A.U.A.). Cette règle dont l'origine est à situer dans la jurisprudence française intervenue en matière d'arbitrage international, notamment les arrêts Hecht, Dalico, et plus récemment Zanzi, signifie que la volonté des parties constitue le fondement ultime de la validité de l'accord arbitral. Ainsi exprimée, la règle ne peut être justifiée. La volonté a nécessairement besoin de règles qui permettent d'en apprécier la validité et par là même l'efficacité. L'acte uniforme précise que ces règles ne sont pas nécessairement tirées d'un droit étatique. L'acte uniforme écarte – ou plus exactement permet d'écarter – la technique conflictuelle qui désignerait une loi étatique conditionnant la validité de la convention d'arbitrage. Il ne fournit cependant aucune indication sur les critères qui devront permettre de juger la validité d'une telle convention. Il faudra bien cependant que les juges ou les arbitres jugent cette validité en fonction d'un certain nombre de règles et de critères d'appréciation. A cet égard, il nous paraît difficile de s'abstraire totalement des droits étatiques et de la technique conflictuelle.

Chapitre 2 : La formation de la convention d'arbitrage

L'examen de la formation de la convention d'arbitrage nécessite l'étude des conditions tenant aux parties à la convention (section 1), à l'objet de la convention qui, dans le cas précis de la convention compromissoire, se rapporte à l'arbitrabilité (section 2), avant d'aborder les questions liées à la forme de l'accord (section 3).

Section 1 : Les conditions relatives aux parties

Le droit commun des contrats pose deux conditions générales portant sur les parties : leur capacité et le pouvoir du représentant en cas de représentation, d'une part, et leur consentement, d'autre part. En raison de ce que les conditions relatives à la validité du consentement ne présentent guère de particularités par rapport au droit commun des contrats et que les principales questions ont trait aux formes éventuelles dans lesquelles le consentement devrait être exprimé - questions qui seront examinées dans la troisième section du présent chapitre -, on ne traitera pas particulièrement de cette condition. Par contre, la participation de l'Etat à une convention d'arbitrage pose des questions spécifiques relatives à son aptitude à compromettre. On examinera, en conséquence, les conditions relatives à la capacité et au pouvoir dans le chef des personnes privées et l'aptitude de l'Etat et des personnes morales de droit public à compromettre.

Pour ce qui concerne les personnes privées, il convient de distinguer les personnes physiques des personnes morales.

Aux termes de l'article 2, alinéa 1er, de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, " toute personne physique ou morale peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition ". 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 convention. 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. Le droit uniforme africain n'a pas pour objet d'uniformiser l'ensemble du droit des personnes. Il faut donc se référer aux régimes d'incapacité prévus par les législations nationales et aux différents types de représentation organisés par ces législations ; ensuite, il faudra respecter le formalisme habilitant ² fixé par cette législation pour qu'une convention d'arbitrage puisse être valablement passée par le représentant de l'incapable.

² Le formalisme habilitant désigne les formalités destinées à remédier à un défaut de capacité. Par exemple, l'autorisation accordée au tuteur par un conseil de famille pour faire des actes de disposition au nom du mineur relève du formalisme habilitant.

Les personnes morales de droit privé ont la capacité de conclure une convention d'arbitrage. Le droit OHADA de l'arbitrage confère cette faculté à " toute personne ", sans distinction. La question essentielle en ce qui les concerne est relative à l'identification des organes sociaux disposant du pouvoir d'engager la personne morale par une telle convention.

En ce qui concerne les associations, il est nécessaire de se référer à leur statut afin d'identifier l'organe disposant du pouvoir de compromettre pour le compte de l'association. Si les statuts n'ont rien prévu, il faudra identifier cet organe qui, en principe, sera 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.

En ce qui concerne les sociétés commerciales, l'article 121 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du 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 ». Cela signifie que les représentants légaux des sociétés - gérant pour la société en nom collectif (art. 276 AU.SC), pour la société en commandite (art. 298 AU.SC), la société à responsabilité limitée (art. 323 AU.SC), Président-Directeur général (art. 462 AU.SC), Président du Conseil d'administration (art. 477 AU.SC), Directeur général (art. 487 AU.SC), administrateur général (art. 494 AU.SC) pour la société anonyme - peuvent engager la société par une convention d'arbitrage sans avoir à justifier d'un pouvoir spécial. La règle est identique pour les administrateurs des groupements d'intérêt économique (art. 879 AU.SC).

La participation de l'Etat à une convention d'arbitrage pose le problème de la capacité de l'Etat à compromettre ou, pour certains auteurs, d'arbitrabilité subjective.

L'article 2, alinéa 2, de l'acte uniforme sur l'arbitrage pose une règle matérielle essentielle portant sur l'arbitrabilité subjective lorsque l'Etat ou une entité publique est partie à une convention d'arbitrage. Aux termes de cette disposition, " 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 ³ - 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 inarbitrable du litige. La règle énoncée par l'alinéa 2 de l'article 2 de l'acte uniforme sur le

droit de l'arbitrage vise aussi bien l'arbitrage interne que l'arbitrage de droit international privé. A cet égard, le nouveau droit de l'arbitrage modifie substantiellement la solution retenue jusque là dans plusieurs Etats de l'OHADA. En effet, les Etats, dont la législation sur l'arbitrage s'inspirait du droit français sur l'arbitrage antérieur aux réformes de 1980-1981, avaient intégré l'interdiction de compromettre retenue en droit français sur la base du caractère inarbitrable des causes communicables au Ministère public. Or, précisément, les causes qui intéressaient l'Etat, les collectivités publiques et les établissements publics étaient citées parmi les causes communicables au Ministère public.

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 cependant 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 prérogatives de puissance publique. Sans doute, les arbitres pourront connaître de litiges suscités par l'exercice par l'Etat de telles prérogatives. Ils devront, cependant, limiter leur pouvoir juridictionnel à la question des réparations dues à la personne privée consécutive aux dommages résultant de l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

La règle posée par l'article 2, alinéa 2, est incontestablement 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 à l'OHADA. L'exclusion explicite du droit de l'Etat partie à la convention d'arbitrage exprime clairement que la norme posée à l'alinéa 2 de l'article 2 a entendu écarter le recours à la technique conflictuelle en ce domaine. En effet, si l'on recourt à la technique conflictuelle, on ne voit pas quelle autre loi que celle de l'Etat concerné serait compétente, d'abord pour déterminer si l'Etat ou une personne publique peut s'engager dans une convention d'arbitrage et, ensuite, pour fixer l'organe qui a le pouvoir d'engager l'Etat ou l'entité publique. Le fait que l'acte uniforme écarte le droit de cet Etat est d'ailleurs une reconnaissance implicite de la compétence de cette loi dans un raisonnement de type conflictuel. Par conséquent, la règle de l'acte uniforme remplit très exactement la fonction assignée à une loi de police ou d'application immédiate. Définie d'un point de vue formel, c'est-à-dire du point de vue de sa sphère d'applicabilité, la loi de police ou d'application immédiate déroge à la règle de conflit afin d'empiéter, au bénéfice de la loi du for, sur la compétence que la règle de conflit accorde aux lois étrangères. Dans le cas d'espèce, la règle du for - l'article 2, alinéa 2, de l'acte uniforme - écarte la loi désignée par la règle de conflit - la loi nationale de l'Etat partie à la convention d'arbitrage. Cette exclusion concerne aussi bien l'aptitude à s'engager que le pouvoir de l'organe ayant engagé l'Etat ou la personne morale de droit public. En effet, la participation de l'Etat ou d'une personne publique à un arbitrage pose deux questions distinctes, d'une part la capacité - ou l'aptitude - à s'engager, d'autre part, comme pour n'importe quelle personne morale, le pouvoir de l'organe ayant

prétendu engager l'Etat ou l'entité publique. Le deuxième problème est incontestablement une question de pouvoir de représentation. La première question est habituellement présentée comme relevant de la capacité. En raison de ce que "l'incapacité" pour l'Etat de compromettre, édictée par certaines législations, n'est pas destinée à le protéger mais a plutôt trait à des considérations d'intérêt général, certains y voient plutôt une question d'arbitrabilité subjective. Dans le droit uniforme de l'OHADA, la qualification est cependant sans importance puisqu'il traite de la question en édictant une norme matérielle applicable dans tous les cas, en écartant expressément le recours à la technique conflictuelle.

Section 2 : L'arbitrabilité

L'arbitrabilité concerne la question de savoir si un litige peut être tranché par la voie de l'arbitrage et ne doit pas, au contraire, relever des juridictions étatiques. L'alinéa 1er de l'article 2 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage dispose que "toute personne physique ou morale 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 et on le retrouve ainsi formulé ou dans une formulation voisine - sous l'expression de droits sur lesquels on peut transiger - dans nombre de législations.

Conceptuellement, un droit est disponible lorsqu'il est sous l'absolue maîtrise de son titulaire, qui peut tout faire à son propos, notamment l'aliéner et même y renoncer. Il existe cependant des degrés dans la disponibilité des droits. Il est ainsi des droits totalement et définitivement indisponibles. Il est ensuite des droits qui procèdent d'une situation indisponible mais qui deviennent disponibles dans certains de leurs effets. 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 a pour effet d'invalidier une clause compromissoire alors qu'un compromis d'arbitrage pourrait être valablement conclu. La concrétisation de ces distinctions relève de chaque législation. Il est banal de relever que la disponibilité des droits peut varier 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 précisément en raison de cela qu'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 uniforme. Le droit uniforme n'a évidemment pas pour vocation de définir la notion de libre disponibilité des droits. Ceci a comme conséquence que la définition, c'est-à-dire la concrétisation de ce concept, relève de chaque législation nationale des Etats de l'OHADA. Ceci revient à dire que, malgré l'existence d'une législation uniforme sur l'arbitrage, un facteur aussi important que celui de l'arbitrabilité du litige est, en pratique,

abandonné à chaque législation nationale. 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 eût 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 retenu par le droit fédéral suisse, qui retient la patrimonialité de la cause pour définir l'arbitrabilité, peut paraître, à cet égard, plus adéquat spécialement dans une législation uniforme.

Section 3 : La forme de la convention d'arbitrage

Le formalisme désigne les procédés d'extériorisation de la volonté tels qu'exigés par la loi pour assurer à l'acte son efficacité. L'efficacité dont il s'agit peut se situer au plan du fond - la validité de la convention - ou au plan de la preuve. Dans la première hypothèse, le formalisme est un formalisme de validité, dans la seconde, un formalisme probatoire. L'acte uniforme ne pose aucune exigence de forme quant à la validité de la convention d'arbitrage. Celle-ci relève donc du principe du consensualisme. Au plan probatoire, l'article 3 de l'acte sur l'arbitrage dispose que " la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen d'en administrer la preuve ... ". L'écrit est ainsi privilégié au plan de la preuve de la convention d'arbitrage sans cependant être exclusif puisque l'acte réserve " tout autre moyen ". Le caractère privilégié de l'écrit est, cependant, renforcé par l'article 31 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 ... ".

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 d'un échange de lettres, télégrammes, télex, télécopies, courriers électroniques, de même d'ailleurs que des échanges de conclusions entre parties dans lesquels l'existence d'une convention d'arbitrage, alléguée par l'une des parties, n'est pas contestée par l'autre. Les autres moyens de preuve mentionnés par 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. Sans doute, au plan d'une bonne technique contractuelle et afin d'éviter toute discussion sur la preuve et la portée de la convention, il sera très utile pour les parties de rédiger un écrit. Celui-ci ne constitue cependant pas une exigence légale, ni au titre de la validité, pas même pour ce qui concerne la preuve.

Le droit OHADA de l'arbitrage contient, en son article 3, une règle portant sur une forme particulière de convention d'arbitrage : la convention compromissoire par référence. En effet, en disposant que la convention

d'arbitrage peut être faite « par la référence à un document la stipulant », le droit uniforme africain valide ce type d'accord compromissaire. La clause arbitrale par référence désigne une clause compromissaire qui n'est pas contenue dans le contrat litigieux, mais dans des conditions générales ou dans un autre acte (par exemple, le contrat principal auquel le contrat litigieux se rapporte ou un contrat antérieur) auquel le contrat ayant suscité le litige fait référence.

Chapitre 3 : L'efficacité de la convention d'arbitrage

L'efficacité de la convention d'arbitrage se manifeste pour les parties (section 1), les arbitres (section 2) et les juridictions étatiques (section 3).

Section 1 : L'efficacité entre les parties

Pour les parties, l'efficacité de la convention d'arbitrage emporte l'obligation de soumettre le(s) litige(s) visé(s) dans la convention à des arbitres. Les modalités d'exécution de l'obligation, que les parties ont contractée, de soumettre leur litige à des arbitres se traduisent par les différentes dispositions de l'acte uniforme relatives à la constitution du tribunal arbitral (art. 5 et s. A.U.A.). Pour les Etats de l'OHADA dont la législation s'inspirait du droit français antérieur aux réformes de 1980-1981, les modalités d'exécution de l'effet obligatoire, s'agissant spécifiquement de la clause compromissaire, ont été substantiellement modifiées par la nouvelle législation uniforme. En effet, pour ces législations, l'effet obligatoire spécifique de la clause compromissaire consistait en l'obligation de passer un compromis d'arbitrage. La clause compromissaire, dans ces droits, s'analysait en une promesse de compromettre. On en déduisait, du point de vue de ses effets, que la clause compromissaire ne permettait pas, en elle-même, le déclenchement de la procédure arbitrale, la constitution du tribunal et la saisine directe des arbitres. Si un litige venait à naître, les parties étaient tenues, en vertu de la clause compromissaire, de passer un compromis d'arbitrage. Ce passage obligé par le compromis, outre qu'il était lourd et formaliste, était de nature à émousser l'efficacité de la clause compromissaire, dans l'hypothèse où l'une des parties refusait de passer le compromis. La législation OHADA a, heureusement, abandonné cette analyse accordant par là même une autonomie à la clause compromissaire par rapport au compromis d'arbitrage. Quel que soit le type de convention d'arbitrage - clause compromissaire ou compromis d'arbitrage -, le droit OHADA permet la constitution directe du tribunal arbitral et la saisine directe des arbitres. Afin de renforcer son efficacité, 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.

Section 2 : L'efficacité pour les arbitres

Pour les arbitres, la convention d'arbitrage fonde leur pouvoir juridictionnel. Alors que le pouvoir de juger des juges étatiques trouve son fondement dans la loi de l'Etat qui a institué le juge, l'arbitre tire son pouvoir de la volonté des parties et de l'acceptation de leur mission par les arbitres. L'efficacité de la convention d'arbitrage suppose que les arbitres soient compétents pour statuer sur leur propre compétence. En opportunité, la règle de la "compétence-compétence" est fondée sur le souci d'éviter les manoeuvres dilatoires qui seraient de nature à limiter l'efficacité de la convention d'arbitrage. Il serait, en effet, peu judicieux de permettre à une partie de retarder le processus arbitral en arguant de l'invalidité de la convention d'arbitrage. Logiquement, la "compétence-compétence" des arbitres ne peut être fondée sur la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage est, en effet, le fondement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre dans son principe et dans son étendue ; toute invalidité de cette convention a logiquement pour conséquence l'inexistence de ce pouvoir. Si la "compétence-compétence" de l'arbitre ne peut 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 de l'OHADA.

L'article 11, alinéa 1er, de l'acte uniforme sur l'arbitrage dispose que "le tribunal arbitral statue sur sa compétence, y compris sur toutes les questions relatives à l'existence et à la validité de la convention d'arbitrage". La première conséquence de la règle est le pouvoir conféré aux arbitres d'être juges de leur compétence. En principe, une juridiction est juge de sa compétence ; ceci vaut également pour la juridiction arbitrale. Le problème spécifique qui se pose - et qui justifie "la compétence-compétence" des arbitres - est que la contestation de la compétence de l'arbitre peut se fonder sur l'origine de son pouvoir, c'est-à-dire la convention arbitrale, par exemple parce que sa nullité est invoquée. C'est précisément en vue de résoudre ce problème spécifique que l'article 11 précise que le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence s'exercera "y compris sur toutes questions relatives à l'existence et à la validité de la convention d'arbitrage". Cet effet de la "compétence-compétence" est reconnu par tous les systèmes de droit. Certains droits ajoutent cependant à ce premier effet 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. Le droit uniforme retient expressément ce principe de priorité. L'article 13 de l'acte sur l'arbitrage retient, en principe, que, si un tribunal étatique est saisi d'un litige qui a fait l'objet d'une convention d'arbitrage, ce tribunal doit se déclarer incompétent si l'une des parties en fait la demande. Un tel effet négatif, qui consiste à accorder aux arbitres un droit de priorité par rapport aux juridictions étatiques dans l'examen de leur propre compétence, n'est pas reconnu par toutes les législations, même récentes, sur l'arbitrage. La solution retenue par le droit uniforme africain présente l'avantage d'éviter qu'une partie ne puisse troubler le processus arbitral par le fait que le contentieux relatif à la validité de la convention arbitrale est porté 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. Cette solution présente, cependant, l'inconvénient 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" (art. 11, al. 3, A.U.A.). 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.

Section 3 : L'efficacité pour les juridictions étatiques

Pour les juridictions étatiques, l'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit par leur incompétence. Cette incompétence de principe connaît cependant des dérogations ou exceptions.

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 1er 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 manoeuvres dilatoires tendant à retarder ou troubler le processus arbitral. 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 restrictivement. 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 d'une contravention à une exigence formelle de la convention arbitrale. On a,

cependant, vu que le droit uniforme africain ne soumettait l'accord arbitral à aucune exigence formelle, de sorte que cette hypothèse de nullité évidente ne peut effectivement être 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 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 qu'elle ne souffre pas d'interprétation.

Alors que les alinéas 1 et 2 de l'article 13 de l'acte uniforme fixent le principe de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'un accord compromissaire, l'alinéa 3 en précise le caractère. Cette incompétence est relative. En effet, "en tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence". Ce caractère participe de la philosophie de l'arbitrage qui repose, dans son principe, sur la volonté des parties. Or, ce que la volonté des parties a pu accorder peut également être délié par cette volonté. Si le demandeur saisit un tribunal étatique, malgré la convention d'arbitrage, et que le défendeur ne soulève pas l'incompétence de cette juridiction, c'est que les parties ont renoncé à voir leur litige dénoué par une juridiction arbitrale.

La nullité manifeste, visée par le deuxième alinéa de l'article 13 de l'acte uniforme, ne constitue pas la seule atténuation au principe de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention arbitrale. Certaines atténuations relèvent de la collaboration ou de la complémentarité entre justices étatique et arbitrale. Elles concernent l'intervention des juges étatiques en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral (art. 5 et 8 AU.A) et la collaboration en ce qui concerne l'administration de la preuve (art. 14, al. 7, AU.A). Les deuxièmes atténuations impliquent une situation de concurrence entre les juridictions étatiques et les arbitres. Cette concurrence se manifeste pour le prononcé des mesures provisoires ou conservatoires (art. 13, al. 4, AU.A). La compétence des juridictions étatiques, en ce domaine, est cependant soumise à certaines conditions : l'urgence ou l'exécution de la mesure dans un Etat non membre de l'OHADA et, enfin, l'absence d'examen au fond du litige. La troisième atténuation relève de la mission de contrôle sur la justice arbitrale par les juridictions étatiques. En effet, la justice arbitrale est susceptible d'être, en dernière instance, contrôlée par la justice de l'Etat, soit dans le cadre de la procédure d'exequatur visant à assurer la force exécutoire de la sentence, soit dans le cadre d'un recours en annulation porté contre la sentence. Ceci traduit le fait que l'office du juge est loin d'être négligeable dans le cadre d'une instance arbitrale.

TITRE III : L'INSTANCE ARBITRALE

Sous l'expression d'instance arbitrale, on s'attachera aux règles portant sur le tribunal arbitral (chapitre 1) et le déroulement de l'instance arbitrale (chapitre 2). L'instance a, cependant, pour objet de dénouer un litige au fond. On s'attachera donc également à examiner les règles portant sur le fond du litige (chapitre 3).

Chapitre 1 : Le Tribunal arbitral

Les règles relatives au tribunal arbitral portent sur la constitution de celui-ci (section 1) et les conditions exigées des arbitres (section 2).

Section 1 : La constitution du Tribunal arbitral

Le principe est la constitution conventionnelle de la juridiction arbitrale complétée, le cas échéant, par des règles légales supplétives de constitution et l'assistance de la juridiction étatique. Il faudra également évoquer différents incidents qui peuvent affecter la composition du tribunal arbitral.

La constitution conventionnelle désigne les différents modes de constitution de la juridiction arbitrale par la volonté des parties. L'article 5 de l'acte uniforme dispose que " les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties ". La législation affirme ainsi expressément la prééminence de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral. 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'appliquer. L'article 5, alinéa 2, posant les règles de constitution, ne s'applique en effet qu'" à défaut d'une telle convention [convention désignant les arbitres] ou si la convention est insuffisante ". L'expression " à défaut d'une telle convention " doit s'entendre raisonnablement. Il faut, en effet, 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. Il s'agit d'une " clause blanche " qui se limite à prévoir le principe du recours à l'arbitrage. L'insuffisance de la convention suppose un accord d'arbitrage qui, concrètement, ne permet pas la désignation des arbitres parce qu'il est incomplet. Cette situation pourrait, par exemple, résulter du fait que dans un arbitrage ad hoc, les parties n'ont pas prévu le recours à un tiers préconstitué pour désigner l'arbitre unique lorsqu'elles ne s'entendent pas sur le choix de celui-ci.

La primauté conférée à la volonté des parties est conforme à la philosophie de l'arbitrage qui, au moins pour l'arbitrage ad hoc, suppose une relation de confiance entre les parties et les arbitres. En outre, le choix des arbitres peut

dépendre de nombreux facteurs – par exemple, la complexité technique du litige- que les parties sont sans doute les mieux capables d'apprécier.

La volonté des parties est, cependant, limitée par deux règles. La première exprimée à l'article 8, alinéa 1er, prévoit que "le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres". La limitation légale du nombre d'arbitres est assez inhabituelle. Certes, à côté de législations qui ne posent aucune exigence relative au nombre d'arbitres, il y a d'assez nombreuses lois qui imposent que le tribunal arbitral soit constitué d'un nombre impair d'arbitres. Aucune ne fixe cependant une limite au nombre d'arbitres. Outre qu'elle est inhabituelle, cette limitation est inopportune. Certains litiges, particulièrement complexes, pourraient exiger plus de trois arbitres. C'est cependant dans l'arbitrage multipartite que la limitation du nombre d'arbitres pourrait avoir des conséquences particulièrement malheureuses. Il pourra, en effet, être difficile de concilier cette limitation à trois du nombre des arbitres avec le respect de l'égalité des parties dans le processus de constitution de la juridiction arbitrale. La deuxième limitation apportée à la volonté des parties a précisément trait au respect de l'égalité des parties. Ce principe est affirmé par l'article 9 de l'acte uniforme qui dispose que "Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits". Ce principe impose l'équilibre de la convention d'arbitrage dans ses dispositions portant sur la constitution du tribunal. De manière plus précise, il faut que la convention ne mette pas une partie dans une situation privilégiée et que les parties disposent des mêmes droits pour la désignation des arbitres. Il reviendra à la pratique arbitrale et à la jurisprudence étatique, saisie d'un recours en annulation, de préciser les implications concrètes du principe. On peut penser que ce principe devrait condamner les arbitrages mis en place par des organisations professionnelles dont les arbitres appartiennent à ladite organisation dès lors que seule une des parties au litige en est membre. Il devrait en être de même lorsqu'un contrat-type stipule que les litiges seront tranchés par des arbitres membres de l'organisation qui a élaboré le contrat et à laquelle seule une partie adhère. Ces différentes stipulations mettent, en effet, une des parties dans une situation privilégiée par rapport à l'autre en ce qui concerne la désignation des arbitres. L'égalité de droits implique qu'une partie n'ait pas plus de droits que l'autre dans la désignation des arbitres. Au cas où 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 pourraient être désignés par un tiers préconstitué ; soit chacune des parties désignerait un arbitre, les deux arbitres choisis désignant le troisième. Par contre, en cas d'arbitrage multipartite mettant au prise plus de deux parties, alors que le nombre des arbitres est limité à trois, des difficultés graves sont susceptibles de se poser. Dans l'affaire Dutco ⁴, la Cour de cassation de France a considéré que l'obligation pour deux parties défenderesses, ayant

⁴ Cass. (fr.), 7 janvier 1992, Rev. Arb. 1992, p. 470, note BELLET

des intérêts opposés, de devoir choisir conjointement un seul arbitre, alors que la partie demanderesse pouvait choisir toute seule un arbitre, constituait une violation du principe de l'égalité des droits des parties qui s'applique dans la désignation des arbitres. Ce principe ne signifie cependant pas que chacune des parties a un droit à désigner seule un arbitre. Une telle pratique serait d'ailleurs impossible en cas d'arbitrage multipartite lorsque la loi limite à trois le nombre des arbitres. Dans une telle situation, faute pour plusieurs parties de s'entendre sur la désignation d'un arbitre unique, il est nécessaire de prévoir la nomination de tous les arbitres par un tiers préconstitué.

Les modalités par lesquelles les parties procèdent à la désignation des arbitres sont fondamentalement au nombre de deux.

La première recourt à la désignation directe par les parties, soit dans la clause compromissoire, soit au moment où le litige est né. La désignation des arbitres dans une clause compromissoire est tout à fait exceptionnelle. Cela se comprend eu égard au caractère éventuel du litige au moment où la clause est stipulée. On ne connaît, à ce moment, ni la nature, ni l'ampleur, ni le moment où un litige éventuel est susceptible de se manifester. Par contre, on conçoit aisément qu'une telle désignation puisse être effectuée lorsque la convention d'arbitrage est constituée d'un compromis. La clause compromissoire pourrait cependant désigner le ou les arbitre(s) par référence à leur fonction. On peut songer, par exemple, à une clause qui désignerait le Président d'une juridiction identifiée, le Président de telle association professionnelle et un troisième arbitre également identifié par sa fonction. Dans une telle situation, il faut considérer que les arbitres n'ont pas été nommément désignés mais qu'ils ont été choisis es-qualité. Ceci peut se révéler important lorsque la fonction identifiée a changé de titulaire entre le moment d'établissement de la clause d'arbitrage et la constitution de la juridiction. Le plus souvent cependant, la clause ne désigne pas les arbitres, ni par leur nom, ni par leur fonction, mais établit une procédure de désignation. Fréquemment, lorsque les parties choisissent la méthode de désignation directe, la clause prévoit que chacune des parties désignera un arbitre, le troisième arbitre étant choisi par les arbitres désignés par les parties. Cette procédure de désignation directe est susceptible de soulever certaines difficultés. D'abord, le danger de voir les arbitres désignés par les parties se comporter en "arbitre-partie" (ou "*friend arbitrator*") est réel. Or, ceci est incompatible avec la règle de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres posée à l'article 6, alinéa 2, de l'acte uniforme. Ensuite, la désignation du troisième arbitre par les deux arbitres choisis par les parties peut s'avérer difficile et longue, eu égard à la fonction essentielle de ce troisième arbitre. 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 en litige sont plus de deux.

La deuxième modalité par laquelle les parties constituent conventionnellement le tribunal arbitral est un procédé de désignation indirecte. Cela suppose que les parties désignent un tiers qui sera chargé de désigner les arbitres. L'efficacité de ce type d'accord suppose que la clause

identifie précisément cette personne chargée de constituer le tribunal arbitral, faute de quoi on risque d'aboutir à une situation de blocage. Ce tiers peut être une personne physique qui sera alors, le plus souvent, identifiée par sa fonction. Il peut s'agir, par exemple, du Président d'une juridiction, ou d'une Chambre de commerce, ou d'une association professionnelle ou encore d'une institution universitaire (par exemple, le doyen d'une faculté de droit). Il peut également s'agir d'une personne morale. Ce sera le cas lorsque les parties choisissent de recourir à un arbitrage institutionnel. Le centre permanent, chargé d'organiser l'arbitrage, est alors, en vertu du règlement d'arbitrage, tenu de procéder à la désignation des arbitres. 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 donc qu'à défaut d'accord des parties sur la nomination des arbitres que l'institution procédera à cette désignation.

Les règles légales de constitution du tribunal arbitral sont exposées par l'article 5 de l'acte uniforme. Le système retenu est celui de la désignation directe par les parties. En cas d'arbitrage par un arbitre unique, les parties s'accorderont sur le choix de l'arbitre. En cas d'arbitrage par trois arbitres, le système retenu est celui qui est le plus fréquemment utilisé dans la pratique de l'arbitrage, à savoir la désignation d'un arbitre par chacune des parties et la nomination du troisième arbitre par les deux premiers.

L'assistance judiciaire à la composition du tribunal arbitral n'est organisée que dans l'hypothèse d'une constitution sur la base des règles légales, et non lorsque le tribunal est constitué sur une base conventionnelle. Dans le système légal, lorsque les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre unique, le juge étatique peut être saisi afin de procéder à la désignation. En cas d'arbitrage par trois arbitres, si l'une des parties "ne nomme pas un arbitre dans un 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 par le juge compétent dans l'Etat partie (art. 5, al. 2 a A.U.A.). La deuxième hypothèse d'assistance judiciaire dans la constitution du tribunal arbitral est prévue à l'article 8. Elle consiste pour le juge à compléter la composition du tribunal lorsque les parties ont désigné des arbitres en nombre pair. L'intervention du juge est doublement subsidiaire. En effet, si le tribunal arbitral est constitué d'arbitres en nombre pair, il doit d'abord être complété conformément aux prévisions des parties ; à défaut de telles prévisions, les arbitres désignés devront compléter leur juridiction ; enfin, à défaut d'accord entre les arbitres désignés, le juge étatique pourra procéder à la désignation d'un arbitre supplémentaire. Du point de vue procédural, le juge d'appui à la constitution du tribunal arbitral est identifié par l'expression "le 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. La deuxième question porte sur le tribunal matériellement et territorialement compétent dans l'Etat partie. Etant donné le caractère différencié de

l'organisation judiciaire dans les Etats de l'OHADA, la législation uniforme ne pouvait, en ce domaine, que renvoyer à la législation interne de chaque Etat. Les législations de procédure civile et commerciale des Etats devront, en conséquence, compléter, sur ce point, le droit uniforme. Il aurait peut-être été judicieux que le législateur uniforme fournisse une indication sommaire sur le type de juridiction à retenir par le législateur national. Il faudra également que les législations nationales organisent la procédure à suivre et précisent si la décision est ou non susceptible de voies de recours.

Les incidents pouvant affecter la composition de la juridiction arbitrale sont la récusation, l'incapacité, le décès, la démission ou la révocation d'un arbitre. La récusation, outre les problèmes de fond liés aux conditions exigées des arbitres, pose le problème de la procédure de récusation et celui de la reconstitution du tribunal arbitral une fois que la récusation a été prononcée. 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 très minutieusement une procédure interne d'examen de la récusation. Tel est le cas dans l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A. (art. 4.2 RA) et, d'une manière générale, dans nombre d'autres règlements d'arbitrage. Dans une telle situation, le juge étatique n'est pas compétent pour connaître d'un incident relatif à la récusation d'un arbitre. Sa compétence est en effet subsidiaire puisque le juge compétent dans l'Etat partie statue sur la récusation " si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation " (art. 7, al. 2 AU.A). Il est précisé que la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours. Une fois que la récusation a été prononcée par le juge étatique ou par l'autorité prévue à cet effet par le règlement d'arbitrage, le problème du remplacement de l'arbitre récusé se pose. Cette question n'est pas propre à la récusation. Elle se pose également toutes les fois que le tribunal arbitral est amputé de l'un de ses membres par incapacité, décès, démission ou révocation. L'assistance du juge étatique pour reconstituer un tribunal arbitral, à la suite d'une récusation, d'un décès, d'une démission, ou d'une révocation, repose sur les mêmes principes que ceux gouvernant l'assistance du juge étatique lorsqu'il doit compléter une juridiction arbitrale constituée en nombre pair. Cette assistance est doublement subsidiaire ; elle ne s'exerce qu'à défaut de volonté des parties et à défaut d'accord des arbitres sur le choix du troisième arbitre.

Section 2 : Les conditions exigées des arbitres

Les conditions légales à la fonction d'arbitre sont exposées par l'article 6 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. L'arbitre doit être une personne physique ; il doit " avoir le plein exercice de ses droits civils " et enfin, être et " demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties ".

La qualité de personne physique, exigence que l'on rencontre dans certains droits, implique qu'une personne morale ne peut pas être arbitre. La

législation OHADA ne pose aucune autre condition que la capacité tenant à la personne physique. Cela implique nécessairement qu'une personne physique étrangère peut, sans aucun doute possible, être arbitre.

Le plein exercice des droits civils suppose la capacité de l'arbitre. Celle-ci doit être appréciée d'après la loi personnelle de l'arbitre. La loi personnelle est, dans les Etats de l'OHADA, la loi nationale de l'arbitre. Il faut que la capacité soit pleine et entière. Ceci implique qu'une personne frappée d'une incapacité spéciale de jouissance ne peut être arbitre. En particulier, les personnes qui, en vertu du droit des procédures collectives, ont été frappées d'une interdiction de faire le commerce (art. 203 AU.PC) ne peuvent être arbitres.

L'indépendance et l'impartialité constituent, sans nul doute, les conditions les plus importantes. En posant cette condition, la législation de l'OHADA manifeste clairement son rejet de " l'arbitre-partie " reconnu dans certains droits. L'indépendance et l'impartialité ne se confondent pas intégralement. En effet, l'indépendance recouvre plutôt une situation de fait, alors que l'impartialité, notion plus abstraite et psychologique, désigne un état d'esprit. Les deux notions entretiennent cependant des relations. L'exigence de l'indépendance a trait à l'absence de relations de travail, de collaboration ou de parenté (ou d'alliance) notamment entre l'une des parties et un arbitre ou, plus généralement, de toute circonstance d'une intervention de l'arbitre en faveur des intérêts de l'une des parties. Ce type de relation ou de circonstance est prohibé dans la mesure où il ferait douter de l'impartialité de l'arbitre. En d'autres termes et exprimée de manière positive, l'indépendance est une présomption d'impartialité. Toutefois, un arbitre objectivement indépendant peut être partial. Les préjugés de l'arbitre ou la force de ses convictions relativement à un problème donné soulevé par le litige peuvent le rendre incapable de faire montre d'impartialité. Inversement d'ailleurs, un arbitre objectivement dépendant pourrait avoir suffisamment de force de caractère pour se montrer impartial. On observe donc que la notion d'indépendance - ou plus exactement de dépendance - parce qu'elle est objective, factuelle, sera beaucoup plus facile à prouver que l'attitude partielle. Des auteurs observent, à juste titre, que la partialité est " quelque chose d'assez facile à reconnaître mais de difficile à prouver pour la partie qui en est victime ". Afin de garantir la crédibilité de la justice - qui suppose toujours des juges indépendants des parties - et de ne pas favoriser la mise en cause induite des arbitres sur la base de simples " impressions ", il paraît nécessaire d'exiger que des circonstances particulières, précises et pertinentes soient toujours invoquées en tant que preuve du défaut d'impartialité. Cependant, on admettra que, puisqu'une telle qualité - l'impartialité - ne peut être mesurée objectivement, des circonstances établissant un doute raisonnable devraient suffire. Les conditions d'indépendance et d'impartialité sont mises en œuvre au moyen de l'obligation d'information qui pèse sur les arbitres. En effet, aux termes de l'article 7, alinéa 2 de l'acte uniforme, " 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 ". La question essentielle que

pose cette disposition porte sur les faits qui doivent être portés à la connaissance des parties. L'acte uniforme utilise, de manière assez malheureuse, l'expression de « cause de récusation ». Cette expression ne doit pas être entendue dans le sens technique précis qui lui est conféré pour la récusation des juges. Les arbitres ne sont pas assimilables, du point de vue de leur statut, à des magistrats. Ils doivent donc révéler tout fait de nature à pouvoir susciter un doute raisonnable dans l'esprit des parties quant à leur indépendance ou leur impartialité⁵. 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 ignorée.

La sanction d'un défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre est, soit la révocation de l'arbitre concerné par les deux parties si elles sont d'accord, soit, en cas de désaccord sur la révocation, la récusation demandée par l'une des parties devant l'institution permanente d'organisation de l'arbitrage ou le juge étatique. Si l'une des parties, après avoir eu connaissance d'un fait de nature à altérer l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, renonce à demander la récusation, il faut considérer qu'elle renonce, par là même, à demander, après le prononcé de la sentence, l'annulation de celle-ci au motif de la composition irrégulière du tribunal arbitral. Cette solution, retenue en droit français de l'arbitrage, mais non dans la loi-type de la CNUDCI, est adéquate. Comme le relèvent des auteurs, dans une telle situation, « la meilleure solution consiste à considérer, dans un souci d'ordre, qu'une partie qui n'a pas introduit sa demande de récusation dans les délais ne peut ultérieurement attaquer la sentence »⁶, du moins pour ce motif.

Chapitre 2 : Le déroulement de l'instance arbitrale

L'examen du déroulement de l'instance arbitrale suppose que l'on précise l'encadrement normatif de celle-ci (section 1) avant de s'attacher à la description de cette instance (section 2). La question des compétences des juridictions arbitrale et étatique dans l'édiction de mesures provisoires et conservatoires fera l'objet de la dernière section (section 3).

Section 1 : L'encadrement normatif de l'instance arbitrale

Les normes qui encadrent l'instance arbitrale sont dominées par un principe de liberté des parties et des arbitres dans la conduite de l'instance arbitrale. Cette liberté n'est, cependant, pas sans limites.

La liberté est d'abord expressément affirmée par l'article 14 qui dispose que « les parties peuvent 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 ». La même disposition précise, en son alinéa 2,

⁵ En ce sens, voy. Paris, 12 janvier 1999, Rev. Arb. 1999, p. 381 et s.

⁶ REDFERN et HUNTER, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Paris, LGDJ, 1994, p. 189

que " Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié ". Le premier alinéa permet aux parties de régler elles-mêmes la procédure que les arbitres suivront. Elles pourront le faire directement, c'est-à-dire en créant leurs propres règles de procédure. Le plus souvent, ces règles seront cependant élaborées en référence à un règlement d'arbitrage. Le règlement d'arbitrage, proposé par la CNUDCI, a d'ailleurs été élaboré à cet effet, même s'il a, dans la pratique, également inspiré plusieurs règlements de centres institutionnels d'arbitrage. L'édiction de règles de procédure par le choix d'une loi étatique de procédure est, dans la pratique de l'arbitrage, assez rare. On observe que l'acte uniforme ne retient cette possibilité pour les parties qu'après avoir mentionné l'élaboration directe ou indirecte par référence à un règlement d'arbitrage. A défaut de volonté des parties, l'acte uniforme pose le principe de la volonté des arbitres. Ceux-ci pourront, comme les parties, élaborer directement ou indirectement - par référence à un règlement d'arbitrage ou à une loi étatique - les règles de procédure que le tribunal arbitral suivra. Le fait que l'acte uniforme dispose que le tribunal arbitral procèdera " comme il le juge approprié " permet même de ne fixer, à l'avance, aucune règle de procédure. La juridiction arbitrale procèdera alors à l'arbitrage au fur et à mesure du déroulement de l'instance au moyen de décisions et non de règles préétablies.

La deuxième manière pour l'acte uniforme d'affirmer la liberté des parties et des arbitres dans la conduite de l'instance 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 9, ne fait l'objet que d'une seule disposition (article 14) totalement insuffisante pour fixer avec précision la manière de procéder des arbitres. Le législateur africain a ici 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.

La troisième manière pour l'acte uniforme d'affirmer la liberté des parties et des arbitres en matière de procédure d'arbitrage résulte de ce que - à l'exception des principes énoncés par l'article 9 -, l'acte uniforme ne pose pas le caractère impératif des - rares - règles de procédure qu'il contient. L'acte uniforme diffère ici profondément de la loi-type de la CNUDCI. Outre le fait que celle-ci pose davantage de règles de procédure que l'acte uniforme africain, elle affirme expressément leur caractère impératif. En effet, l'article 19 de la loi-type affirme le principe de la liberté des parties et des arbitres dans la détermination des règles de procédure " sous réserve des dispositions de la présente loi ". Le caractère supplétif des quelques règles procédurales de l'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage n'est cependant pas absolu. Outre l'article 9 -qui constitue moins une règle qu'un principe -, certaines règles contenues dans l'article ne 14 sont, en réalité, que des applications d'un des principes posés par l'article 9 de sorte que leur caractère impératif est incontestable.

La très grande liberté des parties ou des arbitres dans la conduite de l'instance arbitrale n'est cependant pas sans limites. L'article 9 de l'acte uniforme dispose, en des termes identiques à ceux de l'article 18 de la loi-type de la CNUDCI, que " les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ".

Cette disposition pose deux principes. 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 principe du contradictoire constitue un motif d'annulation de la sentence. Le principe du contradictoire suppose que les deux parties aient, de manière égale, été mise 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 la justice. Celle-ci repose sur un débat contradictoire - où 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.

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 " (art. 14, al. 6 A.U.A). 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 " (art. 14, al. 5 A.U.A). D'autres applications des 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 production tardive, ils devront donc allonger la proportion des délais accordés à l'autre partie pour que celle-ci dispose d'un temps suffisant pour faire valoir ses droits.

Section 2 – Le déroulement de l'instance arbitrale

L'instance arbitrale débute par l'introduction de celle-ci, suivie, le cas échéant, d'une étape préliminaire d'organisation de l'instance. L'instruction de l'affaire par les arbitres constitue l'essentiel de l'instance arbitrale.

L'introduction de l'instance a lieu soit lorsque les arbitres sont saisis par au moins l'une des parties, soit lorsque l'une des parties entame la procédure de constitution du tribunal arbitral (art. 10, al. 2 AU.A). Les procédures de constitution du tribunal arbitral ayant déjà été examinés, on envisagera, ici, la saisine du tribunal arbitral préalablement constitué.

L'acte uniforme ne fixe aucune forme à la saisine de la juridiction arbitrale. Celle-ci peut être saisie conjointement par les deux parties. Cette saisine conjointe se matérialisera par un document commun, compromis signé par les parties ou procès-verbal signé par les arbitres et les parties, constatant la saisine des arbitres et l'acceptation de leur mission. Le tribunal arbitral peut être saisi par une seule des parties. L'acte uniforme ne pose aucune exigence de fond ou de forme relative à cette saisine. Du point de vue du fond, il est nécessaire que la demande exprime clairement la volonté de voir les arbitres trancher un litige donné. Ceci suppose que la partie qui prend l'initiative de la saisine indique, ne fût-ce que sommairement, ce qu'elle entend qu'il soit jugé ou adjugé en sa faveur. Ceci suppose un exposé, même sommaire, des circonstances de l'affaire et des prétentions du demandeur à l'arbitrage. Du point de vue de la forme, il est opportun que la partie utilise un procédé qui permet une preuve de la date précise à laquelle la demande d'arbitrage a été introduite. On songe, par exemple, à un envoi recommandé. Celui-ci doit être adressé aux arbitres constituant le tribunal arbitral et à la partie défenderesse. Celle-ci dispose du droit d'exposer ses prétentions et ses divers moyens (incompétence du tribunal arbitral, irrecevabilité, défenses au fond). Elle adressera, par conséquent, vraisemblablement dans des formes identiques à celles de la demande, à la partie demanderesse et aux arbitres, une réponse à la demande d'arbitrage. Le tribunal arbitral sera ainsi saisi des prétentions respectives des parties.

L'acte uniforme sur l'arbitrage n'a pas vocation à fixer l'organisation préliminaire de l'instance. Le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., par contre, prévoit cette organisation préliminaire. Celle-ci consiste en une réunion, qui doit se tenir dans les 60 jours de la réception du dossier par l'arbitre, et se termine par un procès-verbal établi par l'arbitre (art. 15.1 et 2 RA). L'article 15.1 du règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. établit l'objet de cette réunion. Outre la constatation de la saisine de l'arbitre, la réunion préliminaire doit constater les demandes des parties, ainsi qu'une " indication sommaire des motifs de ces demandes et des moyens invoqués pour qu'il y soit fait droit " (art. 15.1 a RA). La réunion a également pour objet de constater s'il existe ou non un accord des parties, d'abord sur l'existence d'une convention d'arbitrage désignant la C.C.J.A., ensuite sur les

modalités de l'arbitrage du point de vue du siège et de la langue de l'arbitrage et, enfin, sur les questions de droit applicable à la convention d'arbitrage, à la procédure arbitrale et au fond du litige. En ce qui concerne le fond du litige, l'arbitre interroge les parties sur la question de savoir si elles lui confèrent le pouvoir de statuer en amiable composition. Il faut observer que la réunion n'a pas pour objet de fixer un accord sur ces différents points, sauf en ce qui concerne la langue de l'arbitrage qui fait " l'objet d'une décision immédiate de l'arbitre au vu des dires des parties sur ce point en tenant compte des circonstances " (art. 15.1 b, al. 3 RA). En effet, soit les parties sont d'accord sur les différents points relevés ci-dessus et l'arbitre constate leur accord ; soit elles sont en désaccord sur tout ou partie de ces points et " l'arbitre constate que la sentence aura à se prononcer à ce sujet ". Enfin, la réunion a pour objet de prendre " les dispositions qui paraissent appropriées pour la conduite de la procédure arbitrale ... " (art. 15.1 c RA). ainsi que de fixer " un calendrier prévisionnel de la procédure arbitrale ... " (art. 15.1 d RA). La prise de dispositions relatives à la conduite de la procédure arbitrale paraît quelque peu incompatible avec le fait qu'un accord sur le droit régissant la procédure arbitrale n'est pas nécessairement convenu entre les parties. Dans l'hypothèse où les parties ne sont pas parvenues à un tel accord - désaccord que l'arbitre a constaté -, il paraît quelque peu prématuré de prendre des décisions concernant la conduite de la procédure arbitrale. Le calendrier prévisionnel a pour objet d'obliger les arbitres à réfléchir au déroulement dans le temps du processus d'arbitrage. Il ne peut s'agir que d'un calendrier prévisionnel, c'est-à-dire un document indicatif. A ce stade de la procédure, il paraît impossible de fixer avec précision le déroulement de l'arbitrage jusqu'au prononcé de la sentence. En effet, il peut y avoir des demandes nouvelles ou reconventionnelles. De même, l'instruction de l'affaire ne peut, à ce stade, être envisagée de manière précise de sorte qu'on ne peut pas savoir si l'affaire exigera une - ou plusieurs - expertise(s) ou la présence d'un nombre plus ou moins important de témoins. Enfin, la procédure pourra peut-être être suspendue en raison d'incidents dans le paiement des provisions pour frais d'arbitrage. Tous ces paramètres sont difficilement mesurables lors de la réunion préliminaire d'organisation de l'instance et expliquent le caractère indicatif du calendrier prévisionnel. Aussi l'article 15.3 du règlement prévoit les modalités de sa modification. Le calendrier prévisionnel peut être modifié, en cas de nécessité par l'arbitre, soit d'autorité - mais alors, l'arbitre doit recueillir les observations des parties -, soit à la demande des parties. La modification du calendrier prévisionnel est adressée au Secrétaire général de la C.C.J.A. La réunion ayant pour objet l'organisation préliminaire de l'arbitrage donne lieu à un procès-verbal établi et signé par l'arbitre. Si les parties sont d'accord, elles signent également ce procès-verbal. Si l'une d'elles refuse de le signer ou formule des réserves, " ledit procès-verbal est soumis à la Cour pour approbation " (art. 15.2 RA). Cette procédure de soumission à la Cour pour approbation est identique à celle qui est retenue dans l'arbitrage C.C.I. pour l'acte de mission. Aux termes de l'article 18, § 3, du règlement C.C.I., si l'une des parties refuse de signer l'acte de mission ou de participer à son établissement, " il est soumis à la Cour pour approbation ". La formule est obscure. Il est, en tout cas,

certain que la Cour dispose du pouvoir de refuser de l'approuver. Lorsqu'une institution dispose du pouvoir d'approuver un document, cela implique nécessairement qu'elle a le pouvoir de refuser son approbation faute de quoi la procédure d'approbation serait dénuée de toute utilité. On s'interroge sur la raison pour laquelle l'approbation de la Cour n'est nécessaire que lorsqu'une partie refuse de signer le procès-verbal. En effet, s'il s'agit pour la Cour de contrôler le procès-verbal dressé par l'arbitre, on ne voit pas pourquoi ce contrôle devrait être limité au seul procès-verbal non signé par l'une des parties. Faut-il alors voir dans l'approbation de la Cour une substitution de la partie qui s'est abstenue de le signer de sorte qu'elle tiendrait lieu de signature de cette partie ?.

L'instruction de l'affaire par le tribunal arbitral porte sur l'examen des écritures et des pièces, l'audition des parties, les témoignages, et le cas échéant, le recours à des expertises.

Les écritures des parties ne font l'objet de dispositions spécifiques, ni dans l'acte uniforme sur l'arbitrage, ni dans le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. Ces écritures sont normalement constituées de mémoires - en demande, en défense, réplique, duplique - et de notes écrites, voire de correspondances. Ces écritures doivent être communiquées à toutes les parties et aux arbitres. Les délais de communication sont normalement fixés par le tribunal arbitral. On rappelle que ces délais doivent respecter l'égalité entre les parties. Les pièces sont les documents permettant aux parties d'établir la preuve des faits qu'elles allèguent à l'appui de leurs prétentions. Il peut s'agir d'écrits, de plans, de photographies, de maquettes, de représentations graphiques, etc. Conformément au droit de la preuve, les parties ont la charge de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions (art. 14, al. 3, A.U.A.). Les parties peuvent produire spontanément lesdites pièces. L'arbitre devra veiller à leur communication entre les parties. L'article 14, alinéa 5, de l'acte uniforme sur l'arbitrage oblige, en effet, l'arbitre à ne retenir, pour rendre sa décision, que les pièces sur lesquelles les parties ont été à même de débattre contradictoirement. Si une pièce n'est pas produite spontanément, alors que l'une des parties a intérêt à sa production, la question des pouvoirs de l'arbitre, relativement à la production des pièces non mises dans le débat, se pose. Si ladite pièce est détenue par l'autre partie - que celle qui a intérêt à sa production -, l'arbitre peut inviter cette autre partie à la produire aux débats. L'article 14, alinéa 4, de l'acte uniforme dispose que " les arbitres peuvent inviter les parties à leur ... présenter ... les preuves qu'ils estiment nécessaires à la solution du litige ". En cas de résistance, il est traditionnellement affirmé que l'arbitre, parce qu'il est dépourvu d'*imperium*, ne dispose pas du pouvoir d'ordonner une astreinte. C'est le même motif - l'absence d'*imperium* - qui explique que, si la pièce est détenue par un tiers, l'arbitre ne dispose d'aucun pouvoir d'injonction. Certes, le tiers, qui recevrait une invitation - et non une injonction - de l'arbitre à produire aux débats une pièce qu'il détient, peut accepter de la communiquer. Il n'est cependant pas tenu de le faire. Afin de remédier à cette difficulté, qui découle du caractère privé de la juridiction arbitrale, l'acte uniforme sur l'arbitrage organise le concours des juridictions étatiques dans

l'administration des preuves devant le tribunal arbitral. L'article 14, alinéa 7, dispose : " 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 ". Ceci permet au tribunal arbitral de saisir le juge compétent du siège de l'arbitrage afin d'obtenir la production forcée des pièces détenues par une partie ou par un tiers, le cas échéant sous astreinte, si la loi de procédure civile de l'Etat en question retient ce moyen de pression. Les pièces ainsi produites - de façon volontaire ou forcée - seront alors mises aux débats par l'arbitre après avoir été communiquées aux parties.

L'audition des parties constitue également un moyen d'instruction de l'affaire par les arbitres. L'audition contradictoire des parties est soit ordonnée d'office, soit à la demande de l'une d'elles. Les parties peuvent se faire représenter par des représentants ou se faire assister de leurs conseils. L'acte uniforme sur l'arbitrage ne pose aucune restriction au choix des parties quant à leur représentation ou leur assistance. Cela exclut, par conséquent, le monopole des avocats. Les parties peuvent être entendues séparément si le tribunal arbitral l'estime nécessaire. Dans ce cas, les conseils des deux parties assistent à l'audition. La défaillance de l'une des parties, sans excuse valable, est sans effet sur le caractère contradictoire des débats puisque ceux-ci sont réputés contradictoires.

L'acte uniforme sur l'arbitrage ne mentionne pas expressément les témoignages parmi les modes de preuve dans l'instance arbitrale. Il ne fait cependant aucun doute que les arbitres, d'office ou sur demande de l'une des parties, peuvent procéder à des auditions de témoins. Les arbitres doivent préciser, ou requérir de la partie qui demande de recourir au témoignage, les faits qui feront l'objet de témoignages. Ils doivent également préciser - ou demander de préciser - l'identité des témoins afin que toutes les parties en aient connaissance. Le principe du contradictoire exige que les parties puissent discuter des témoignages produits. Ceci suppose que, si les parties n'assistent pas aux auditions, les procès-verbaux leur soient remis afin qu'elles puissent en discuter et, le cas échéant, les contester. Du point de vue des formes de leur présentation, les témoignages peuvent être oraux (audition), ou écrits, ou les deux (écrits suivi d'explications orales). On considère généralement que les témoins ne prêtent pas serment. Les arbitres étant des personnes privées, ils n'ont pas qualité pour recevoir le serment des témoins. A moins que la convention des parties n'ait réglé les formes de l'interrogation des témoins, celles-ci sont déterminées par le tribunal arbitral. L'interrogation peut ainsi être le fait du tribunal lui-même - dans la tradition des pays de " droit civil " - ou par les représentants des parties - dans la tradition des pays de *common law*. Le tribunal arbitral apprécie librement la force probante des témoignages qu'il aura reçus.

La nomination d'un expert peut être effectuée, d'office par l'arbitre ou à la demande des parties ou de l'une des parties. L'expert désigné doit être indépendant des parties. Bien que l'acte uniforme ne le mentionne pas, il ne fait guère de doute qu'un expert pourrait être récusé par l'une des parties. L'incident pourrait, vraisemblablement, être porté devant le tribunal arbitral. L'expert pourrait être nommé, soit par un simple procès-verbal, soit par une ordonnance de procédure. L'arbitre doit également définir la mission de

l'expert. Il s'agira, le plus souvent, de questions d'ordre technique que le rapport d'expertise devra éclairer. L'arbitre ne peut pas déléguer à un tiers sa mission juridictionnelle. Il est donc important que l'arbitre ne confie pas à l'expert une mission d'ordre juridique, a fortiori d'ordre juridictionnel. On a vu, en effet, que la distinction entre expertise et arbitrage était, parfois, passablement imprécise. L'expertise, comme toute mesure d'instruction, doit respecter le principe d'égalité et de respect des droits des parties. En principe, l'expertise donne lieu à un rapport. Celui-ci doit être communiqué aux parties afin qu'elles puissent le discuter contradictoirement. Le rapport ou les conclusions de l'expert ne lient pas le tribunal arbitral.

Section 3 : Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures conservatoires sont destinées à préserver une situation ou les droits des parties en attendant une décision sur le fond. Ainsi, elles peuvent avoir pour objet de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite. Les mesures conservatoires peuvent également avoir pour objet d'assurer l'indisponibilité d'un bien pour préserver les droits des parties ou pour préparer l'exécution de la sentence lorsqu'il sera statué sur le fond. Les décisions ordonnant la mise sous séquestre ou les saisies conservatoires constituent des exemples de ce type de mesures conservatoires. Les mesures provisoires se caractérisent, non pas leur objet, mais par leur effet. Il s'agit de mesures qui ne lient pas l'autorité qui les a rendues, a fortiori l'arbitre ou le juge appelé à statuer sur le fond. Tel serait le cas d'une ordonnance judiciaire qui accorderait au demandeur une provision sur sa créance.

L'article 13, alinéa 4 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage 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 conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent ". La législation uniforme réserve ainsi la compétence de la juridiction étatique pour l'octroi de mesures provisoires et conservatoires. Les parties à une convention d'arbitrage ne sont, par conséquent, pas privées des procédures d'urgence prévues à cet effet devant les juges étatiques. L'urgence ainsi que le caractère exécutoire des décisions susceptibles d'être prises en ce domaine par les juges commandent une telle solution. Les arbitres sont également compétents. Cette concurrence n'est cependant pas intégrale car l'acte uniforme la restreint en posant des conditions à la compétence des juridictions étatiques.

La première condition porte sur l'urgence. Le juge étatique n'est compétent pour prendre une mesure provisoire ou conservatoire que s'il y a " urgence reconnue et motivée ". Il faut observer que cette condition peut d'ailleurs être posée par la législation de procédure civile pour l'octroi de certaines mesures conservatoires ou provisoires par le juge en dehors de toute

convention d'arbitrage. En présence d'une convention d'arbitrage, l'urgence se justifie particulièrement lorsque le tribunal arbitral est déjà constitué et saisi du fond du litige. Cela implique que la constatation de l'urgence devrait être retenue assez rarement lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi et qu'il peut prendre les mesures qui s'imposent. La condition relative à l'urgence est écartée lorsque la mesure provisoire ou conservatoire "devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA". Cette disposition a probablement été introduite pour réserver les situations où des législations refuseraient l'efficacité des mesures provisoires ou conservatoires - ou de certaines d'entre elles- prononcées par des arbitres. La deuxième condition posée à la compétence des juges étatiques pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires est que "ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond". Chaque fois que l'octroi de la mesure suppose un examen au fond, le juge étatique est incompetent et seul l'arbitre peut ordonner ladite mesure. Ceci est une conséquence de ce que la convention d'arbitrage emporte l'incompétence des juridictions étatiques pour statuer sur le fond du litige visé dans la convention d'arbitrage. Cette condition peut soulever des difficultés d'interprétation dans l'hypothèse où un juge étatique, malgré une convention d'arbitrage, serait saisi par l'une des parties afin de se voir accorder une provision sur sa créance. En effet, l'octroi d'une provision est subordonné au caractère non contestable de la créance, ce qui suppose un examen au fond. Pourtant, lorsque le tribunal arbitral n'est pas constitué, une telle provision peut être justifiée par l'urgence - par exemple, le risque d'insolvabilité à court terme du débiteur. On peut penser, qu'en cas d'urgence caractérisée, le juge étatique pourrait être amené à accorder une provision. En effet, la décision du juge est provisoire et ne lie pas la juridiction arbitrale chargée de connaître du fond du litige.

Bien que l'acte uniforme ne le mentionne pas expressément, on peut penser que les juridictions étatiques sont compétentes dans tous les cas où une mesure conservatoire nécessiterait pour son exécution des mesures de coercition à l'égard des tiers. On peut penser, par exemple, au séquestre de fonds sur un compte en banque. L'absence d'*imperium* des arbitres leur interdirait d'ordonner de telles mesures. On peut cependant imaginer que des arbitres puissent prendre à cet effet une sentence partielle qui devrait être exequaturée.

Chapitre 3 : Le fond du litige

Le fond du litige est, en principe, réglé en droit, c'est-à-dire par application des règles de droit (section 1) ; toutefois, le litige est susceptible d'être tranché en amiable composition (section 2).

Section 1 : L'application des règles de droit

L'article 15 alinéa 1^{er} de l'Acte sur l'arbitrage traite du droit applicable au fond du litige en disposant 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 ». Cette disposition, qui consacre le choix du droit applicable au fond du litige par les parties ou les arbitres, doit d'abord être circonscrite quant à son champ d'application.

Tel qu'il est libellé, l'alinéa 1^{er} pose la question du droit applicable pour tout litige dont un tribunal arbitral pourrait être saisi. Or l'on sait que l'Acte Uniforme ne vise pas seulement l'arbitrage de droit international privé (voy. supra, art. 1^{er}). On pourrait donc en induire que la question du droit applicable pourrait être posée à propos d'un litige purement interne. Cette induction serait totalement inexacte. Poser la question du droit applicable suppose nécessairement une situation suscitant un conflit de lois, c'est-à-dire une situation internationale au sens du droit international privé. Certes, on sait que pour un contrat purement interne, les parties peuvent aussi « choisir » un droit – mais en « contractualisant » une loi étrangère – dans les limites du droit supplétif régissant le contrat. La différence est donc très importante par rapport au contrat international. Il paraît donc certain que l'article 15, alinéa 1^{er} ne peut s'appliquer qu'à des seules situations privées internationales ⁷. Même lorsqu'elle est internationale au sens du droit international privé, une situation ne permet pas toujours – loin s'en faut – le choix du droit applicable par les parties. Le choix du droit applicable par les parties ne vaut essentiellement que pour les obligations contractuelles générées par un contrat international. Par conséquent, la règle, posée par l'alinéa 1^{er}, selon laquelle « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ... » devra être limitée par les arbitres aux seuls litiges générés par un contrat international. Même s'agissant d'un contrat international, il ne faut pas perdre de vue que certaines questions – ainsi, par exemple, les questions liées à la capacité des parties – échappent à la volonté des parties quant au droit applicable. Il est évident qu'en posant la règle énoncée par l'article 15, alinéa 1^{er}, le législateur de l'OHADA n'avait pas en vue de bouleverser complètement le règlement des questions de droit applicable dans les litiges privés internationaux – ni, a fortiori, de poser le problème du droit applicable pour des litiges pour lesquels cette question ne se pose pas – même soumis à l'arbitrage. Il reviendra donc aux arbitres de limiter considérablement le champ d'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 15 en ce qu'il autorise le choix du droit applicable par les parties.

La première proposition contenue dans l'article 15 alinéa 1^{er} – le choix du droit applicable par les parties – consacre la loi d'autonomie telle qu'elle est entendue en droit international privé des contrats. La deuxième proposition vise l'hypothèse où les parties n'ont exprimé aucun choix. Si pour un litige contractuel international, les parties n'ont exprimé aucune volonté quant au droit applicable, l'article 15 autorise les arbitres – mais ne les oblige pas – à utiliser la technique de la voie directe qui leur permet de choisir directement – sans avoir à utiliser une règle de conflit de lois – les règles les plus appropriées. Il est intéressant d'observer qu'à propos du même problème,

⁷ En ce sens, voy. J.M. JACQUET, *Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 197

l'article 17, alinéa 1^{er} du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. oblige les arbitres à utiliser une règle de conflit de lois puisque l'arbitre devra appliquer « la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ».

En visant les règles de droit – soit désignées par les parties, soit choisies par les arbitres-, et non simplement les lois – étatiques -, l'alinéa 1^{er} autorise sans nul doute que le litige contractuel international soit réglé au moyen de règles juridiques nationales, souvent désignées par l'expression de *lex mercatoria*.

L'application par les arbitres des usages du commerce international doit naturellement être limitée aux litiges ayant un caractère à la fois commercial et international. Cette restriction est implicitement – mais certainement – exprimée par l'utilisation de l'expression « le cas échéant ». Ceci réserve donc l'hypothèse où le litige n'aurait un caractère ni commercial, ni international.

Section 2 : L'amicable composition

La mission d'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'article 15, alinéa 2, de l'acte uniforme sur l'arbitrage dispose que les arbitres « peuvent ... statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir ». 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 mixtes (Etat-personne privée), est aujourd'hui utilisée dans les arbitrages privés où elle a la même signification que l'amicable composition. L'expression « d'arbitrage en équité » a également la même portée. Les clauses par lesquelles les parties confient aux arbitres la mission d'amicable 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'amicable composition de sorte qu'il n'y a aucune contradiction à combiner la référence à une loi et le statut d'amicable compositeur pour l'arbitre. Cela signifie que la loi nationale choisie est appliquée mais soumise au filtre de l'équité tel qu'apprécié par les arbitres. Certaines formulations sont ambiguës sur la volonté réelle des parties de recourir à l'amicable composition. Ainsi, en est-il des clauses qui stipulent que les arbitres auront recours « aux principes généraux du droit universellement acceptés comme régissant les relations contractuelles » ou « aux principes généraux du droit et de la justice ». Le pouvoir d'amicable compositeur étant exceptionnel, la convention des parties sur ce point doit être tout à fait explicite. Dans le doute, il faut considérer que telle n'a pas été la volonté des parties.

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 pas, a priori, le recours aux règles légales sauf à considérer - hypothèse évidemment absurde - que 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 les 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 différend 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 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 contrat (par exemple, étaler dans le temps l'exécution des obligations ou réduire le taux d'intérêt conventionnel) sans pouvoir modifier, au moins substantiellement, les obligations contractuelles.

TITRE IV : LES VOIES DE RECOURS, L'EXEQUATUR ET LA RECONNAISSANCE DES SENTENCES ARBITRALES

La principale voie de recours ouverte contre une sentence arbitrale, dans le droit OHADA de l'arbitrage est le recours en annulation (Chapitre 1). Deux autres voies de recours extraordinaires sont cependant ouvertes dans certaines conditions (Chapitre 2). La reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale (Chapitre 3) conditionnent l'essentiel des effets qui peuvent être attachés à une sentence arbitrale.

Chapitre 1 : Le recours en annulation

Le recours en annulation pose d'abord le problème du champ d'application de ce recours (Section 1), il faudra ensuite examiner la procédure (Section 2) et les moyens (Section 3) de cette voie de recours

Section 1 : Champ d'application du recours en annulation

Le champ d'application du recours en annulation doit être examiné d'un point de vue spatial et matériel.

Du point de vue matériel, 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 fût-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 nullité. L'article 11, alinéa 3, de l'acte uniforme sur l'arbitrage 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 partielles.

Du point de vue spatial, l'acte uniforme sur l'arbitrage ne précise pas les sentences qui sont sujettes au recours en annulation tel qu'il est organisé par le droit de l'OHADA. On peut donc se référer à l'article 1^{er} de l'acte qui fixe le champ d'application de la législation uniforme par rapport 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. On hésite cependant sur le sens qu'il faut attribuer à la notion de siège. Plus précisément, la question se pose de savoir si une sentence rendue par un tribunal arbitral dont le siège territorial est situé dans un Etat tiers de l'OHADA, alors que la sentence a été rendue sur le fondement de l'acte uniforme - parce que les parties ont choisi le droit de l'OHADA comme loi de leur arbitrage - , peut faire l'objet d'un recours en annulation dans un Etat de l'OHADA. La Convention New York retient expressément une telle éventualité puisque son article V § 1 e évoque une sentence annulée « par

une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel ⁸ la sentence a été rendue ». Il faut cependant remarquer que telle ne semble pas être la solution généralement retenue en droit comparé. De plus, d'un point de vue technique, une telle extension pourrait engendrer des conflits de compétence. Il pourrait en être ainsi si la sentence est par exemple annulée dans un Etat de l'OHADA alors que la même sentence aurait été validée dans l'Etat du siège territorial ou inversement.

Section 2 : La procédure du recours en annulation

La procédure du recours en annulation est visée par les articles 25, 27 et 28 de l'acte uniforme. Le recours doit être introduit dans le mois de la signification de la sentence munie de l'exequatur ; il peut être introduit dès le prononcé de la sentence. Bien que l'acte ne le mentionne pas, la procédure doit très certainement avoir un caractère contradictoire. Le recours doit être porté devant " le juge compétent dans l'Etat partie " (art. 25, al. 2, AU.A). Il reviendra à la législation de procédure civile de chaque Etat de préciser la juridiction compétente. Cette précision n'a pas encore été introduite dans la législation burkinabè.

Aux termes de l'article 28 de l'Acte uniforme, le recours en annulation a un effet suspensif . 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. On verra en effet⁹ que la règle posée par l'article 32, alinéa 2, de l'acte uniforme selon laquelle " l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours " doit s'entendre de l'absence de recours direct.

Les effets de l'annulation sont précisés par l'article 29 de l'acte uniforme. Celui-ci dispose : " En cas d'annulation de la sentence arbitrale, il appartient à la partie la plus diligente d'engager, si elle le souhaite, une nouvelle procédure arbitrale ... ". La juridiction étatique, ayant annulé la sentence, ne dispose pas du pouvoir d'évocation. Ceci participe du souci de préserver la volonté initiale des parties de voir leur litige tranché par un tribunal arbitral. 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 le caractère exécutoire de la sentence. L'article 33 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. (art. 25, al. 3 AU.A).

⁸ Souligné par nous

⁹ Voy. ci-dessous chapitre 3

Ceci permettra, conformément aux objectifs poursuivis par le Traité constitutif de l'OHADA, d'assurer une interprétation uniforme des dispositions législatives uniformes sur le droit de l'arbitrage.

Section 3 : Les moyens du recours en annulation

Les moyens de recours en annulation sont énumérés par l'article 26 de l'acte sur l'arbitrage. Le premier motif porte sur l'absence ou l'expiration de la convention d'arbitrage. Derrière une formulation peu heureuse, c'est, en réalité, la compétence de l'arbitre qui est, ici, en cause. On sait que l'arbitre est compétent pour statuer sur sa compétence. Cette « compétence-compétence » ne s'exerce cependant que dans les limites du contrôle étatique effectué dans le cadre du recours en annulation. L'inexistence de la convention d'arbitrage est relativement rare. Elle pourrait, par exemple, résulter de l'inexistence du consentement relativement au contrat principal contenant une convention arbitrale. L'absence de convention d'arbitrage se manifestera, le plus souvent, lorsqu'il s'agira d'apprécier, moins l'existence de la convention, que son inefficacité. Cette inefficacité peut se mesurer par rapport aux parties ou par rapport au litige tranché par les arbitres. 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 l'expiration du délai d'arbitrage.

Le deuxième motif d'annulation porte sur la composition irrégulière du tribunal arbitral ou la désignation irrégulière de l'arbitre unique. Le vice peut affecter la personne d'un arbitre ou affecter la procédure de constitution de la juridiction arbitrale. Tel serait, par exemple, le cas si l'égalité des parties n'a pas été respectée lors de la constitution du tribunal arbitral.

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 sur 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 CCJA 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 l'annulation 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 – 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. Quand au fond du litige, 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 de nullité porte sur le non respect du principe de contradictoire. Ce principe, intimement lié aux principes d'égalité des parties et de la possibilité pour chacune d'elle de se 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 d'annulation est 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 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 régional 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 où l'annulation de la sentence est requise.

Le sixième moyen d'annulation porte sur l'absence de motivation de la sentence. Tel qu'il est libellé dans l'article 26 de l'acte uniforme, seul le défaut de motifs est sanctionné. Ceci suppose une sentence arbitrale dépourvue de motifs dans son libellé. On peut donc considérer cette règle comme une règle de forme. Elle vise à assurer que le texte de la sentence répond aux prétentions et moyens des parties. Faut-il assigner à ce moyen une portée plus profonde qui permettrait de sanctionner la contradiction des motifs, voire leur caractère erroné ? Toute interprétation en ce sens aurait nécessairement pour conséquence de soumettre la sentence, dans le cadre du recours en annulation, à un examen au fond. En effet, les motifs sont les

raisons de fait et de droit qui justifient le dispositif. Un 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 recours en annulation ne doit pas être perçu comme devant permettre un réexamen du litige ou une appréciation de la pertinence du raisonnement juridique suivi par les arbitres. Il faut donc considéré que le bien fondé des motifs ou de leur contradiction échappe, en principe, au contrôle du juge de l'annulation. On pourrait cependant réserver les hypothèses où la contradiction ou l'insuffisance de la motivation sont telles que cela équivaut à une absence de motivation.

Chapitre 2 : Les voies de recours extraordinaires

Les voies de recours extraordinaires prévues par le droit OHADA de l'arbitrage sont la révision (Section 1) et la tierce-opposition (Section2).

Section 1 : La révision

L'article 25, alinéa 5, de l'acte uniforme prévoit que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision " 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 ". 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. Celle-ci peut résulter d'une fraude de l'une des parties ou d'une cause qui n'est pas imputable à l'une des parties. Le recours en révision dans le droit OHADA de l'arbitrage n'a ainsi pas pour objet exclusif de sanctionner l'erreur résultant d'une fraude.

L'acte uniforme est quasiment muet sur les conditions procédurales du recours en révision. Il est seulement précisé qu'il est porté devant le tribunal arbitral (art. 25, al. 5, AU.A). Ceci suppose que le tribunal arbitral puisse encore être réuni. Si cette condition ne peut être remplie, le recours devrait pouvoir être porté devant une juridiction étatique du siège du tribunal arbitral.

L'acte uniforme ne précise pas le délai de forclusion pour l'exercice du recours en révision. Ce délai ne peut logiquement courir qu'à compter du jour où le demandeur en révision a eu connaissance du fait invoqué à l'appui de sa demande.

L'acte uniforme ne précise pas davantage les effets du recours en révision. Conformément au principe même de la révision, ce recours a nécessairement un effet dévolutif puisqu'il remet en cause la chose jugée par le tribunal arbitral pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Ceci suppose que les parties à l'instance arbitrale initiale soient appelées à l'instance en révision.

Bien que l'acte uniforme ne le précise pas, il faut considérer que le recours en révision est possible contre une sentence qui a fait l'objet d'un recours en annulation. Le recours en révision ne sera, toutefois, examiné que si et lorsque le recours en annulation a été rejeté. Réciproquement, le recours en annulation ne devrait être examiné que lorsqu'il aura été statué sur le recours en révision lorsque la sentence, sujette à un recours en annulation, a fait l'objet d'un recours en révision.

Section 2 : La tierce-opposition

L'article 25, alinéa 4, de l'acte uniforme introduit le recours de tierce-opposition " devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits ".

Les tiers, qui peuvent utiliser cette voie de recours, doivent être définis de la même façon qu'en matière contractuelle. Il doit s'agir de personnes qui n'ont été ni parties, ni représentées à la convention d'arbitrage et à la sentence qui en résulte. Il faut, en outre, que le tiers n'ait pas été appelé à l'instance arbitrale (art. 25, al. 4 A.U.A). Cette condition atténue l'absence d'intervention forcée en matière d'arbitrage. Du fait de sa nature contractuelle, l'intervention forcée est exclue en matière d'arbitrage ; seule l'intervention volontaire est possible. Cependant, si le tiers a été appelé et qu'il a refusé d'intervenir, l'article 25, alinéa 4, lui ferme la voie de la tierce-opposition. Le tiers-oppoant doit justifier l'existence d'un préjudice que le dispositif de la sentence a pu lui causer. Ce pourrait être, par exemple, un codébiteur solidaire qui n'a pas été appelé à l'instance, ou un nu-propriétaire face à une sentence qui a autorisé un usufruitier à consentir un bail commercial, ou encore un titulaire d'un droit de crédit-bail à l'encontre d'une sentence qui a constaté la vente de la chose, objet du crédit-bail.

La seule disposition procédurale relative à la tierce-opposition, contenue dans l'acte uniforme, est que ce recours doit être porté devant le tribunal arbitral. Ceci pose les mêmes problèmes et appelle sans doute les mêmes solutions que pour la révision lorsque le tribunal arbitral ne peut plus être réuni (Voy.ci-dessus, Section 1). Aucun délai pour agir n'est précisé par l'acte uniforme. Ceci obligera les arbitres à tenir compte du délai prévu par la législation de procédure civile du siège de l'arbitrage. L'instance de tierce-opposition devra être introduite selon les formes de la demande d'arbitrage. Les effets de la tierce-opposition, non précisés par l'acte uniforme, seront ceux prévus par les législations de procédure civile, c'est-à-dire, en principe l'absence d'effet suspensif, et un effet dévolutif. Si la tierce-opposition réussit, la sentence sera rétractée par le tribunal arbitral à l'égard du tiers-oppoant et pour ce qui concerne les dispositions qui lui sont préjudiciables

Chapitre 3 : La reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales

Tous les effets d'une sentence arbitrale ne sont pas conditionnés par l'exequatur de celle-ci. On s'attachera, en premier lieu, à préciser les effets qui ne sont pas conditionnés par une procédure d'exequatur (Section 1). Ensuite, il sera nécessaire d'identifier le champ d'application et les conditions de fond de la reconnaissance et de l'exequatur dans l'acte uniforme (Section 2) avant d'évoquer la procédure d'exequatur et ses effets (Section 3). En raison de ce que l'examen du champ d'application des dispositions de l'acte uniforme sur la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales nous aura appris que toutes les sentences arbitrales ne sont pas comprises dans ce champ d'application, des développements devront être consacrés au droit conventionnel de la reconnaissance et de l'exequatur (Section 4).

Section 1 : Les effets d'une sentence non conditionnés par l'exequatur

Les effets d'une sentence non conditionnés par son exequatur sont la force décisive de la sentence d'une part et sa reconnaissance d'autre part.

La force décisive signifie que la sentence dessaisit l'arbitre du litige tranché. Le dessaisissement de l'arbitre se produit même si la sentence fait l'objet d'un recours en annulation et est annulée à la suite de ce recours.

Le dessaisissement du tribunal arbitral connaît un certain nombre de limites exposées aux articles 22 de l'acte uniforme. Ces limites tiennent à l'interprétation de la sentence, à la rectification d'erreurs matérielles affectant la sentence et à la possibilité de rendre des sentences additionnelles afin de compléter une sentence incomplète. La rectification d'erreurs matérielles peut, par exemple, porter sur des erreurs de saisie dans le texte de la sentence ou de calcul dans l'allocation de dommages-intérêts. En aucun cas, les arbitres ne peuvent modifier la sentence sous couvert de rectification d'une erreur matérielle. La sentence additionnelle suppose que l'arbitre a omis de statuer sur un chef de demande. L'arbitre ne dispose, par contre, pas du pouvoir de rectifier sa sentence s'il a statué *ultra* ou *extra petita*. Dans ces hypothèses, la sentence est sujette à un recours en annulation. La sentence additionnelle suppose qu'il n'y ait pas de contestation sur l'omission. De même, il ne faut pas que le chef de demande soit indissociable des points déjà tranchés.

Dans tous les cas, l'arbitre ne peut rendre une sentence interprétative, rectificative ou additionnelle que s'il a été saisi, à cet effet, par l'une des parties. La demande de la partie- improprement qualifiée de requête par l'article 22 alinéa 4 de l'Acte du 11 mars 1999- doit être adressée dans les 30 jours suivant la notification de la sentence arbitrale. Le tribunal arbitral dispose d'un délai de 45 jours pour statuer (art. 22, al. 4 A.U.A.). Les sentences rendues aux fins d'interprétation, de rectification ou d'addition doivent donner lieu à un débat contradictoire préalable. Faute de cela, ces sentences encourent une annulation.

L'exercice du pouvoir d'interprétation, de rectification ou de complément peut soulever des difficultés procédurales dans deux situations. La première situation envisage l'hypothèse d'une demande en interprétation, rectification ou complément, alors qu'un recours en annulation est introduit contre la sentence. On peut se poser la question de savoir si, dans ce cas, le pouvoir de l'arbitre d'interpréter, de corriger ou de compléter sa sentence disparaît ou, au contraire, est maintenu. L'acte uniforme n'apporte aucune réponse. En France, il a été suggéré, dans une telle situation, de distinguer selon que le recours formé contre la sentence avait ou n'avait pas un effet dévolutif. Si le recours a un effet dévolutif, le pouvoir de l'arbitre disparaît. Ce pouvoir est, par contre, maintenu si le recours exercé contre la sentence ne présente pas d'effet dévolutif. Dans ce cas, la juridiction, saisie du recours, doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait interprété, rectifié ou complété sa sentence. Si l'on retient ce principe de solution, le recours en annulation, organisé par les articles 26 et suivants de l'acte uniforme, n'ayant pas d'effet dévolutif, n'empêcherait pas l'arbitre de prendre une sentence interprétative, rectificative ou additionnelle. La deuxième difficulté procédurale résulte de l'impossibilité de réunir le tribunal arbitral ayant statué par exemple parce qu'un arbitre est décédé, ou empêché ou plus généralement dans l'impossibilité de siéger. L'article 22, alinéa 5, de l'acte uniforme prévoit, dans ce cas, que le pouvoir d'interprétation, de rectification ou de complément " appartient au juge compétent dans l'Etat partie ".

La reconnaissance d'une sentence arbitrale - ou d'un jugement étranger - signifie la reconnaissance par le juge ou une autorité publique de l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale - ou du jugement étranger -. La reconnaissance de l'autorité de la chose jugée ne nécessite pas une procédure d'exequatur. Le juge ou l'autorité publique devant laquelle on invoque l'autorité de la chose jugée de la sentence devra s'assurer que celle-ci remplit les conditions de fond de la reconnaissance qui, logiquement, doivent être les mêmes que les conditions de fond de l'exequatur. En effet, à défaut d'identité de conditions, une sentence pourrait être reconnue - entraînant par là même la possibilité d'être invoquée au soutien d'une exception de chose jugée- et refusée à l'exequatur - entraînant en cela l'impossibilité d'exécution forcée de la sentence. On aura compris qu'une telle situation aboutirait à une forme de déni de justice et une situation « d'impunité » injustifiée pour l'éventuel débiteur qui aurait été condamné dans la sentence.

Du point de vue procédural, la reconnaissance d'une sentence arbitrale sera normalement effectuée, à titre incident, par le juge - ou l'autorité publique - devant laquelle la sentence est invoquée, non dans sa force exécutoire, mais du point de vue de ce que la sentence a tranché, c'est-à-dire de l'autorité de la chose jugée de la sentence. Par exemple, si à l'occasion d'une procédure judiciaire, une partie émet une prétention contraire à ce qui a été statué dans une sentence arbitrale, l'autre partie lui opposera la sentence ; le juge examinera, à titre incident, l'autorité de la chose jugée de la sentence. Cet exemple s'inspire de l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire

celui qui permet de soulever l'exception de chose jugée dans l'hypothèse où un litige tranché par une juridiction arbitrale serait à nouveau porté devant une juridiction. On peut également imaginer un exemple tiré de l'effet positif de l'autorité de chose jugée. Celui-ci recouvre le fait que la sentence constitue un titre qui permet la mise en œuvre de mesures conservatoires. Ainsi, un juge devant lequel il serait présenté une demande de saisie-attribution de créances (art. 77 et S. de l'AU.RVE) devrait vérifier l'autorité de chose jugée qui s'attache à la sentence, en d'autres termes procéder à une reconnaissance de celle-ci. On pourrait enfin imaginer une partie qui, à titre principal, introduirait une action en reconnaissance - dite action en opposabilité - de la sentence arbitrale afin d'être rassurée quant à la régularité internationale de cette sentence. La procédure à suivre pour obtenir cette reconnaissance de la sentence devrait être identique à la procédure d'exequatur. En outre, on a déjà mentionné et on reviendra sur le fait que les conditions de fond de cette reconnaissance sont identiques à celles de l'exequatur. On aura compris que l'intérêt d'une telle action principale en reconnaissance de la sentence ne présente pas beaucoup d'intérêt. Il vaut mieux invoquer directement la force exécutoire de la sentence et requérir, à cet effet, son exequatur.

Section 2 : Le champ d'application et les conditions de fond de la reconnaissance et de l'exequatur

Il importe préalablement d'identifier précisément les sentences reconnues et exequaturées selon les dispositions de l'acte uniforme. Il s'agit d'abord des sentences rendues sur le fondement de l'acte uniforme. Cela recouvre les sentences où le siège du tribunal arbitral se trouve dans un Etat partie. Cela recouvre aussi les sentences où le siège du tribunal arbitral se trouve dans un Etat tiers mais où l'acte uniforme a été choisi par les parties en tant que loi de procédure. De 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 différentes de 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. L'article 34 de l'acte uniforme prévoit, à cet effet, que " 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 " ¹⁰. Il faut exclure de ces deux catégories de sentences - rendues sur le fondement de l'acte uniforme ou de règles différentes mais ne relevant pas d'une convention internationale - les sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage organisé par la C.C.J.A. Les " sentences C.C.J.A. " sont, en effet, soumises à des règles spéciales pour leur reconnaissance et leur exequatur (articles 30 et S. du R.A.C.C.J.A.).

¹⁰ Souligné par nous

Les conditions de fond de l'exequatur - et de la reconnaissance - sont, d'une part, la preuve de l'existence de la sentence arbitrale, d'autre part, la non-contrariété de la sentence à une règle d'ordre public international des Etats parties. Ces conditions sont énoncées par les alinéas 2 et 4 de l'article 31 de l'acte du 11 mars 1999. La preuve de l'existence de la sentence est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage. Il est admis de produire des copies de la sentence et de la convention d'arbitrage pour autant que ces copies réunissent les conditions nécessaires à leur authenticité. Ces documents seront, le cas échéant, traduits en français. Le juge étatique chargé de l'exequatur - ou saisi, le plus souvent à titre incident, 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'arbitrage. La deuxième condition a trait au contenu de la sentence. Il faut que la sentence ne soit pas "manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats-parties". La condition peut paraître a priori ambiguë. L'ordre public, auquel la sentence ne peut porter atteinte, est-il l'ordre public au sens du droit international privé - donc "l'ordre public de l'ordre public" - de l'Etat où la reconnaissance ou l'exequatur est requis ? S'agit-il, au contraire, d'un ordre public commun aux différents Etats de l'OHADA, donc d'une certaine manière d'un ordre public régional ? Le fait que l'acte uniforme évoque l'ordre public international des Etats parties - et non de l'Etat partie - incline à penser que la deuxième interprétation doit être retenue. Ensuite, le fait que la décision qui refuse l'exequatur n'est passible que d'un pourvoi en cassation devant la C.C.J.A. (art. 32 AU.A) implique que cet ordre public devrait plutôt être concrétisé d'un point de vue régional ou communautaire plutôt que d'un point de vue national.

Section 3 : La procédure et les effets de l'exequatur

L'acte uniforme ne régit 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 partie" (art. 30 AU.A). Le droit uniforme renvoie ici 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.

L'exequatur conditionne la force exécutoire de la sentence. L'effet de l'exequatur est donc de conférer force exécutoire à la sentence. Ceci s'explique par le fait que la sentence est un acte rendu par des personnes privées et, comme tel, dépourvue d'*imperium*. Les mesures d'exécution forcée seront celles du droit où la sentence a été exécuturée et doit donner lieu à une exécution forcée. Rien n'interdit, évidemment, de procéder à une exécution volontaire de la sentence qui, de cette manière, ne nécessitera pas d'exequatur. Le tribunal arbitral peut accorder l'exécution provisoire (art. 24 AU.A). Celle-ci ne peut cependant pas être prononcée d'office ; il faut qu'elle ait été sollicitée. Lorsque l'exécution provisoire a été demandée, l'arbitre

peut la refuser par une décision motivée. L'acte uniforme est muet sur les conditions de l'exécution provisoire. Il ne précise pas davantage si son prononcé peut être subordonné à la constitution d'une garantie. En l'absence de précisions, il est possible - et probable - que les arbitres s'inspireront des règles qui gouvernent l'exécution provisoire des jugements.

“ La décision qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours ” (art. 32, al. 2 AU.A). Cette disposition s'explique par le fait que le recours en annulation contre la sentence (art. 25 et s. AU.A) est, en réalité, indirectement un recours contre la décision ayant accordé l'exequatur. En effet, aux termes de l'article 32, alinéa 3 de l'acte uniforme, “ le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit ... recours contre la décision ayant accordé l'exequatur ”. On peut donc affirmer que 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'exequatur, 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 ” (art. 32, al. 1er AU.A). Le délai du pourvoi en cassation est de deux mois à compter de la signification de la décision (art. 28.1 du Règlement de procédure de la C.C.J.A.). 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.

Section 4 : Le droit conventionnel de la reconnaissance et de l'exequatur

Les conventions internationales pertinentes sont principalement la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI et les conventions interafricaines de coopération et d'entraide judiciaire ainsi que les accords judiciaires bilatéraux passés entre la France et plusieurs Etats de l'OHADA.

En vertu de l'article 34 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, hormis le cas particulier des sentences CIRDI, ces conventions ne trouveront à s'appliquer qu'aux seules sentences rendues sur le fondement de règles différentes de celles de l'acte uniforme et dont la reconnaissance ou

l'exécution est requise dans un Etat de l'OHADA, partie à une des conventions citées ci-dessus, pour autant que la convention soit, en l'espèce, applicable. A contrario, ces conventions ne seront plus applicables lorsqu'il s'agira de reconnaître ou d'exécuter dans un Etat de l'OHADA une sentence rendue sur le fondement des règles de l'acte uniforme. Cela implique que les conventions interafricaines de coopération et d'entraide judiciaire – dont plusieurs renvoient d'ailleurs à la Convention de New York du 10 juin 1958 en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales – ne trouveront plus que rarement à s'appliquer. Presque tous les Etats parties à ces conventions sont des Etats membres de l'OHADA et on peut penser que les sentences rendues dans ces Etats le seront, le plus souvent, sur le fondement des règles de l'acte uniforme. Par contre, les dispositions portant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans les accords judiciaires que la France a passés avec certains Etats de l'OHADA continueront à s'appliquer pour les sentences rendues en France ou d'après la loi française de procédure et dont la reconnaissance ou l'exequatur est requis dans un Etat de l'OHADA. S'agissant de la Convention de New York, elle continuera à s'appliquer aux sentences rendues dans un Etat tiers à l'OHADA et dont l'efficacité est requise dans un Etat de l'OHADA, partie à la Convention de New York. Il faut relever le caractère peu compatible de l'article 34 de l'acte uniforme avec les objectifs poursuivis par la Convention de New York tels qu'ils ressortent de l'article 7, § 1er.

On examinera pas en détail la substance des dispositions de la Convention de New York du 10 juin 1958. On se limitera à quelques indications essentielles.

L'Etat d'origine de la sentence, dans la convention, désigne l'Etat dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue. L'Etat d'accueil de la sentence désigne l'Etat où la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence est invoqué.

Les dispositions de la convention relatives à la reconnaissance et l'exécution supposent, pour s'appliquer, le caractère obligatoire de la sentence (art. V, § 1 c). En outre, la sentence ne doit pas, dans l'Etat d'origine, avoir été annulée ou suspendue (art. V, § 1 e). Si la sentence n'a pas été annulée ou suspendue dans l'Etat d'origine, mais y fait l'objet d'une procédure tendant à son annulation ou à sa suspension, l'autorité de l'Etat où la sentence est invoquée pour la reconnaissance ou l'exécution forcée " 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 " (art. VI). Cette disposition permet à l'autorité de l'Etat d'accueil de la sentence d'apprécier discrétionnairement le sérieux des griefs invoqués dans l'Etat d'origine pour justifier une annulation ou une suspension de la sentence. Si cette autorité estime que les griefs sont effectivement sérieux, et donc que la sentence court des risques réels d'être annulée ou suspendue, elle peut surseoir à

statuer sur l'exécution forcée ou n'accorder cette exécution que moyennant la constitution d'une sûreté.

La Convention de New York ne règle pas la procédure d'exequatur ou de reconnaissance ; elle renvoie, sur ce point, " aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée ... " (art. III). Elle précise cependant que la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales visées dans la convention ne doit pas donner lieu à l'imposition " de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales " (art. III). Le demandeur à la reconnaissance ou à l'exequatur de la sentence doit fournir un original de la sentence et de la convention d'arbitrage, le cas échéant traduit dans la langue officielle de l'Etat d'accueil de la sentence. La convention admet également la production de copies de ces documents pour autant qu'elles réunissent les conditions de l'authenticité.

L'élément essentiel de la convention est contenu dans l'article V qui pose les conditions de fond de la reconnaissance et de l'exequatur. L'article V distingue deux types de causes de refus d'exequatur ou de reconnaissance : celles dont la preuve doit être établie par le défendeur, c'est-à-dire la personne contre laquelle la sentence est invoquée, et celles qui peuvent être soulevées d'office par l'autorité de l'Etat d'accueil de la sentence. Les premières causes de refus d'exequatur ou de reconnaissance sont énumérées par le paragraphe 1 de l'article V. Il s'agit de : 1°) l'incapacité des parties à la convention d'arbitrage en vertu de la loi gouvernant leur capacité ou l'invalidité de cette convention en vertu, soit de la loi applicable, soit de celle du pays où la sentence a été rendue ; 2°) de la violation du caractère contradictoire de la procédure ; 3°) du dépassement par la sentence des termes de la convention d'arbitrage ; 4°) du non-respect de la convention des parties dans la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage ou, à défaut de convention, du non-respect des stipulations prévues à cet effet par la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; 5°) du caractère non obligatoire de la sentence ou de l'annulation ou de la suspension de celle-ci par l'autorité compétente de l'Etat d'origine de la sentence. Les causes de refus de reconnaissance ou d'exequatur, qui peuvent être soulevées d'office par l'autorité de l'Etat d'accueil de la sentence, sont au nombre de deux. Il s'agit 1°) du caractère non arbitral du litige d'après la loi de l'Etat d'accueil de la sentence ; 2°) de la contrariété de la sentence à l'ordre public au sens du droit international privé de l'Etat d'accueil de la sentence. Au terme de cette présentation très sommaire des conditions de fond du refus de reconnaissance et d'exequatur des sentences arbitrales dans le système conventionnel de New York de 1958, on constate que le régime de reconnaissance et d'exécution est beaucoup plus sévère que celui élaboré par l'acte uniforme OHADA. On a vu que, dans le système OHADA, le juge, saisi d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur, devait seulement s'assurer de l'existence de la sentence arbitrale et de sa non-contrariété à l'ordre public international des Etats parties à l'OHADA. Or, le droit OHADA s'appliquera aux sentences rendues dans des Etats tiers à l'OHADA dont

l'Etat d'accueil est un Etat de l'OHADA non partie à la Convention de New York. On ne peut s'empêcher de trouver curieux cet extrême libéralisme à l'endroit de telles sentences et de juger qu'il est étrange d'introduire une telle distorsion par rapport à l'accueil des sentences dans les Etats de l'OHADA parties à la Convention de New York.

DEUXIEME PARTIE : TEXTES NORMATIFS

Les textes normatifs reproduits sont :

1° l'Acte uniforme OHADA du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage (J.O. OHADA, 15 mai 1999, p. 2 et s.) ;

2° le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA du 11 mars 1999, (J.O. OHADA, 15 mai 1999, p. 9 et s.) ;

3° la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

TABLEAU DES TEXTES REPRODUITS

TROISIEME PARTIE : BIBLIOGRAPHIE

1° BIBLIOGRAPHIE SUR L'ARBITRAGE

1. AMOUSSOU-GUENOU R., Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne, thèse, Paris II, 1995
2. L'arbitrage et le droit européen. Actes du colloque international du CEPANI, 25 avril 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997
3. BOISSESON M. de, Le droit français de l'arbitrage interne et international, préf. P. BELLET, G.L.N. Joly, 1990
4. BUDIN R.Ph., Les clauses arbitrales internationales bipartites, multipartites et spéciales de l'arbitrage "ad hoc" et institutionnel. Clauses modèles, Lausanne, Payot, 1993
5. DAVID R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1981
6. EL-AHDAB A.H., L'arbitrage dans les pays arabes, Préf. J. ROBERT, Paris, Economica, 1988
7. FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996
8. GAVALDA C. et LUCAS DE LEYSSAC C., L'arbitrage, Paris, Dalloz, 1993
9. GOUIFFES, GIRARD P., TAIYALKOSKI P., MECARELLI G., Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé, Préf. B. OPPETIT, H. GAUDEMET-TALLON, Ph. FOUCHARD, Paris, L.G.D.J., 1997
10. GUYON Y., L'arbitrage, Paris, Economica, 1995
11. HUYS M., KEUTGEN G., L'arbitrage en droit belge et international, Bruxelles, Bruylant, 1981
12. JAROSSON Ch., La notion d'arbitrage, Préf. B. OPPETIT, Paris, L.G.D.J., 1987
13. KASSIS A., Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, t. I, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.J., 1987
14. KASSIS A., Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Les déviations de l'arbitrage institutionnel, Paris, L.G.D.J., 1988
15. LALIVE P., POUDRET J.F., REYMOND C., Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne, Payot, 1989
16. LESGUILLONS H., Lamy contrats internationaux, t. 7. Prévention et règlement des litiges par S. JARVIN
17. LINANT DE BELLEFONDS X. et HOLLANDE A., L'arbitrage, Paris, PUF, 1995
18. LINSMEAU J., L'arbitrage volontaire en droit privé belge, Préf. G. KEUTGEN, Bruxelles, Bruylant, 1991
19. MOTULSKY H., Ecrits. t. II. Etudes et notes sur l'arbitrage, Préf. B. GOLDMAN et Ph. FOUCHARD, Paris, Dalloz, 1974
20. REDFERN A., HUNTER M. (avec le concours de M. SMITH), Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, (traduit de l'anglais par E. ROBINE), Paris, L.G.D.J., 1994
21. ROBERT J., L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé, avec la collaboration de B. MOREAU, Paris, Dalloz, 1993
22. RUBELLIN-DEVICHI J., L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé, Préf. J. VINCENT, Paris, L.G.D.J., 1965
23. SANDERS P., VAN DEN BERG A.J., The Netherlands Arbitration Act 1986, Kluwer, 1987

24. VAN DEN BERG A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, 1981

2° Bibliographie spécifique sur l'arbitrage OHADA

1. ANCEL J.P., L'arbitrage et la coopération du juge étatique, *Rec.Penant*, n° 833, mai-août 2000
2. AMOUSSOU GUENOU R., L'arbitrage dans le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), *Rev. dr. aff. int.*, 1996, p. 321 et s.
3. AMOUSSOU GUENOU R., L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international, *Rev. camerounaise Arb.*, 1998, n° 3, p. 3 et s.
4. BOURDIN R., Le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A., *Rev. camerounaise Arb.*, 1999, n° 5, p. 10 et s.
5. DIENG Amadou, Le nouveau droit de l'arbitrage en Afrique, *Rev. camerounaise Arb.* 2001, p. 20
6. DIENG A., L'arbitrage dans l'espace OHADA : le recours à l'arbitrage et la création de centres d'arbitrage au niveau national, Cotonou, atelier régional sur l'OHADA, 1999
7. DOSSOU R., L'arbitrage OHADA. Historique et objectifs, 11e Congrès de la Conférence Internationale des barreaux, Ouagadougou 10-13 déc. 1996, Doc. dact., Ouagadougou, 1996
8. FENEON A., Le droit de l'arbitrage, commentaire de l'Acte uniforme de l'OHADA, Edicef, 2000
9. FOUCHARD Ph., Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage, *in Petites Affiches*, *Le Quotidien juridique*, n° 205, p.52
9. ISSA-SAYEGH J., Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA, *Rev. camerounaise Arb.*, 2001, n° spécial, p. 22 et s.
10. KENFACK-DOUAJNI G., L'incidence du système OHADA sur le droit camerounais de l'arbitrage, *Rev. camerounaise Arb.*, 1998, n° 1, p. 3 et s.
11. KENFACK-DOUAJNI G., L'arbitrage C.C.J.A., *Rev. camerounaise Arb.*, 1999, n° 6, p. 3 et s.
12. KENFACK-DOUAJNI G., La portée abrogatoire de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, *Rev. camerounaise Arb.*, 2001, n° spécial, p. 28 et s.
13. KENFACK-DOUAJNI G., Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA, *Rev. camerounaise Arb.*, 2001, n°12, p. 3 et s.
14. KENFACK-DOUAJNI G., Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA, *Rec. Penant*, n° 833
15. KENFACK-DOUAJNI G. et IMHOOS C., L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA, *Rev. camerounaise Arb.*, 1999, n° 5, p. 3 et s.
16. KENFACK-DOUAJNI G. et IMHOOS C., Le Règlement d'arbitrage de la CCJA, *Rev. dr. aff. int.* 1999, p. 825 et s.
17. LOHOUES-OBLE J., *in OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 1999
18. LEBOULANGER Ph., L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, *Rev. Arb.*, 1999, p. 541 et s.
19. MALLE A., *La coopération du juge dans la procédure arbitrale*, Bruxelles, Bruylant, 2000

20. MEYER P., L'acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage (organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires), Rev.dr.aff.int., 1999, p. 629 et s.
21. MEYER P. , Droit de l'arbitrage, Coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, Bruylant, 2002
22. MEYER P., Commentaires de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 sur le droit de l'arbitrage, du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage du 11 mars 1999 in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002, p. 95 et s., 2^{ème} éd.2008, p.109 et s.
- 23 N'GOUIN CLAIH Lucien Mathieu, L'exécution des sentences arbitrales et es voies de recours, Etudes offertes au Professeur Joseph ISSA-SAYEGH, AIDD, 2006, p. 24 et s.
24. L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René Jean Dupuy pour le droit et le développement, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2000
25. PILKINGTON N. et THOUVENOT S., Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage, La Semaine juridique, Ed. E., Cahiers de droit de l'entreprise, supplément au n° 44 du 28 octobre 2004, p. 28
26. POUGOUE P.G., TCHAKOUA J.M., FENEON A.Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2000
27. POUGOUE P.G., La reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale OHADA, 11e Congrès de la Conférence Internationale des barreaux, Ouagadougou 10-13 déc. 1996, Doc. dact., Ouagadougou, 1996
28. SAWADOGO Filiga Michel, Le droit Ohada de l'arbitrage : principes essentiels et perspectives d'application, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON « Aspects actuels du droit des affaires », Paris, Dalloz, 2003, p. 968 et s.
- 29 TCHAKOUA J.M., L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA, Penant, n° 835
30. TCHAKOUA J.M., L'espace dans le système d'arbitrage de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage, Penant, n° 842