

COUR D'ARBITRAGE DE COTE D'IVOIRE

LE NOUVEAU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS L'ESPACE OHADA

*Séminaire International sur le Droit de l'Arbitrage*

*Abidjan, les 10-12 Août 2000*

**"L'ACTE UNIFORME RELATIF  
AU DROIT DE L'ARBITRAGE"**

Communication de :

**Monsieur Abdoulaye SAKHO**

- Agrégé des Facultés de Droit
- FSJP / UCAD - DAKAR
- Membre du Comité de Gestion du Centre  
d'Arbitrage (Dakar)

## SOMMAIRE

L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE .....	3
INTRODUCTION .....	3
1 - GENERALITES .....	3
2. - SOURCES DU DROIT DE L'ARBITRAGE .....	9
3. - GENESE DE L'ACTE UNIFORME AU DROIT DE L'ARBITRAGE .....	11
4. LES PRINCIPES D'APPLICATION DE L'ACTE UNIFORME .....	11
5. - PLAN .....	12
<i>PARTIE I. LES OPERATIONS D'ARBITRAGE</i> .....	13
<i>A. LES CONDITIONS DU DECLENCHEMENT DES OPERATIONS D'ARBITRAGE</i> .....	13
<i>B. LES EFFETS DU DECLENCHEMENT DES OPERATIONS D'ARBITRAGE</i> .....	20
1. L'INCOMPETENCE DES JURIDICTIONS ETATIQUES .....	21
2. LE TRIBUNAL ARBITRAL .....	23
3. L'INSTANCE ARBITRALE .....	29
<i>PARTIE II - LA DECISION ARBITRALE</i> .....	31
<i>A. LA SENTENCE ARBITRALE</i> .....	31
<i>B. LES VOIES DE RECOURS (Art. 25 à 29 de l'AU)</i> .....	41
ANNEXES .....	44
OHADA : L'ARBITRAGE EN DANGER .....	44
OHADA : L'ARBITRAGE LIBERE .....	48

# L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE

## INTRODUCTION

### 1 - GENERALITES

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a été signé le 11 mars 1999 à Ouagadougou . Il a été publié dans le Journal Officiel de l'OHADA n° 8 en date du 15 mai 1999. Conformément à l'article 9 du Traité OHADA, cet Acte Uniforme est entré en vigueur depuis le 15 juin 1999 (90 jours après son adoption) et il est opposable depuis cette date (30 jours après sa publication au Journal Officiel de l'OHADA).

Cet acte de 36 articles répartis en 7 chapitres, du fait de son caractère libéral très prononcé, est venu dissiper la plupart des craintes et appréhensions que soulevèrent ses premières versions : l'arbitrage est désormais «libéré» dans l'espace OHADA (V. Abdoulaye SAKHO, « L'arbitrage en danger », le Soleil, 29 octobre 1997 ; « L'arbitrage Libéré », *Walf*, 6 et 7 Août 1999).

Déjà, dans le préambule du Traité de l'OHADA (Port-Louis, le 17 octobre 1993), les Hautes Parties contractantes affirment leur «*désir de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels*». Par la suite, dans le corps même du Traité, elles conviennent de consacrer six articles (un Titre entier concernant les articles 21 et 26) à l'arbitrage.

L'analyste verra cette réception de l'arbitrage dans le Traité comme une volonté manifeste des pères fondateurs de l'OHADA, de placer cette forme de règlement des litiges sur le même piédestal que la justice étatique.

Cela ne saurait étonner : les observateurs les moins avertis de cette fin de siècle peuvent aisément constater l'amenuisement du champ des activités régaliennes de la puissance publique. La justice ne saurait être en reste !

Dans la quasi-totalité des pays du globe, la justice, c'est-à-dire la fonction de règlement des litiges de tous ordres, est confiée à l'Etat. Ce dernier fait exécuter cette même fonction par une organisation judiciaire comprenant les Cours et Tribunaux. Dans cette organisation, les juges sont appelés Magistrats. Ce sont des fonctionnaires qui ont reçu une délégation officielle et permanente à l'effet de rendre la justice : c'est la justice étatique.

A côté de cette justice étatique, il existe depuis longtemps une autre forme de justice qui a toujours permis de soustraire les litiges à la justice de l'Etat pour les soumettre à des personnes privées. Ces dernières sont investies pour la circonstance de la mission de juger : c'est la justice privée dont l'arbitrage est la forme la plus connue.

En terme de définition, on peut retenir que :

**L'arbitrage consiste à faire trancher un litige par de simples particuliers, appelés arbitres. Mais leur décision, appelée sentence, a la même autorité qu'un jugement rendu en première instance par une juridiction étatique.**

L'arbitrage, bien qu'étant la forme la plus connue de justice privée, n'en est pas moins la seule. Il existe d'autres modes privés de règlement des litiges : la médiation et la conciliation offrent une alternative possible à l'arbitrage. En réalité, l'idée de régler les litiges sous une forme différente de la justice publique et sous l'appellation anglaise « ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION » (ADR) que nous pouvons traduire par « MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENTS DES CONFLITS » (MARC), s'est considérablement épanouie ces dernières années. Elle consiste à créer des alternatives aux procédures publiques et formalistes des procès ordinaires. L'ADR inclut l'arbitrage, la médiation, la conciliation et d'autres formes moins connues de nos systèmes juridiques d'inspiration francophone.

Dans une acception large, l'ADR est même susceptible d'inclure ces lieux mixtes de la régulation économique. Que sont les organes chargés d'assurer la police des marchés, (marché économique : la Commission de la Concurrence, marchés financiers : le Conseil Régional de l'Epargne, le marché des télécommunications : le Haut Conseil de l'Audiovisuel).

De la définition de l'arbitrage conçu comme l'institution d'une justice grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions étatiques pour être résolus par des personnes privées investies pour la circonstance de la mission de juger, on peut déduire la nature de l'arbitrage en même temps le distinguer d'avec les institutions voisines.

- du point de vue de sa nature, on peut retenir son ambivalence. En effet l'arbitrage a une nature ambivalente qui se manifeste de la manière suivante : c'est une justice privée qui, d'une part, est instituée par un acte juridique, une simple convention des parties (la convention d'arbitrage) et, qui, d'autre part, se conclut par une décision (la sentence) ayant l'autorité de la chose jugée comme un jugement rendu par un tribunal officiel. Donc un acte juridictionnel ponctue la procédure arbitrale. Cet acte est susceptible d'exécution forcée car, dès lors que l'une des parties refuse d'exécuter la sentence, l'autre peut obtenir du juge étatique la formule exécutoire par le biais d'une ordonnance d'exequatur.

- Pour ce qui est de la distinction d'avec les notions voisines, il convient de retenir que l'arbitrage n'est ni l'expertise, ni la transaction.

L'arbitrage n'est pas l'expertise. Il est vrai aussi que dans l'expertise, les parties confient à un tiers qui n'est pas du tout une juridiction de droit commun, la mission de fixer un point de fait ou de droit à l'occasion d'un litige. Mais c'est leur seul point de convergence car la mission de l'expert se limite à la formulation d'un avis qui ne lie pas du tout les parties ni le juge. L'expertise n'épuise pas forcément le différend. Alors que la décision de l'arbitre s'impose directement aux parties. L'arbitrage tranche le différend.

L'arbitrage n'est pas la transaction. Il est vrai que la transaction que le Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) sénégalais définit comme « *le contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation par des concessions mutuelles* » (art. 756 COCC), permet de régler un litige grâce à la décision transactionnelle qui a, comme la sentence arbitrale, l'autorité de la chose jugée entre les parties.

Mais les deux matières sont à distinguer car la transaction peut intervenir sans l'intervention d'un tiers et surtout, il est généralement admis dans les systèmes de droit francophone que le pouvoir de transiger ne comporte pas celui de compromettre (art. 1989 C. Civ. Français).

L'arbitrage se présente aujourd'hui sous plusieurs formes. On distingue généralement l'arbitrage ad'hoc de l'arbitrage institutionnel, l'arbitrage interne de l'arbitrage international et l'arbitrage en amiable-composition de l'arbitrage de droit.

- Arbitrage ad'hoc et arbitrage institutionnel

Dans l'arbitrage ad'hoc, les parties fixent leurs propres règles de procédure et, d'une manière générale, organisent le déroulement de l'instance. Son principal avantage est qu'il permet d'adapter la procédure à la volonté des parties et aux circonstances particulières du litige. Il permet de faire du « sur mesure » selon l'expression d'un auteur (Yves GUYON, L'Arbitrage, Economica - Droit Poche 1995, p.11). C'est donc un arbitrage qui offre l'avantage de la flexibilité.

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

Les parties à un arbitrage institutionnel doivent mener les opérations conformément aux règles de procédure de l'institution d'arbitrage concernée. Le principal avantage de ce type d'arbitrage tient au fait que les parties sont assistées par un centre ou une chambre d'arbitrage qui possède son propre règlement, c'est-à-dire, ses propres règles de procédure.

Le recours à l'arbitrage institutionnel offre une sécurité minimale que ne présente pas l'arbitrage ad'hoc. Mais son principal inconvénient tient à la « judiciarisation » progressive d'une procédure que les parties voulaient souple. Les centres d'arbitrage peuvent se révéler être de véritables administrations aussi lourdes et bureaucratiques que la justice étatique. (Ce qui était le cas de la CCJA dans les premières versions de l'A.U. ).

- Arbitrage interne et arbitrage international

Le terme « international » est utilisé pour marquer la différence entre un arbitrage qui est purement interne à un Etat, un arbitrage national et, un arbitrage qui, d'une certaine manière, transcende les frontières. Deux principaux critères sont utilisés, soit séparément soit

cumulativement, pour définir le terme « international » en matière d'arbitrage. Le premier consiste à analyser la nature du litige, de sorte qu'un arbitrage est considéré comme international s'il « met en jeu les intérêts du commerce international ». C'est la conception du droit français qui s'en tient à ce critère purement économique de l'internationalité (V. Art. 1492 Nouveau Code de Procédure Civile et en France). Le second consiste à concentrer l'attention sur les parties (nationalité, domicile, siège social) voire même sur les modalités du contrat (lieu de conclusion, d'exécution ...à) ou sur le lieu de l'arbitrage.

Dans certains pays africains, on s'est prononcé en faveur d'une exigence cumulative en ces termes : Est « *international, l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts du commerce international et dont l'une des parties a au moins son siège ou son domicile à l'étranger* » (Guinée, Art. 1181 Code des activités Economiques et Algérie, Art. 458 bis Code de Procédure Civile).

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

Il n'empêche que, malgré cette justification, l'analyse se rend compte que dans l'Espace OHADA il ne disposera pas d'une définition textuelle de l'Arbitrage international, Ce qui peut paraître fâcheux dès lors qu'il est avéré que l'arbitrage international fonctionne effectivement parce qu'il a été mis en place par un système de textes étatiques et de conventions internationales. Même un arbitrage international relativement simple peut exiger de se référer à différents systèmes juridiques ou droits nationaux pouvant aller jusqu'à quatre au moins.

Il y a tout d'abord la loi qui gouverne la reconnaissance et l'exécution de la convention d'arbitrage, ensuite la loi qui gouverne la procédure d'arbitrage elle-même ; puis la loi qui régit le fond du litige et, enfin, la loi qui gouverne la reconnaissance et l'exécution de la sentence

d'arbitrage. Ces différentes lois peuvent appartenir, dans une procédure d'arbitrage, au même pays.

Ex: la loi qui gouverne la procédure (en général la loi nationale du lieu de l'arbitrage) peut aussi être la loi applicable au fond du litige. Mais ce n'est pas toujours le cas.

La loi applicable au fond du litige peut appartenir à un système de droit différent.

Ex. : Un tribunal arbitral siégeant en Guinée, tenu par la loi de procédure guinéenne, peut fort bien devoir appliquer la loi sénégalaise ou un des actes uniformes ou toute autre loi étrangère comme loi appropriée au contrat.

D'ailleurs cette loi applicable au fond du litige peut ne pas être un droit national déterminé mais plutôt, cet assemblage de règles connues sous le nom de **LEX MERCATORIA** (loi des marchands).

Dans cet exemple, il est même possible que le système de droit qui régit la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale soit différent de celui qui gouverne la procédure arbitrale : il suffit que l'exécution de la sentence soit effectuée dans un pays autre que la Guinée.

#### - Arbitrage en amiable - composition et arbitrage en droit

L'arbitrage étant toujours institué par une convention et la plupart des textes relatifs à l'arbitrage ayant généralement un caractère supplétif en la matière, il est en conséquence permis aux parties de déroger aux textes et de donner aux arbitres le pouvoir de statuer en équité.

Mais cette faculté recèle une limite : en statuant comme amiable-compositeurs, les arbitres doivent respecter les principes directeurs du procès et l'ordre public.

## 2. - SOURCES DU DROIT DE L'ARBITRAGE

La notion de source du droit est équivoque. Elle peut tout aussi bien désigner les raisons profondes de la création de la règle de droit que ses supports formels. Ainsi pour bien comprendre le sens d'une règle et sa portée, il convient de ne point se limiter aux sources formelles. Il faut en effet interroger la formation économique et sociale pour une correcte saisie des motifs de création de la règle de droit.

Appliquée au droit de l'arbitrage, cette démarche révélera à côté des supports formels, les sources réelles de la généralisation de l'arbitrage.

- Les sources réelles du droit de l'arbitrage peuvent être trouvées dans la direction très libérale que prennent les échanges économiques contemporains et dans la recherche de voies alternatives à la justice étatique considérée comme un frein au développement des affaires.

- C'est un lieu commun que de faire état des insuffisances de la justice étatique pour expliquer et justifier le recours des plaideurs à l'arbitrage. Ces insuffisances ne sont pas propres à la justice africaine. D'ailleurs, de plus en plus de voix s'élèvent pour remettre en cause les prétendus avantages de l'arbitrage que sont la rapidité et la modestie des coûts.

En conséquence, en dehors des insuffisances évoquées ci-dessus, on peut voir dans l'engouement actuel de l'Afrique de l'OHADA pour l'arbitrage, la nécessité de *«garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement»* (Préambule du Traité OHADA).

- La période actuelle est caractérisée par le retrait de l'Etat des activités économiques. C'est un comportement planétaire qui explique le succès de ce concept de «mondialisation» que l'on trouve maintenant dans toutes les analyses que se veulent sérieuses.

Pour le juriste, le recul de l'interventionnisme économique de la puissance publique signifie, très souvent, la diminution des règles de droit à caractère impératif et, corrélativement, le régime de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle.

En conséquence, on peut retenir que le succès actuel de l'arbitrage en Afrique (tout au moins dans les textes), tient à la combinaison de deux facteurs : le triomphe de l'ordre libéral dans l'économie mondiale et le recul des dispositions impératives dans l'ordre juridique.

Ainsi, le libéralisme économique a ses conséquences juridiques. Dans cette perspective, le libéralisme ambiant ne rend plus du tout hérétique l'idée d'une privatisation de la justice. Ce qui permettra à la volonté individuelle de créer son propre tribunal ou, plus largement, de trouver ses propres modes de règlement des litiges.

. Les sources formelles du droit de l'arbitrage sont les supports des textes. En la matière, on trouve deux catégories de sources : celles qui sont d'origine étatique et celles qui sont d'origine privée.

- A propos des sources étatiques, il semble que le droit de l'arbitrage n'échappe pas à ce processus contemporain reposant sur une tendance au déclin des sources nationales au profit des sources internationales du droit. En effet, il est aujourd'hui avéré que pour satisfaire les impératifs de la construction de l'Afrique, les législations nationales sont un «frein».

Ainsi, le Traité OHADA et le régime qu'il imprime aux Actes Uniformes sont une des manifestations les plus notables du déclin de sources nationales du droit. Le point culminant de cette tendance est atteint par l'objet de notre analyse : « *Le présent Acte Uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats parties* » dit l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage dans son article 35. En conséquence, c'est un texte d'origine internationale qui s'applique directement (sans passer par les parlements) dans l'espace national en abrogeant les lois nationales.

- Du fait de la logique d'autonomie qui gouverne l'arbitrage, il n'est pas du tout étonnant que les sources d'origine privée y prennent une place importante. Parce qu'il faut des règles idoines et appropriées pour le règlement des différends, les opérateurs économiques se donnent des normes qui leur permettent, soit de combler les lacunes des normes étatiques, soit des les écarter lorsqu'elles leur paraissent inappropriées.

En réalité, c'est avec l'accord des normes étatiques et sous leur tolérance que les parties à un arbitrage peuvent exercer cette autonomie normative. Par exemple, dans le système OHADA, l'article 10 alinéa premier de l'Acte uniforme sur l'arbitrage autorise une telle autonomie en ces termes : « *le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions* ».

Il en est de même de l'article 14 alinéa premier du même texte : « *les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale ; elles peuvent ainsi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix* ».

En conséquence, dans le droit de l'arbitrage et peut être plus que dans les autres branches du droit, on peut constater que la juridicité n'est pas un monopole étatique et qu'aussi bien les conventions d'arbitrage type (émanant des associations professionnelles ou des centres d'arbitrage) que les règlements d'arbitrage (ensemble de dispositions régissant la procédure arbitrale et rédigées par les centres d'arbitrage) participent de l'élargissement des sources du droit en la matière.

### 3. - GENESE DE L'ACTE UNIFORME AU DROIT DE L'ARBITRAGE

Avant sa version définitive, l'Acte Uniforme consacré à l'arbitrage a subi différentes moutures qui ne reflétaient pas du tout son libéralisme actuel. Les premiers projets étaient sous-tendus par l'idée de n'autoriser que la procédure CCJA.

C'est peut être ce qui explique la longue période de gestation de cet Acte. Il s'agit en effet d'une matière très sensible qui intéresse aussi bien la justice (l'Etat et l'ordre public) que la liberté individuelle (l'autonomie de la volonté).

La conciliation de ces deux impératifs n'a pas été sans soulever des passions et de vieux démons. Aujourd'hui toutes les craintes à ce propos se sont dissipées. Bien que rendant caduques les lois nationales sur l'arbitrage, l'Acte Uniforme ne ferme pas la porte à la possibilité d'expression d'autres centres d'arbitrage face à la CCJA.

### 4. LES PRINCIPES D'APPLICATION DE L'ACTE UNIFORME

L'arbitrage offre de véritables avantages aux opérateurs économiques : leurs querelles ne sont pas divulguées sur la place publique (discrétion), l'arbitre a souvent une compétence technique relative à l'affaire en litige, la décision arbitrale peut ne pas trancher dans le vif comme le jugement étatique qui est souvent rendu de manière trop impersonnelle (possibilité d'un arbitrage en amiable composition). Ce n'est pas tout car ses principes d'application sont relativement simples.

*Du point de vue territorial*, le texte s'applique dès lors que le siège du tribunal arbitral est situé dans l'espace OHADA. La nationalité des parties en litige devient une circonstance indifférente.

*Au plan matériel*, l'Acte s'applique à « tout arbitrage » qu'il soit civil ou commercial importe peu.

L'essentiel est qu'il porte sur les droits dont les parties ont la libre disposition.

*Dans le temps*, l'Acte s'applique directement dans les Etats Partis et il prend la place des lois sur l'arbitrage.

## 5. - PLAN

L'Acte Uniforme suit la chronologie des différentes phases de l'arbitrage. Nous allons y sacrifier en examinant dans une première partie **LES OPERATIONS D'ARBITRAGE (I)** puis dans une seconde partie, **LA DECISION ARBITRALE (II)**.

## PARTIE I. LES OPERATIONS D'ARBITRAGE

L'arbitrage ne peut avoir lieu que si certaines conditions sont remplies. C'est la preuve que l'autonomie de la volonté a des limites. En réalité, l'arbitrage n'existe que parce que l'ordre juridique national et international l'autorise. Cela signifie qu'il existe des conditions pour que les opérations d'arbitrage puissent être déclenchées. Une fois que nous les aurons précisées (A), nous pourrions nous pencher sur les effets du déclenchement des opérations d'arbitrage (B).

### A. LES CONDITIONS DU DECLENCHEMENT DES OPERATIONS D'ARBITRAGE

La condition sine qua non pour qu'il y ait arbitrage est l'existence d'une convention d'arbitre. Certaines législations l'expriment clairement : « *l'arbitrage ne peut naître que d'une convention le prévoyant expressément* » (Code des Activités Economiques de la République de Guinée, art. 1114).

C'est cette exigence que traduit l'art. 21 du traité : « *En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, ... peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre* ». L'Acte Uniforme en parle de manière implicite dans certains articles (art. 4 al.1 ; art 5 al.1 et art. 26).

Les conditions du déclenchement des opérations d'arbitrage seront liées à la convention d'arbitrage dont le Traité nous apprend qu'elle peut prendre deux formes (compromis ou clause compromissoire). Cerner ces conditions revient à examiner le domaine de la convention (1) puis ses conditions de validité (2).

## *1- LE DOMAINE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE*

Rendre la justice est une prérogative essentielle de l'Etat. Aussi, malgré le libéralisme ambiant, il y a des litiges qui ne peuvent pas être tranchés par la justice privée. En outre, la convention arbitrage étant un contrat, donc soumise aux conditions générales du droit des obligations, elle connaîtra des limites inhérentes à la matière des contrats.

Pour ces deux raisons, l'Etat ne peut accepter d'investir des personnes privées d'une fonction juridictionnelle que dans des matières qui ne mettent pas en cause l'ordre public.

Le Traité limite le domaine de la convention d'arbitrage au «différend d'ordre contractuel» et l'Acte Uniforme autorise les personnes physiques et morales à recourir à l'arbitrage mais uniquement «sur les droits dont elles ont la libre disposition» (art.2 alinéa 2).

Il semble, à la lumière de ces deux textes que la question du domaine de l'arbitrage peut être examinée aussi bien quant aux personnes (a) que quant aux litiges (b).

### *a) Le domaine de la convention d'arbitrage quant aux personnes*

Qui peut recourir à l'arbitrage?

La réponse est donnée par l'art.2 de l'Acte Uniforme. « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.

Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements 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 ».

Il s'infère de ce texte que tout le monde ne peut pas recourir à l'arbitrage : il faut nécessairement avoir «la libre disposition des droits» sur lesquels on envisage de

compromettre. Cette notion mérite d'être précisée quant aux personnes physiques et aux personnes morales. Il faudra, par la suite, examiner la question des personnes morales de droit public.

### a.1. Les personnes physiques

La question de savoir si elles peuvent recourir à l'arbitrage se décompose en deux aspects : la capacité et le pouvoir. Il s'agit de deux notions qui sont souvent confondues dans le langage juridique courant. Or elles méritent d'être soigneusement distinguées.

La capacité concerne l'hypothèse dans laquelle on compromet en son nom et pour son propre compte ;

et le pouvoir, l'hypothèse dans laquelle on compromet dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qu'il s'agisse de celui d'une autre personne physique ou d'une personne morale ( ce sont les hypothèses de la représentation).

#### La capacité de compromettre

Puisqu'il s'agit d'une capacité fondée sur «la libre disposition des droits », elle est par conséquent plus large que la capacité commerciale de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général.

Aussi, les solutions dépendront des dispositions du droit des personnes qui ne font pas l'objet d'une harmonisation. D'une manière générale, il est admis que :

- Les mineurs et les majeurs incapables qui y sont assimilés, ont la capacité de recourir à l'arbitrage par l'intermédiaire de leur représentant légal. Il est vrai que la participation de mineurs à une procédure d'arbitrage est peu fréquente. Ils ne pourront, sauf s'ils sont émancipés, participer à l'arbitrage commercial. Il convient toutefois de réserver le cas où ils sont associés d'une société commerciale et qu'ils sont en litige avec la société, ce litige «peut être soumis à l'arbitrage » et le tribunal arbitral « peut statuer en amiable compositeur et en dernier ressort » (art. 148 Acte Uniforme sur les sociétés).

Lorsque l'incapable est étranger, sa capacité de compromettre doit s'apprécier au regard de la loi qui régit son statut personnel.

- L'administration légale : Dans ce cas, puisque la convention d'arbitrage ne peut être considérée comme un simple acte d'administration, l'administrateur légal doit avoir l'autorisation soit de son conjoint soit du juge des tutelles.

- En cas de tutelle, le tuteur devra être autorisé par le conseil de famille.

#### Le pouvoir de compromettre

C'est la question de la représentation : le mandataire a-t-il le pouvoir de recourir à l'arbitrage au nom et pour le compte de son mandant ?

Je viens d'en faire état pour les mandataires légaux ou judiciaires (l'administrateur légal des biens, le tuteur, le conjoint...).

En ce qui concerne les mandataires conventionnels, on peut retenir qu'en principe, rien n'empêche de passer par voie de mandat des conventions d'arbitrage pour un tiers. Mais, certaines législations se fondant sur le caractère assez grave de cet acte de disposition qu'est le recours à l'arbitrage, exigent que le mandataire reçoive un pouvoir spécial à l'effet de compromettre.

C'est le cas du droit français qui dispose (art. 1989 C. Civ.) que « *le pouvoir de transiger ne comporte pas celui de compromettre* » ; il faut donc un pouvoir spécial au mandataire pour être autorisé à compromettre. Ainsi l'avocat qui tire sa fonction du pouvoir général qui lui est donné par le client, ne peut compromettre pour ce client. Le mandat « ad litem » permet seulement la conduite d'un procès, alors que la conclusion d'une clause d'arbitrage est d'abord celle d'une convention.

#### a.2. Les personnes morales de droit privé

Elles peuvent assurément recourir à l'arbitrage. Mais la question qui se pose à leur égard est celle de la détermination de l'organe qui a le pouvoir d'engager la personne morale dans la procédure d'arbitrage.

D'une manière générale, il est admis que le représentant légal de la personne morale a, nonobstant toute clause contraire des statuts, le pouvoir d'agir en toutes circonstances au nom de la société (V. Les art. 121 et 122 Acte Uniforme sur les sociétés. Pour le GIE V. Art. 879 al.3)

En conséquence, le recours à l'arbitrage peut être décidé par le représentant légal agissant seul.

Lorsqu'il s'agit d'une personne morale étrangère, il faut interroger la loi applicable à cette personne (LEX SOCIETATIS) pour connaître l'organe compétent pour signer une convention d'arbitrage.

### a.3. Les personnes morales de droit public

Elles peuvent recourir à l'arbitrage sans pouvoir invoquer leur propre droit pour y échapper (art. 2 al.2 Acte Uniforme eus l'arbitrage).

Cette règle est à saluer, elle met l'arbitrage OHADA en conformité avec ce qui se fait dans la pratique internationale de l'arbitrage. Mais il faudrait la nuancer car tous les litiges intéressant l'Etat ne peuvent pas être portés devant les juridictions privées. C'est uniquement quand l'Etat ou ses émanations agissent comme producteur ou distributeur, qu'on peut les attirer devant les juridictions arbitrales.

Mais la généralité des termes de l'art.2 al.2 de cet Acte Uniforme incline à penser que l'ordre public de chacun des Etats-Parties au traité est une circonstance indifférente dans le recours à l'arbitrage OHADA. Ceci peut être un nid à contentieux d'autant que la notion « de « droits dont on a la libre disposition » qui délimite l'arbitrabilité des matières n'est pas des plus limpides. Ce qu'il convient de voir à présent.

## *b) Le domaine de la convention d'arbitrage quant aux litiges : l'arbitrabilité*

L'idée d'arbitrabilité a trait aux limitations d'ordre public apportées à l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges. La question de l'arbitrabilité est importante car, si un tribunal rend une décision dans un litige qui n'est pas arbitrale, cette sentence ne pourra pas être exécutée, et elle peut même encourir l'annulation pour avoir été rendue sur la base d'une convention d'arbitrage inexistante ou nulle.

Les litiges arbitrables sont les litiges portant sur les droits dont on a la libre-disposition.

Il faut avouer que ce groupe de mots n'avance pas du tout l'interprète, et, l'Acte Uniforme n'offre aucun renseignement utile sur la question.

~~Pour clarifier cette notion, il faut faire appel au droit processuel (sénégalais) qui considère qu'il existe des litiges dont l'importance est telle que leur règlement dépasse le cadre strict des intérêts des parties. Ils interpellent la société tout entière. Aussi s'avère-t-il nécessaire d'y faire intervenir le représentant de l'intérêt public dans les prétoires.~~

Ce sont les causes communicables pour lesquelles l'article 796 du Code de Procédure Civile du Sénégal interdit de compromettre. Ces causes concernant l'Etat, la capacité des personnes, les mariages et divorces.. (art. 57 du même code).

Il y aurait ainsi une coïncidence entre le caractère non arbitral d'un litige et les causes communicables. Ces dernières recoupant la notion d'ordre public, on peut en conclure qu'il est de fait interdit de compromettre sur des questions relatives à l'ordre public. Mais ce ne serait qu'une redondance dans la mesure où le droit commun des obligations fixe comme limite aux conventions dont la convention d'arbitrage, l'Ordre Public et les bonnes mœurs.

En réalité, comme dit Motulsky à propos du droit français de l'arbitrage, *« lors de l'élaboration du Code de Procédure Civile, on a tenu à préciser cette limite, on a cru (malencontreusement) qu'il fallait se référer à la définition des causes communicables, et c'est ainsi que la limite du caractère arbitral se trouve fixée sous ce rapport par la disposition selon laquelle sont communicables, les causes que concerne l'ordre public »*.

En définitive, on peut retenir que les questions liées à l'état des personnes (capacité, divorce, séparation de corps aliments) sont à coup sûr exclues du domaine de l'arbitrabilité. Il en sera de même des activités régaliennes de la puissance publique en matière économique et sociale (monnaie et crédit, concurrence et prix, réglementation pénale...).

## 2. La validité de la convention d'arbitrage

On sait par le Traité que la convention d'arbitrage emprunte deux formes : le compromis et la clause compromissoire (art. 21). Par l'Acte Uniforme on apprend que « la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence à un document la stipulant » (art.3) et que « les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties » (art.5).

Ces textes de l'OHADA laissent dans l'ombre plusieurs questions liées à validité de la convention d'arbitrage (a) même si le principe de la validité de la clause compromissoire est affirmé (b).

### *a. La validité de principe de la clause compromissoire*

C'est la nouveauté. Elle consiste à mettre sur le même pied d'égalité le compromis et la clause compromissoire. Certaines législations africaines (c'est le cas du Sénégal) reprenaient la distinction française entre ces deux conventions d'arbitrage.

### *b. Les zones d'ombre sur la validité de la convention*

- La convention doit être stipulée par écrit. Quelle est la sanction de la violation de cette exigence? Il est généralement admis que la clause compromissoire doit être stipulée par écrit sous peine de nullité. Cela se comprend par ce que les modalités de désignation de l'arbitre doivent être spécifiées dans la convention elle-même et qu'en ce qui concerne la clause

compromissoire, elle doit se suffire à elle-même pour permettre de constituer le tribunal arbitral.

En tout état de cause, en se fondant sur l'art.5 al 2 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage, il est possible de soutenir que l'écrit n'est exigé que comme condition de preuve («à défaut d'une telle convention.... »).

- Les textes ne nous renseignent pas non plus sur le contenu de la convention d'arbitrage. Or certaines législations obligent à déterminer l'objet du litige à peine de nullité du compromis. Cette exigence permet de fixer avec précision le champ de l'incompétence du juge étatique et surtout, de permettre au juge de l'annulation de la sentence de vérifier si l'arbitre n'a pas dépassé la mission qui lui était confiée. Si c'est le cas, la sentence peut encourir l'annulation (art. 26).

~~En tout état de cause, en tant que contrat, la convention d'arbitrage est soumise aux conditions générales des contrats et, peut être que c'est sur l'assistance du centre de la CCJA que compte le législateur OHADA pour régler les zones d'ombre et réduire les causes d'annulation des conventions qui permettront de donner toute son efficacité à la procédure d'arbitrage.~~

#### **B. LES EFFETS DU DECLENCHEMENT DES OPERATIONS D'ARBITRAGE**

Le déclenchement des opérations d'arbitrage a pour conséquence immédiate l'incompétence des juridictions étatiques. Donc le litige ne peut, en principe, être connu que par les arbitres (art.13 A.U.). Il faudra alors constituer la juridiction arbitrale et organiser l'instance arbitrale proprement dite.

Aussi on verra successivement:

- l'incompétence des juridictions étatiques (1)
- le tribunal arbitral (2)
- et l'instance arbitrale (3)

## I. L'INCOMPETENCE DES JURIDICTIONS ETATIQUES

C'est le corollaire de l'efficacité reconnue dès le Traité aux conventions d'arbitrage. Si les juridictions étatiques sont incompétentes, c'est parce que la convention d'arbitrage comme tout contrat est revêtu de la force obligatoire (inter-partes), tempéré de l'effet relatif vis-à-vis des tiers. Voyons les raisons de cette incompétence (a) puis ses manifestations (b).

### *a - Le fondement de l'incompétence*

Elle résulte du caractère obligatoire de la convention d'arbitrage. Cela signifie que le contrat d'arbitrage ne produit d'effet qu'entre les parties contractantes. Il est en principe inopposable aux tiers qui ne peuvent être attirés devant une juridiction arbitrale s'ils n'ont pas personnellement renoncé à la compétence des tribunaux d'Etat. Ce sont là les effets normaux de tout contrat qu'il convient d'examiner rapidement ici.

#### a.1 Le caractère obligatoire

Les conventions d'arbitrage obligent, au jour de la naissance du litige, les parties à y donner exécution. Il s'agit d'une obligation de faire qui ne peut se résoudre en dommages et intérêts contrairement au droit commun des contrats. Les règlements d'arbitrage dégagent un cas d'exécution forcée d'une obligation de faire :

Ici l'inexécution est sanctionnée par la désignation d'office de l'arbitre (art.10 du Règlement d'arbitrage CCJA) : *« si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention. En tout état de cause, l'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres conformément à la convention... »*

#### a.2. L'opposabilité aux tiers

Du fait de l'effet relatif des conventions, le contrat d'arbitrage n'est pas opposable aux tiers. Mais, il faut nuancer car il existe des cas dans lesquels l'opposabilité peut être soutenue.

Ex : 1 - En matière de cession d'un contrat dans lequel une clause compromissoire était stipulée ; cette cession emporte-t-elle celle du bénéfice de la clause d'arbitrage ?

L'affirmative peut être soutenue dès lors que l'on considère la clause comme une des stipulations du contrat principal et qu'elle lui est donc accessoire. Elle suit le sort du principal.

EX 2 - En matière de groupe de sociétés, la clause compromissoire signée par la société mère lie-t-elle la filiale? Du fait de l'indépendance juridique des sociétés, ce lien ne peut exister? Mais en se fondant sur l'unité économique constituée par les sociétés du groupe, les juges peuvent faire prévaloir la solution contraire.

En définitive, du fait que l'arbitrage a un caractère essentiellement contractuel, l'instance n'opposera que les parties à la convention ou ceux auxquels la convention est opposable.

Il n'existera pas en la matière d'intervention volontaire ou forcée à la procédure, sauf accord de toutes les parties.

Les tiers sont donc exclus de la procédure. C'est pour cette raison que l'Acte Uniforme a prévu à leur endroit une procédure de tierce-opposition (art. 25 al.4) qui ne peut être opposée qu'au moment de l'exécution de la sentence.

### *b. Les manifestations de l'incompétence*

On les retrouve dans l'Acte Uniforme (art. 13).

Ce texte réserve un sort particulier à deux situations différentes selon qu'au moment où le litige est porté devant la juridiction d'Etat, l'arbitre en était préalablement saisi ou pas.

#### - Si l'arbitre est déjà saisi

La juridiction d'Etat doit se déclarer incompétente à la condition que l'une des parties en fasse la demande (art. 13 al.1 de l'Acte Uniforme). L'absence d'une telle demande est la preuve que les parties ont renoncé à la voie arbitrale.

- Si l'arbitre n'est pas encore saisi

C'est l'hypothèse de l'art. 13 al.2 de l'Acte Uniforme, «*la juridiction étatique doit également se déclarer incompétence à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle* ». Cela signifie que la juridiction étatique peut statuer dès lors qu'on et en présence d'une convention d'arbitrage «manifestement nulle ». C'est-à-dire une nullité ostensible et indiscutable.

Cette hypothèse vise la clause compromissoire. Le Tribunal arbitral n'était pas encore constitué, il devient possible de saisir le juge de référé à l'effet de prendre les mesures d'urgence qui s'imposent. Ce dernier ne peut en effet examiner le litige quant au fond.

Le juge étatique ne peut relever d'office son incompétence. C'est la une des manifestations les plus pures de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage : le fait de s'en remettre au juge étatique entraîne la renonciation à l'arbitrage. Ce qui n'est pas du tout une remise en cause de la possibilité donnée aux arbitres de statuer sur leur propre investiture (art.11 de l'Acte Uniforme).

## 2. LE TRIBUNAL ARBITRAL

L'existence d'un tribunal arbitral est avérée. Mais contrairement au droit de l'organisation judiciaire, il y a peu de règles impératives en la matière, car le droit de l'arbitrage est dominé par le principe de liberté.

Il convient de vérifier cela en examinant tout à tour les questions liées à la désignation des arbitres (a) à l'organisation du tribunal arbitral (b) et à son fonctionnement (c).

### *a. La désignation des arbitres*

Nous verrons ici deux (2) points : qui peut être arbitre (a) et comment est désigné l'arbitre (b).

### a.1. Qui peut être arbitre ?

« La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à des personnes physiques. Elles doivent avoir le plein exercice de leurs droits civils, demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties » (art. 6 de l'Acte Uniforme).

De ce texte, il résulte que les conditions sont : être une personne physique, avoir le plein exercice de ses droits civils et, être indépendant et impartial.

- L'arbitre doit être une personne physique

La loi n'exclut pas la possibilité de désigner une personne morale. Mais dans ce cas, elle ne pourrait pas exercer la fonction d'arbitre. Elle ne disposera que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.

Aujourd'hui, de nombreux organismes et associations jouent <sup>ce</sup> un rôle et permettent aux parties de bénéficier de leurs compétences et expérience en même temps que l'adhésion à un règlement d'arbitrage qui fixe le déroulement de l'instance : il s'agit de l'arbitrage institutionnel dont on a parlé en introduction et qui est fréquent dans les litiges internationaux.

~~Le Sénégal vient de se doter d'un centre d'arbitrage.~~

- L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils.

Cette règle exclut les incapables et les personnes protégées. Mais ne signifie pas que l'arbitre doit nécessairement jouir de ses droits civiques : en conséquence, un étranger peut être désigné comme arbitre même dans un litige interne.

- Le statut professionnel de l'arbitre ne doit pas lui interdire de toucher à d'autres rémunérations. La question se pose surtout pour les fonctionnaires (cumul de rémunération) et pour les salariés (exclusivité au profit de leurs employeurs).

Mais il est généralement admis que les enseignants des disciplines juridiques et les magistrats peuvent être nommés arbitres.

L'arbitre ne doit pas avoir <sup>avec</sup> l'une des parties, un lien préexistant de nature à compromettre son indépendance. Si c'est le cas, il doit informer les parties de cette cause de récusation. Ces dernières peuvent renoncer à s'en prévaloir en lui donnant leur accord pour accomplir sa mission (art. 7 al. 2 AU).

En définitive l'arbitre doit être indépendant, impartial et disponible.

### *b. Comment est désigné l'arbitre ?*

Généralement, ce sont les parties qui désignent les arbitres. Mais, pour éviter que le défendeur s'abstienne de désigner son arbitre, la loi prévoit des mécanismes de substitution à la volonté des parties (art.5 A.U.).

~~Dans l'arbitrage ad hoc, la désignation des arbitres est organisée dans la convention d'arbitrage qui peut, soit régler totalement la question, soit renvoyer à des textes existants ou à un règlement d'arbitrage.~~

Si les parties désignent les arbitres pairs, et qu'ils ne sont pas d'accord sur le 3ème, il appartient à la partie la plus diligente ou au tribunal lui-même de saisir la juridiction compétente aux fins de nommer un autre arbitre (art. 8 al.2 A.U.).

Les arbitres doivent accepter leur mission pour rendre parfaite la constitution du tribunal arbitral (art.7 al.1).

Dans l'arbitrage institutionnel les parties s'en remettent généralement au règlement d'arbitrage de ce centre.

Pour ce qui est de la CCJA, l'art. 5 A.U. et l'art. 3 du Règlement d'arbitrage règlent la question. Ils reprennent l'art. 22 du Traité.

## *b. L'organisation du tribunal arbitral*

Les parties peuvent choisir un arbitre ou un collège arbitral.

### b.1. L'arbitre unique

L'avantage de l'arbitrage unique est dans la simplicité de la constitution du tribunal, dans la facilité du déroulement de la procédure, dans les coûts moindres et dans l'acceptation de la sentence par les parties dès lors que l'arbitre unique est une personnalité digne de confiance.

Mais les inconvénients de cette solution sont nombreux :

- ~~L'arbitre unique ne bénéficiera pas des échanges de vues d'un délibéré.~~
- ~~Il n'a pas toujours toutes les compétences pour dominer tous les éléments du litige.~~

*« Ceux qui ont pratiqué l'arbitrage unique connaissent que c'est un métier de chien qui requiert la combinaison de qualités aussi contradictoires que celles de Sherlock HOLMES, de Machiavel, et de la mère Thérèse » (Y. GUYON) ~~op. cit. p. 111~~*

### b.2 Le collège arbitral

- Dans ce domaine, l'Acte Uniforme impose que lorsqu'il y a plusieurs arbitres, le nombre des arbitres soit toujours impair. Si, par extraordinaire, les parties désignent un nombre pair, l'article 8 al.2 exige que le tribunal soit complété par un arbitre choisi conformément aux prévisions des parties.

A défaut, les arbitres procéderont eux-mêmes à la désignation et, s'ils ne s'entendent pas ce sera la juridiction étatique qui procédera à cette désignation.

- Dans la pratique, le collège arbitral est presque toujours composé de 3 membres. Le recours à des arbitres plus nombreux alourdirait la procédure et pourrait la ralentir considérablement.

- L'égalité des membres du collège arbitral est de principe et paraît même souhaitable dans les arbitrages internes. Cette égalité se manifeste de la façon suivante :

Tout d'abord dans le comportement de l'arbitre, il n'est pas le défenseur de la partie qui l'a désigné ;

Ensuite, le troisième arbitre qui est généralement qualifié président, a le même rôle que les deux précédents. Même s'il préside le tribunal, il n'est pas un super arbitre qui pourrait rendre seul la décision. Ses pouvoirs propres se limitent à l'exercice de la police des débats au cours de l'audience et à veiller au respect des principes directeurs du procès (droits de la défense, caractère contradictoire et impartial des débats).

Toutefois, l'acte de désignation peut donner des pouvoirs propres au président du tribunal arbitral (il peut prendre seul les décisions de procédure telles que la détermination ou la prolongation des délais de dépôt de mémoires). Il peut arriver que les parties ne confèrent aucun pouvoir au président. Dans ce cas, la collégialité joue à plein temps pour toutes les décisions, même les plus simples.

### *c. Le fonctionnement du tribunal arbitral*

Pour l'essentiel, le tribunal fonctionne comme une juridiction d'Etat mais avec un peu plus de souplesse puisqu'il a une mission bien déterminée : trancher un litige donné. Le particularisme d'un tel tribunal est surtout marqué par le fait que ce sont les parties qui rémunèrent leur juge, lui-même, encourt une responsabilité différente de celle du juge officiel.

#### c.1. La mission des arbitres

La mission des arbitres est de trancher le litige en rendant une sentence avec impartialité et dans les délais.

### Le cas général

En conséquence, cette mission doit être clairement fixée par les parties. Cela ne pose aucun problème lorsque le litige est déjà né car la mission peut être bien délimitée dans le compromis. Mais, en présence d'un arbitrage par la voie de la clause compromissoire, il est nécessaire de rédiger un acte de mission qui peut être unique si les parties s'entendent pour le rédiger. Sinon chaque partie rédige sa lettre de mission dans laquelle elle précise ses demandes.

Dans l'exercice de cette mission, les arbitres peuvent chercher à concilier les parties.

En tout état de cause, l'arbitre doit assister aux audiences, au délibéré, à la rédaction de la sentence. En bref, il «doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci ».

### Le cas particulier de l'amicable composition

L'arbitre ou les arbitres tranchent le litige conformément aux règles de droit à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties n'aient donné mission de statuer en amiable composition (art. 15 A.U.).

Par <sup>la</sup> ~~ce~~ proposition qu'exprime cet article, il semble que l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer les règles du droit.

C'est vrai, mais cela mérite d'être nuancé. Ce qu'il convient de voir à travers la double conséquence qui peut être tirée de la lecture de ce texte.

D'une part, certes l'arbitre est dispensé de trancher le litige conformément aux règles de droit (il peut statuer en équité), mais, c'est à la condition de respecter les principes directeurs du procès (at. 9 A.U.) les règles d'ordre public. Ainsi, l'intérêt de l'amicable composition c'est de donner à l'arbitre plus de liberté dans l'interprétation des conventions litigieuses (ex.: appréciation du montant d'une réparation).

D'autre part, l'amicable composition entraîne généralement renonciation à l'appel sauf si les parties avaient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage.

Il faut retenir que l'amicable composition (facilite énormément la solution du litige l'arbitre peut statuer en équité, il n'a pas à se préoccuper de la loi applicable au litige dans le cadre de l'arbitrage international et il peut ainsi éviter les législations mal adaptées.

## c.2 La rémunération des arbitres

C'est une question que la loi ne règle pas. C'est donc la pratique qui s'en charge et elle est variable.

- En règle générale, les honoraires sont fixés selon les barèmes fournis par les Institutions Permanentes d'Arbitrage ;

- Les honoraires sont à la charge des parties : leur montant dépend de l'importance du litige, de sa complexité, du temps consacré à l'affaire et de la notoriété des arbitres ;

- la défaillance du défendeur est généralement couverte par le demandeur qui souhaite obtenir le prononcé de la sentence.

- les litiges en matière d'honoraires sont rares, car les arbitres se font verser une provision dès le début de l'instance c'est-à-dire à un moment où les parties hésitent à discuter le montant de peur d'indisposer leurs juges.

## c.3 La responsabilité des arbitres

Il est vrai que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, mais la responsabilité qu'il encourt dans l'exercice de sa mission obéit au droit commun et non au régime particulier de la responsabilité des juges étatiques.

Il faut savoir que l'arbitre rend la sentence en son nom personnel et non pas au nom du peuple de l'Etat-partie ou des Etats-parties au traité OHADA.

C'est une responsabilité qui s'inspire des règles applicables à la responsabilité des mandataires (responsabilité pour faute prouvée : ex. non respect du délai imparti pour rendre la sentence, arbitre ayant accepté sa mission malgré une incompatibilité qu'il connaissait).

### **3. L'INSTANCE ARBITRALE**

C'est la phase correspondant au traitement de l'affaire par le Tribunal Arbitral. Elle est réglementée par les articles 9 à 18 de l'Acte Uniforme. Cette instance a une nature hybride du fait que le Tribunal est institué par une convention mais que sa décision, la sentence, est susceptible d'exécution forcée au même titre que la décision juridictionnelle.

D'ailleurs tout comme l'instance devant les juridictions d'Etat, l'instance arbitrale est d'éviter les querelles de procédure afin de se concentrer sur le fond du litige, la pratique montre qu'il n'en est pas toujours ainsi et que les parties, dès qu'elles sentent que la décision pourrait leur être défavorable, ont tendance à multiplier les incidents de procédure. C'est pour cette raison que le texte prévoit des règles consacrées à ces incidents. Nous les examinerons, mais auparavant il faudra voir le déroulement normal de l'instance.

#### a) *Le déroulement normal de l'instance*

Le principe est que les parties règlent la procédure arbitrale sans être tenues de suivre les règles établies pour les tribunaux de l'Etat, sauf si elles en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage.

Mais comme l'arbitrage doit aboutir à une sentence exécutoire, les principes directeurs du procès sont applicables (art. 9 A.U.).

De fait on peut dire, à la suite de GUYON, que *"les arbitres et les parties doivent respecter les principes essentiels, sans lesquels l'arbitrage basculerait vers l'arbitraire"*.

#### a-1- La liberté de régler les modalités de la procédure

L'exercice de cette liberté peut prendre trois formes (art. 14 A.U.).

- Ou bien la convention d'arbitrage renvoie à un règlement d'arbitrage (c'est-à-dire un règlement de procédure établi par un organisme d'arbitrage). Ce règlement s'imposera ;
- Ou bien les parties fixent elles-mêmes les modalités de la procédure lors de la conclusion de la convention d'arbitrage. Ces modalités s'imposeront aux arbitres qui les ont acceptées en même temps que leur mission ;
- Ou bien les parties n'ont rien prévu. Ce sont alors les arbitres qui règlent la procédure sans être tenus de suivre celle éditée pour les tribunaux étatiques. Ils ont cette faculté même s'ils ne sont pas aimables compositeurs.

Le déroulement, en règle générale de la procédure est le suivant :

- Etablissement de l'acte de mission qui détermine les prétentions des parties, constate l'installation du tribunal et détermine les délais de procédure ;

- Echange de mémoires écrits dans lesquels les parties exposent leurs arguments de fait et de droit et communiquent les pièces justificatives ;

Ensuite, le tribunal peut être en mesure de décider si l'affaire est en état d'être jugée ou s'il faut entendre des témoins et procéder à des expertises : les auditions et d'une manière générale tous les actes d'instruction et les procès sont faits et dressés par tous les arbitres à moins que la convention ne les autorise à commettre l'un d'eux ;

- Quand l'affaire lui paraît en état d'être jugée, le tribunal fixe l'audience de plaidoirie qui n'est pas publique et se déroule au lieu fixé par la convention ou à défaut par les arbitres. En principe le choix du lieu de l'arbitrage n'implique aucune conséquence juridique.

Ex. En droit guinéen, même dans les arbitrages internationaux, la loi applicable aussi bien au fond, qu'à la procédure ne dépend pas directement du lieu où siège le tribunal arbitral (article 1186 et 1184) ;

C'est uniquement pour régler les difficultés de constitution du tribunal qu'il est fait appel au président de la Cour d'Appel de Conakry. Mais, dans l'arbitrage OHADA, le siège du tribunal arbitral détermine <sup>en principe</sup> la loi applicable à l'arbitrage : l'article 1er de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage dispose : "Le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal se trouve dans l'un des Etats-parties".

Lors de l'audience, les plaidoiries n'obéissent à aucune règle particulière. Le ministère d'avocats n'est pas obligatoire.

- A l'issue de l'audience, le tribunal fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré. Après cette date, aucune demande ne peut être formée ni aucun moyen soulevé ; aucune observation ne peut être présentée ni aucune pièce produite, si ce n'est à la demande de l'arbitre.

#### a-2- L'obligation de respecter les principes directeurs du procès

Malgré la grande liberté dans la conduite de l'instance arbitrale, le texte fait obligation aux arbitres, de respecter, dans tous les cas les règles essentielles qui gouvernent la procédure civile et commerciale (art.9 et art.14 al.5 et 6).

\* Les arbitres doivent se prononcer sur tout ce qui leur est demandé dans les conventions d'arbitrage, mais seulement sur ce qui leur est demandé (aucun élargissement de la mission de l'arbitre n'est possible sans l'accord des parties).

\* Les arbitres doivent se décider uniquement en fonction des faits prouvés par les parties à l'appui de leurs prétentions. Toutefois, les arbitres peuvent enjoindre à l'une des parties de fournir un élément de preuve (art. 14 al.4 de l'Acte uniforme).

\* Les arbitres doivent respecter l'égalité entre les parties, le principe de la contradiction et les droits de défense.

\* La sanction de la violation de ces principes élémentaires est la nullité de la sentence (art. 26 de l'Acte Uniforme).

### *b- Les incidences de la procédure*

L'instance arbitrale peut être émaillée de nombreux incidents susceptibles de retarder la solution du litige. L'Acte Uniforme prévoit certains de ces incidents de procédure.

#### b-1 Les contestations de la compétence du tribunal arbitral

Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou dans son étendue, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture (art. 11). Cet article permet à l'arbitre lui-même de trancher la question de sa propre investiture.

Il n'a pas besoin de passer d'abord par le tribunal. Ainsi, les dilatoires peuvent être évités. Plus, l'arbitre peut même trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux (article 14 al.9). Ces règles contribuent à l'efficacité de l'arbitrage en évitant les questions préjudicielles.

b-2 Les récusations et les révocations d'arbitre

Les arbitres peuvent être révoqués. la révocation ne peut intervenir que du consentement unanime des parties. La partie qui entend récuser un arbitre doit prouver l'existence d'une cause de récusation révélée ou survenue après désignation. La partie qui entend se prévaloir d'une cause de révocation doit la soulever sans délai (art.7 de l'Acte Uniforme).

Les difficultés relatives à ces questions sont tranchées devant le juge étatique.

Lorsqu'un arbitre est récusé, il cesse ses fonctions et doit restituer les honoraires perçus. l'instance arbitrale prend fin sauf convention particulière des parties. Mais le compromis et la clause compromissoire ne sont <sup>pas</sup> annulés. L'instance repart à zéro.

b-3 Ordonnances de procédure et mesures d'urgence

Pendant l'instance, certaines mesures d'urgence s'imposent :

- une partie ne peut pas respecter les délais de dépôt des mémoires écrits, l'arbitre peut prendre une ordonnance pour lui accorder de nouveaux délais ;
- une demande d'expertise ou d'audition est formulée par une partie, l'arbitre peut prendre une ordonnance pour décider.
- toutes les mesures d'urgences ou conservatoires nécessaires à une bonne administration de la justice peuvent être prises.

## PARTIE II. - LA DECISION ARBITRALE

L'aboutissement de la procédure arbitrale est la décision de l'arbitre tout comme celle de la procédure judiciaire est la décision du juge. En effet, si les parties se lancent dans un arbitrage avec toutes les difficultés et les frais que cela suppose, c'est parce qu'elles s'attendent à ce que, sauf si elles parviennent à un accord en cours d'instance, la procédure d'arbitrage débouche sur une décision qui soit définitive et puisse s'imposer à leur égard.

Cette décision est appelée sentence dans le droit de l'arbitrage. Elle est susceptible de recours. Ce sont les articles 19 à 34 de l'Acte Uniforme qui réglementent la sentence.

Nous verrons la sentence proprement dite (A) avant d'examiner les voies de recours (B).

### A. LA SENTENCE ARBITRALE

Elle n'est pas un véritable jugement car elle ne bénéficie pas en elle-même de la formule exécutoire: nécessaire pour une exécution <sup>(loi)</sup> car elle à l'autorité de la chose jugée.

Il n'est donc pas facile de définir la sentence. la difficulté est d'autant plus grande qu'il existe plusieurs sortes de sentences dont certaines sont visées dans les textes (Acte uniforme et Règlement d'arbitrage).

En conséquence, avant de parler du régime juridique de la sentence par l'examen de ses conditions et effets, il ne sera pas sans intérêt de se pencher sur les différents types de sentence. Ainsi l'étude de la sentence arbitrale se fera en trois points :

- les différents types de sentence (1) ;
- les conditions de la sentence (2) ;
- les effets de la sentence (3).

## *I. LES DIFFERENTS TYPES DE SENTENCE*

Tout comme pour la plupart des couples le mariage est le but, l'objet des fiançailles, on peut supposer que dans l'arbitrage, c'est la sentence qui en est l'objet. Mais comme dans les fiançailles, il peut exister des diversions dans l'arbitrage. Les différents problèmes qui parsèment les opérations d'arbitrage nécessitent souvent des décisions du tribunal arbitral qui sont également appelées sentences mais sont pourtant différentes de la sentence définitive.

Voyons les différentes catégories de sentence dont l'art.23 du Règlement d'arbitrage CCJA admet au moins la diversité.

### *a - Les sentences définitives*

La sentence définitive est évoquée à l'art 16 al.2 de l'Acte Uniforme comme une des décisions pouvant mettre fin à l'instance arbitrale. Mais dans la pratique internationale de l'arbitrage la sentence définitive est celle qui tranche une ou plusieurs questions entre les parties.

Ainsi dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, une sentence, même provisoire ou préliminaire, dans laquelle un tribunal arbitral se reconnaît compétent pour statuer sur le litige qui lui est soumis, est une sentence définitive sur la question du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral (sous réserve bien entendu de tout recours).

Il semble à la lecture de l'art.23- 1 du Règlement d'arbitrage que les sentences sur la compétence par exemple ne peuvent être considérées comme des sentences définitives.

### *b - Les sentences finales*

Ce terme désigne la sentence qui met fin à la mission du tribunal arbitral. L'article 24-1 du Règlement d'arbitrage CCJA l'évoque en ces termes : "La sentence finale de l'arbitre, outre la décision sur le fond, liquide les frais de l'arbitrage et décide à laquelle des parties le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles".

C'est cette sentence finale qui est visée à l'art.22 de l'Acte Uniforme : "La sentence dessaisit l'arbitre du litige".

Un tribunal arbitral ne doit pas rendre ce type de sentence tant qu'il ne s'estime pas venu à bout de toutes les questions contenues dans sa mission.

*c - Les sentences provisoires*

Elles sont aussi appelées sentences préliminaires. Elles sont utiles pour trancher des questions qui s'élèvent en cours d'instance. Par exemple une contestation peut s'élever en début de procédure sur la compétence des arbitres. Ceux-ci peuvent rendre une sentence provisoire ou préliminaire sur cette question. Une telle décision peut simplifier la procédure car, si les arbitres passent des mois sur un litige pour ensuite se déclarer incompetents, il y aura lieu de se poser des questions sur leur bon sens : sauf si la question de la compétence et le fond du litige sont indissolublement liés.

La possibilité de rendre des sentences provisoires notamment sur la compétence ne fait l'objet d'aucun doute dans l'OHADA (art.23-1 Règlement d'arbitrage, possibilité pour les arbitres de statuer sur leur propre compétence - art. 11 al.3, possibilité pour les arbitres de trancher tout incident de vérification d'écriture ou de faux : art. 14 al.9).

*d. Les sentences partielles*

Le terme est employé par l'art.11 al.3 de l'Acte uniforme "Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence dans la sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation".

Il semble qu'il y ait un synonyme entre les sentences partielles et les sentences provisoires dans la sémantique OHADA qui reprend en cela le Règlement d'arbitrage de la CCI qui exige que toute sentence, qu'elle soit "partielle ou définitive" soit approuvée par la cour. (art.21 Règlement CCI ; Comparer art.23-1 Règlement CCJA ; aide art.21-3 Règlement CCJA).

*e. Les Sentences Par Défaut*

"Si l'une des parties, quoique régulièrement convoquée, ne se présente pas, l'arbitre, après s'être assuré que la convocation lui est bien parvenue, a le pouvoir, à défaut d'excuse valable, de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission, le débat étant réputé contradictoire".

Cet extrait de l'art.19 du règlement d'arbitrage CCJA autorise l'arbitre à rendre une décision par défaut.

### *f. Les sentences d'accord-parties*

"Si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander à l'arbitre que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord-partie" art.20 Règlement CCJA.

L'avantage de la sentence d'accord-partie par rapport à la simple transaction est que la sentence est susceptible de reconnaissance et d'exécution dans d'autres pays.

## **2. LES CONDITIONS DE LA SENTENCE ARBITRALE**

Un tribunal arbitral ne doit ménager aucun effort pour que la sentence arbitrale soit correctement rédigée, pour qu'elle soit valable et donc susceptible d'exécution. En ce sens, l'Acte Uniforme prévoit les règles relatives au délibéré arbitral (a) et à la validité de la sentence (b).

Avant de les voir, il convient de dire quelques mots sur cette curiosité qui n'en est plus une depuis que la CCJA a revu ses prétentions juridictionnelles à la baisse quant à l'arbitrage. Je veux parler de l'examen préalable de la sentence par la cour.

Dès lors que la version finale de l'Acte uniforme n'interdit pas l'arbitrage en dehors de la CCJA dans l'espace OHADA, cette obligation devient raisonnable. On n'aurait pas compris que la CCJA en tant que centre d'arbitrage, organise les opérations, soit la seule juridiction compétente pour l'exequatur et, avoir son mot à dire (même si c'est un contrôle de la forme) sur le projet de sentence. Cela posait un problème de crédibilité de l'arbitrage.

### *a- Le délibéré arbitral*

- Les délibérations des arbitres sont secrètes (art.18), c'est à peu de choses près la même chose que devant le juge étatique. mais ici, puisque la procédure n'est pas publique, le champ du secret s'élargit et l'arbitre est tenu d'une très stricte obligation de confidentialité pour tout ce qui concerne le déroulement de l'instance.

- La sentence est rendue à la majorité des voix (art.19 al.2) ce qui justifie l'exigence d'un nombre toujours impair d'arbitre.

- La mise en délibéré met fin à la formulation des demandes ainsi qu'à l'échange des arguments et des pièces. mais le tribunal peut rouvrir les débats s'il l'estime nécessaire (art. 17 Acte Uniforme).

- A la fin du délibéré, le tribunal arbitral rend la sentence.

### *b- La validité de la sentence*

#### - Les conditions de fond :

La sentence doit exposer succinctement l'objet du litige, les prétentions respectives des parties et leurs moyens. La décision doit être motivée.

Ces énonciations permettent notamment de vérifier que les principes directeurs du droit processuel ont été respectés et que les arbitres n'ont pas statué "ultra petita".

L'exigence de la motivation est essentielle dans la mesure où la sentence qui n'est pas motivée encourue l'annulation (art.26 A.U.).

#### - Les conditions de formes

La sentence n'est pas soumise aux même règles de forme que le jugement. Mais la loi exige qu'elle contienne les mentions dont la liste est fixée à l'art.20.

### 3. LES EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE

La sentence met fin à l'instance arbitrale et produit les effets que nous verrons (a) avant les problèmes d'exécution (b).

#### a - *Les effets des sentences*

##### a-1 Effets négatifs (art.22 de l'Acte Uniforme)

La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche. (al.1 art.22). Mais ce principe du dessaisissement supporte trois exceptions (al.1 art.22).

- l'arbitre peut interpréter la sentence ;
- il peut réparer les erreurs matérielles ;
- il peut combler les omissions.

En cas d'empêchement (parce que le tribunal ne peut plus se réunir), le pouvoir de rectification appartient au juge compétent dans l'Etat partie.

##### a-2 Les effets positifs (art.23 de l'Acte Uniforme)

La sentence a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

Mais, contrairement à un jugement, elle n'est pas revêtue de la formule exécutoire d'où la nécessité d'une procédure particulière pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales que prévoit le chapitre VI de l'Acte Uniforme.

#### b. *L'exécution des sentences*

Ce sont les art.30 à 34 de l'Acte uniforme qui régissent la question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales

- Il faut distinguer la reconnaissance de l'exécution :

. La reconnaissance est une procédure défensive. On l'utilise quand un tribunal est saisi d'une demande portant sur un litige qui a déjà été soumis à l'arbitrage. La partie à qui la sentence a donné satisfaction soulèvera l'autorité de la chose jugée, et, pour en faire la preuve, communiquera la sentence au tribunal en lui demandant de reconnaître sa validité et son caractère obligatoire à l'égard des questions qu'elle tranche.

. En revanche, dans l'exécution, on demande au juge, au-delà de la simple reconnaissance, de faire exécuter, au moyen des pouvoirs de coercition dont il est investi, la sentence arbitrale. Si le juge accorde l'exécution, c'est parce qu'il reconnaît que la sentence est valable et oblige les parties.

~~- La reconnaissance et l'exécution sont toujours de la compétence des juridictions étatiques dépositaires de l'imperium des autorités publiques. L'Acte Uniforme opère à ce propos une distinction selon que la sentence est rendue sur le fondement des règles de l'OHADA ou non.~~

. L'exequatur des sentences OHADA.

Elle est de la compétence du juge compétent dans l'Etat partie (Tribunal Régional au Sénégal).

Le juge ne revient pas sur le fond de l'affaire, il procède à des vérifications liées à la régularité formelle de la sentence, à la validité de la convention d'arbitrage et au respect de l'ordre public international (art.25 Traité) ou l'ordre public international d'un Etat partie (Art.31 al.4 de l'Acte Uniforme).

L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf s'il est frappé d'un recours en annulation (art.32 al.2 de l'Acte Uniforme). Mais celle qui refuse l'exequatur peut être frappée d'un pourvoi en cassation devant la CCJA (Art.32 al.1 de l'AU).

. L'exequatur des sentences hors droit OHADA

C'est l'article 34 de l'acte uniforme qui précise ce régime :

"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 éventuellement applicables, et à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent Acte Uniforme".

Il faudra donc rechercher s'il existe une convention internationale qui prévoit la reconnaissance et appliquer ses dispositions. Sinon, on en revient à la procédure des sentences OHADA.

## **B. LES VOIES DE RECOURS (Art.25 à 29 de l'AU)**

L'examen pratique et de la réglementation de l'arbitrage montre, qu'en matière de recours contre la sentence, deux procédés coexistent : des voies de recours arbitrales et des voies de recours étatiques.

### *1. LES VOIES DE RECOURS ARBITRALES*

Elles consistent à prévoir, après la sentence rendue par un premier tribunal, l'examen de l'affaire par un deuxième degré arbitral, en appel. Il s'agit donc d'un recours interne à la procédure arbitrale.

Ce procédé contient l'inconvénient majeur d'alourdir la procédure et de retarder la solution du litige car, les recours étatiques d'ordre public ne peuvent être écartés par ces voies de recours interne à l'arbitrage.

Ce procédé contient l'inconvénient majeur d'alourdir la procédure et de retarder la solution du litige car, les recours étatiques d'ordre public ne peuvent être écartés par ces voies de recours interne à l'arbitrage.

Aussi, le droit OHADA en a fait l'économie.

## 2. LES VOIES DE RECOURS ETATIQUE

Du fait de l'originalité de la procédure arbitrale et, surtout de son caractère ambivalent, les voies de recours obéissent ici à un régime original et plus restrictif qu'en droit commun. Il s'agit en effet d'assurer l'efficacité et la rapidité de l'arbitrage.

Avant de voir les voies de recours prévues, il convient d'expliquer pourquoi l'art.25 al.1 de l'AU exclut certaines voies de recours.

### a- *L'exclusion de l'opposition, de l'appel et du pourvoi en cassation*

"La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni d'appel, ni de pourvoi en cassation" Art.25 al.1.

- L'opposition qui est la voie de recours tendant à faire rétracter un jugement rendu par défaut et qui n'est ouverte qu'au défaillant, ne peut prospérer ici. Elle est exclue en raison du caractère contractuel de l'arbitrage. En effet, ce caractère exclut la notion de jugement par défaut. D'ailleurs si la convention d'arbitrage était considérée comme ne s'étant pas formée, il s'en survient une nullité de la sentence (Art.26 de l'AU. ).

- Le pourvoi en cassation n'étant ouvert qu'à l'égard des décisions rendues au dernier ressort par les juridictions de droit commun, la sentence en tant que telle ne remplira jamais cette condition. Mais, s'il s'agit d'un jugement sur l'annulation, le pourvoi en cassation est possible (Art.25 al.2 et 3).

- L'appel est exclu du fait peut-être de la compétence juridictionnelle de la CCJA et des nécessités de rapidité de la procédure.

### b- *Les voies de recours recevables*

- La tierce-opposition : La sentence peut être frappée de tierce-opposition devant le tribunal arbitral. On sait que la tierce-opposition est ouverte à toute personne qui y a intérêt et qui n'a été ni

partie, ni représentée au jugement dont la rétraction ou la réformation est demandée par cette voie. Donc si la sentence a porté atteinte aux droits d'un tiers, il peut former tierce-opposition. *à l'exécution de la sentence -*

- Le recours en annulation : Il est toujours possible d'engager un recours en annulation de la sentence. C'est ce que prévoit l'Art.25 al.2. Il serait en effet scandaleux qu'une sentence nulle puisse produire des effets de droit et obliger les plaideurs.

. Les cas d'ouverture du recours en annulation sont les suivantes : le dépassement de sa mission par l'arbitre (convention d'arbitrage inexistante nulle ou expirée, tribunal irrégulièrement composée, l'arbitre a statué ultra petita) et la violation d'une règle impérative (non respect des principes directeurs du procès, violation d'une règle d'ordre public international des Etats parties par le tribunal lui-même).

La procédure et les effets du recours sont prévues aux Art.27 et 28 de l'Acte Uniforme.

- Le recours en révision (Art.25. al.5).

Ce recours correspond à la requête civile ouverte en cas de découverte d'un élément suffisamment grave pour remettre en cause l'autorité de la sentence (fraude, faux témoignage...).

## ANNEXES

**OHADA : l'arbitrage en danger**

(Le Soleil - Mercredi 29 Octobre 1997)

Un des objectifs avérés de la construction de "l'Afrique juridique" est la promotion de l'arbitrage. Dans le Traité de l'OHADA, cet objectif est expressément affirmé en ces termes *"désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels"* (Préambule) : *"le présent Traité a pour objectif l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels"* (article premier).

On ne peut qu'applaudir des deux mains au vu de cette louable mission que s'assignent les Etats membres de l'OHADA.

*Pour les non initiés, ils peuvent retenir que, dans le langage du droit, l'arbitrage est un mode de règlement des litiges qui repose sur un accord des parties de soumettre leur différend au jugement d'une ou de plusieurs personnes qui sont investies, pour la circonstance, de la mission de juger.*

*En réalité, l'arbitrage est une justice privée par opposition à la justice étatique qui se déroule dans un tribunal avec des magistrats qui ont reçu une délégation officielle et permanente à cet effet.*

On applaudit aussi parce que les signataires du Traité manifestent clairement leur intention de placer des Etats africains francophones dans le giron des grandes nations pour ce qui concerne le droit du règlement des litiges. D'ailleurs au-delà de l'arbitrage, le monde des affaires montre un véritable engouement pour toutes les méthodes alternatives de règlement des conflits (Alternatives Dispute Resolution ou ADR) que sont la conciliation, la médiation ou le *"procès-simulé" "mini trial"* en anglais). C'est le thème de la prochaine rentrée solennelle des Cours et Tribunaux du Sénégal.

Après la publication du Traité de l'OHADA", on a failli déchanter. Nos applaudissements sont devenus ternes. En effet, ce Traité met en place une "*Cour commune de Justice et d'Arbitrage*", qui joue le double rôle d'institution d'arbitrage et de cour judiciaire de contrôle des sentences.

De fait, la même institution organise et contrôle. C'est une confusion des rôles. Il s'agit d'un système unique dans son genre, un système qui ne sera certainement pas prisé par les opérateurs du commerce aussi bien interne qu'international.

Tout ceci n'était pas bien grave, car le système d'arbitrage OHADA, malgré son originalité et son audace, demeurerait volontaire ainsi que le prévoit l'article 21 du Traité : "*En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat... peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre*". On peut en tirer la conclusion que l'arbitrage OHADA n'est pas obligatoire pour les investisseurs africains comme étrangers qui peuvent donc choisir d'autres procédures d'arbitrages notamment celles prévues dans nos différents droits internes.

C'est très certainement sur la foi d'une telle analyse que la Côte d'Ivoire a créé un Centre d'Arbitrage après avoir modifié son droit interne sur la question. C'est assurément sur la foi de cette analyse que le Sénégal a entrepris la modernisation de son droit de l'arbitrage concomitamment à la mise en place d'un Centre d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Dakar.

Mais, et c'est là où ça devient vraiment grave, les applaudissements même ternes cèdent le pas à la perplexité, au doute et à l'inquiétude quant à la volonté affichée dans le Traité de l'OHADA de promouvoir l'arbitrage.

En effet, alors que personne ne s'y attendait, on nous "balance" juste au début des vacances judiciaires *un avant projet de loi uniforme sur le droit de l'arbitrage* en demandant aux Commissions nationales (qui seront difficiles à convoquer en cette période estivale) de se prononcer dans les trois mois. C'est le premier point d'achoppement sur cette question.

Le deuxième point d'achoppement résulte de la combinaison de l'article 10 du Traité OHADA et de l'article 1 de l'avant projet de loi uniforme. Comment peut-on dire que les parties à

l'arbitrage peuvent choisir une autre loi (article 1 de l'avant projet de loi uniforme) et en même temps affirmer de manière péremptoire que *"les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieures ou postérieure* (article 10 du Traité).

On voit tout de suite que la liberté des parties de choisir une autre procédure d'arbitrage n'est que chimère face à la force obligatoire de l'acte uniforme telle qu'elle émane du Traité.

Le troisième point d'achoppement est une conséquence du caractère obligatoire de la loi uniforme. En toute logique, si elle est adoptée telle quelle, les législations nationales disparaissent et les Centres nationaux d'Arbitrage risquent de se *"tourner les pouces"* du fait de *"l'impérialisme"* de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans l'organisation de la procédure. D'ailleurs le Traité (article 23) oblige les juridictions étatiques à renvoyer les litiges arbitrales devant la CCJA à laquelle les projets de sentence doivent être soumis (article 24) et qui est seule compétente pour rendre une décision d'exequatur.

Avec tous ces points d'achoppement, il devient difficile de soutenir que l'OHADA milite pour le développement de l'arbitrage. L'impression qui se dégage de l'examen du système de règlement des conflits de l'OHADA est un sentiment de malaise : la justice étatique ne peut plus faire l'impasse sur l'arbitrage, mais jalouse de ses prérogatives, elle exerce une sorte de tutelle sur la justice privée. Or toute l'évolution constatée du droit d'arbitrage tend à dégager le règlement des litiges économiques de l'emprise de la justice étatique.

D'une manière générale, une des tendances lourdes du droit contemporain est le recul des lieux judiciaires de la médiation.

De ce point de vue, notre système n'est pas du tout en phase avec la mondialisation. Nous portons en nous les germes de notre propre marginalisation. Il faut réagir promptement dans les deux directions suivantes :

- d'abord, terminer dans la sérénité mais avec célérité le travail de modernisation du droit sénégalais de l'arbitrage et de mise en place du centre d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Dakar ;

- ensuite, organiser le rejet pur et simple de l'avant projet d'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. Ce texte est inopportun et inutile dans la mesure où le Traité OHADA ne le vise pas expressément, préférant s'en remettre à un règlement d'arbitrage (article 26 du Traité).

J'estime que c'est le meilleur moyen de promouvoir l'arbitrage aussi bien dans ses aspects juridiques qu'économique.

On oublie trop souvent que l'arbitrage est aussi une activité économique, plus précisément une activité de services. Aussi, favoriser la création d'institutions permanentes d'arbitrage qui devront vivre et prospérer dans un climat de concurrence saine et loyale conformément aux préceptes de la libre concurrence, fait aussi partie de notre action de construction de l'Afrique. Il n'y a donc aucune raison de favoriser les centres étatiques (style CCJA) au détriment des centres du secteur privé (style ceux des chambres de commerce).

Notre pays est le dépositaire du Traité OHADA, nos autorités, au plus haut niveau, s'investissent quotidiennement pour le succès de l'entreprise OHADA.

Aussi ces lignes s'inscrivent parfaitement dans cette mouvance. En effet, l'OHADA est une belle construction mais quand des grincements risquent de survenir dans la mécanique autant mettre le l'huile tout de suite.

### Abdoulaye SAKHO

- Agrégé des Facultés de Droit - UCAD
- Membre du Groupe d'Experts sur la mise en place du Centre d'Arbitrage de la Chambre de Commerce
- Consultant du Cabinet GARECGO

## OHADA : L'ARBITRAGE LIBERE

(Walfadjiri 6,7 et 8 Août 1999)

La bataille que nous avons menée contre les premières versions de l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage n'est pas vaine. Ces textes, dont l'un était même intitulé « Avant-Projet de Loi Uniforme sur l'Arbitrage », nourrissaient le sombre dessein « d'embastiller », l'Arbitrage en n'autorisant dans l'espace OHADA qu'une seule procédure, celle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dont le siège est à Abidjan. L'occasion m'a déjà été donnée de m'inscrire en faux dans ces mêmes colonnes contre ces textes (V. Notre article, OHADA : L'Arbitrage en danger! ». Le Soleil, 29 Octobre 1997).

Depuis, les choses ont beaucoup évolué dans le bon sens. La Commission Nationale OHADA du Sénégal n'est pas étrangère à cette évolution. C'est le lieu de lui rendre hommage pour avoir très tôt compris que l'Arbitrage ne peut être enfermé dans un carcan sclérosant parce qu'il s'agit d'une procédure multiforme reposant sur l'exaltation de l'autonomie de la volonté. A quelques exceptions près, tenant au respect de l'ordre public processuel et international, elle est largement gouvernée par la volonté des parties, pour ne pas dire la liberté individuelle.

Aujourd'hui, le droit de l'arbitrage tel qu'exprimé dans la version finale de l'Acte Uniforme (signé à Ouagadougou le 11 Mars 1999 et publié dans le JO de l'OHADA du 15 Mai 1999), fait entrer l'OHADA dans la « Cour des Grands » en ce qui concerne ce mode de règlement des litiges. Pour continuer dans ce langage sportif, disons qu'il s'agit d'un essai qu'il convient de très vite transformer dès lors qu'on veut contribuer à la sécurité de l'investissement dans notre espace économique. Il faut en effet savoir que le recul des lieux judiciaires de la médiation est souvent invoqué, dans la plupart des pays du globe, comme élément de sécurisation de l'investissement. Nous ne saurons être en reste !

Permettre au lecteur très peu initié de comprendre ce nouveau droit suppose une fiction. Imaginez un court instant, la durée nécessaire à la lecture de cet article, que l'espace OHADA est un restaurant. Le garçon qui vous accueille à l'entrée vous tient les propos suivants : « Ici, notre devise est : Liberté - efficacité ; tout est à la carte, il n'y a pas de menu

du jour. Vous avez donc la possibilité de composer vous même ce que vous voulez manger. En outre nous vous garantissons une exceptionnelle qualité de service ».

C'est un peu cela l'arbitrage OHADA. La devise de ce restaurant imaginaire colle parfaitement à l'esprit de notre objet d'analyse dont les caractéristiques essentielles sont : la liberté des parties de choisir les règles qui leur conviennent pour résoudre leur litige et, la garantie pour ces mêmes parties que leur volonté sera exécutée. C'est, autrement dit, la liberté de composer le menu et l'assurance que nos vœux seront exaucés grâce à un service de qualité.

## I. LIBERTE DE COMPOSER LE MENU

Dans l'Arbitrage OHADA, les parties sont maîtresses du jeu. Elles ont la liberté de choisir l'une des formes d'arbitrage prévue par le droit en vigueur. Une fois ce choix effectué, elles disposent d'une grande liberté dans la détermination du droit applicable au déroulement de l'Arbitrage. Pour en revenir à notre restaurant fictif : le choix du plat de résistance et celui de la sauce d'accompagnement sont laissés à la libre appréciation des parties. Ainsi, on se trouve en présence d'un Arbitrage à la carte dont le contenu est varié.

- En ce qui concerne cette carte, il convient de retenir que l'Acte Uniforme élargit la gamme des procédures contrairement aux avant projets qui dans leurs premières versions rendaient obligatoires et « Sans appel » la procédure CCJA. Aujourd'hui, outre cette dernière, les citoyens de l'espace OHADA peuvent s'en remettre à des centres locaux d'arbitrage voire même à l'arbitrage ad hoc. Pour aller un peu plus loin, signalons que l'Arbitrage CCJA est la procédure prévue par le Traité (art. 21 à 26) qui institue la CCJA en centre d'arbitrage ayant son propre règlement publié en même temps que l'Acte Uniforme. Si le choix est porté sur cette procédure CCJA, (qui concerne les différends d'ordre contractuel), la décision d'exequatur ne peut être rendue par une juridiction autre que la CCJA exerçant ses compétences juridictionnelles. Mais la CCJA n'est pas le seul centre d'arbitrage dans notre espace. Il en essaime un peu partout dans les Etats parties au Traité. Dakar a le sien (auprès de la Chambre de Commerce). Il en est de même d'Abidjan qui est pourtant le siège de la CCJA. Cela signifie que la cohabitation est possible. Elle était en tout cas souhaitée par les « sans culottes » contemporains qui ne se sont pas ménagés pour aller à l'assaut des privilèges monopolistiques que les rédacteurs des premiers avants projets voulaient réserver à la bastille

CCJA en sa qualité de centre d'arbitrage. Aujourd'hui, les choses sont claires: l'Acte Uniforme reconnaît les centres locaux d'arbitrage (art. 10 alinéa 1). Cet arbitrage institutionnel local est ouvert à toute personne et pour tout litige portant sur les droits dont elle a la libre disposition. Dans cet arbitrage par les centres locaux, ce sont les juridictions locales qui jouent le rôle de juge de l'annulation et de l'exequatur des sentences. La CCJA n'intervient qu'en qualité de juge de cassation des décisions des juridictions nationales.

Autant la CCJA que les centres locaux n'interviennent que dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. Mais la voie n'est pas pour autant fermée pour l'arbitrage « ad hoc » qui est la procédure se déroulant hors de tout organisme et dans laquelle les parties peuvent organiser le déroulement de l'instance sans être tenues d'appliquer le règlement d'arbitrage d'un centre quelconque. En somme, c'est une procédure qui permet d'adapter le règlement du litige à la volonté des parties et aux circonstances particulières de l'espèce. C'est son avantage, mais aussi son principal inconvénient car est patent le risque corruption qui pèse sur les arbitres dès lors qu'il n'y a aucune institution ou centre pour assurer un minimum de contrôle.

- Quelle que soit la forme d'arbitrage choisie, l'OHADA permet aux parties de déterminer, selon leur volonté, l'essentiel dans le déroulement de l'instance arbitrale. Cette liberté s'exprime aussi bien pour les règles applicables à la procédure que pour le droit devant régir le fond du litige.

. Concernant les règles de procédure, 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 (art. 14, al. Acte Uniforme). Même lorsque les parties s'en remettent à un règlement d'arbitrage, ces règlements ne ferment pas hermétiquement la porte à la possibilité d'une détermination des règles de procédure applicables à l'instance par les parties. Ainsi l'art. 16 du Règlement CCJA prévoit : »les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent règlement et, dans le silence de ce dernier, celles que les parties ou à défaut l'arbitre déterminent, en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage «.

. Pour les règles de fond, c'est à dire les règles applicables au fond du litige et qui permettent de dire le droit, la liberté des parties est à son maximum. « 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 appropriés compte tenu le cas échéant des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir ».

Pour conclure sur cette libre composition du menu de l'Arbitrage dans notre restaurant OHADA, il convient de retenir que, comme partout ailleurs, cette liberté a des limites. Elle n'est pas absolue parce que soumise aux limites inhérentes à l'autonomie de la volonté dans le droit des contrats (l'ordre public notamment) et aux principes essentiels du droit processuel sans lesquels l'Arbitrage basculerait vers l'arbitraire (égalité des parties, principe du contradictoire...).

La libre composition du menu n'est pas la seule caractéristique du restaurant OHADA. Il s'y ajoute une très grande qualité du service qui rend l'arbitrage attractif et surtout efficace.

## II. EFFICACITE DU SERVICE

Il ne sert à rien de se choisir les meilleurs mets d'un restaurant si le service se révèle défaillant (attente trop longue, interruptions fréquentes, portes de service grinçantes.).

En conséquence, pour ne pas faire les choses à moitié, et à l'instar des législations modernes sur l'arbitrage, le système OHADA assure à l'arbitrage une très grande efficacité. Celle-ci se manifeste à un double point de vue. D'une part dans le régime de la convention d'arbitrage qui est l'acte juridique par lequel le litige est soumis à un tribunal arbitral et d'autre part, dans la sentence arbitrale qui est l'acte juridictionnel c'est à dire la décision du juge arbitral encore appelée sentence.

- Il faut savoir que la condition sine qua non pour qu'il y ait arbitrage est l'existence d'une convention. C'est donc un contrat qui est à la base de ce mode de règlement des litiges. Certaines législations l'expriment clairement : « l'arbitrage ne peut naître que d'une convention le prévoyant expressément » (Code des Activités Economiques de la République de Guinée, art. 1114).

Mais un contrat est très souvent précaire parce que reposant pour son exécution sur la loyauté et la bonne foi des parties. Le refus d'exécution oblige à s'en remettre à la justice avec tout ce que cela comporte comme aléas... Pour y pallier, le droit de l'arbitrage OHADA érige, en la matière, le respect de la parole donnée en principe juridique. En conséquence, dès lors que les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage, ce dernier aura lieu nonobstant le refus de l'une d'elles. C'est en ce sens qu'on peut parler d'efficacité de la convention d'arbitrage qui se manifeste dans le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et dans la formation du lien d'instance.

. La tentation est grande pour une des parties de contester la validité de la convention d'arbitrage dès lors qu'elle se doute d'une issue défavorable pour elle. Puisque c'est la convention qui institue le tribunal arbitral, son irrégularité empêcherait les opérations d'arbitrage en remettant en cause le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Plus, certains plaideurs utilisaient la contestation de la validité de la convention d'arbitrage comme un dilatoire, un moyen de retarder la décision finale sur le litige. En effet, il était de pratique de faire trancher le contentieux de la validité de la convention d'arbitrage par le juge étatique pour ensuite revenir à l'arbitrage si le juge déclarait la convention valable. L'argumentation la plus pertinente pour remettre en cause la convention d'arbitrage consistait à faire état de la nullité du contrat principal qui la contient (hypothèse de la clause compromissoire).

Ce genre de pratique ne peut plus prospérer aujourd'hui. Le déjà ex-nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal lui avait donné un coup d'arrêt (V. Fatou CAMARA, le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère, Revue de l'Arbitrage n° 1, 1999 p.45). Et l'estocade fatale vient de lui être administrée par l'Acte Uniforme qui dispose que la validité de la convention d'arbitrage n'est nullement affectée par la nullité du contrat principal duquel elle est indépendante (principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage) et que l'arbitre peut lui même trancher la question de sa propre investiture (principe de la compétence - compétence).

En résumé, non seulement la nullité du contrat principal ne peut affecter le contrat d'arbitrage mais il n'est plus besoin de passer d'abord par le tribunal étatique pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage. L'arbitre peut lui même statuer sur cette question.

Nous voyons ainsi que le droit OHADA donne toute son efficacité à la convention d'arbitrage à travers ce principe d'autonomie et son corollaire la compétence. Ce n'est pas tout car cette efficacité est renforcée par les conséquences qui s'attachent à la formation du lien d'instance.

. L'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit l'arbitre conformément à la convention d'arbitrage ou, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral (article 10 al. 2, Acte Uniforme). Le Règlement d'Arbitrage CCJA en tire la conséquence suivante : « lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la cour... si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention » (art. 10-1 et 10-2).

Ces deux dispositions suffisent à illustrer mon propos quant au respect de la parole donnée. Dès lors qu'une convention d'arbitrage est conclue, elle oblige à aller devant le tribunal arbitral. Cela résulte aussi de l'effet obligatoire des contrats (cpr. Art. 96 COCC).

La conséquence qu'on peut en tirer et qu'en tire l'Acte Uniforme est l'incompétence des juridictions étatiques pour connaître du litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage, sauf si elles renoncent d'un commun accord à l'arbitrage ou si la convention est manifestement nulle.

Par ailleurs, comme pour confirmer l'intensité de la convention d'arbitrage, l'Acte Uniforme permet la constitution du lien d'instance même après la saisine d'un juge étatique (art. 4 al. 3). C'est une disposition intéressante pour les centres locaux d'arbitrage qui peuvent hériter d'une grande partie du contentieux encore pendant devant les tribunaux étatiques. Le Centre d'arbitrage de la Chambre de Commerce est en tout cas prêt à recevoir ce genre d'affaires en aidant les parties à rédiger les compromis d'arbitrage.

- En ce qui concerne la sentence qui, il faut le rappeler, est la décision du tribunal arbitral, il convient de retenir qu'elle cristallise l'intérêt essentiel de l'arbitrage. En effet, en procédant par la voie de l'arbitrage pour résoudre leur différend, les parties espèrent qu'elle débouche sur une sentence qui s'impose à elles. Dans ce sens l'Acte Uniforme affirme que la sentence a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche (art. 23). Cette qualité permet de distinguer la sentence d'une simple recommandation dont l'exécution

dépendrait de la volonté des parties. Mais elle ne permet pas tout autant de la considérer comme un véritable jugement car elle ne bénéficie pas en elle-même, de la formule exécutoire nécessaire pour une exécution forcée.

En conséquence, le meilleur service qui peut être rendu à l'arbitrage consiste à limiter les possibilités de remise en cause de la sentence et surtout, de pouvoir facilement la revêtir de la formule exécutoire. Il ne faut pas que « pour un oui ou un non », une des parties puisse faire tomber la décision qu'elle a contribué à créer. Il ne faut pas non plus que l'exécution de cette décision puisse être bloquée par le refus d'une des parties. Le système OHADA satisfait ce double service.

. L'OHADA fait l'économie de voies de recours telles que l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation contre la sentence. Seule la voie du recours en annulation, celle de la tierce opposition et du recours en révision sont recevables. Il faut voir dans cette limitation des voies de recours une autre conséquence du respect de la parole donnée.

L'arbitrage est une affaire de « gentleman ». Il n'est pas du tout indiqué qu'après avoir obtenu, dans la discrétion, une décision, on se met à la contester comme un vulgaire chiffonnier. En extrapolant, il est possible de considérer la décision arbitrale comme un élément à part entière du contrat d'arbitrage et, en ce sens, elle mérite les mêmes égards de loyauté et de bonne foi que toutes les autres clauses du contrat. Le monde des affaires, même s'il admet l'habileté pouvant conduire à « faire mal » à un concurrent, ne peut souffrir de la déloyauté. Il fonctionne selon une éthique fondée également sur le respect de ce principe juridico-moral qu'est la parole donnée. Elle est sacrée en affaires !

. Pour finir, la sentence peut faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision judiciaire (CCJA pour l'arbitrage organisé par ce centre et juridictions locales pour les centres locaux). L'avantage de l'exequatur CCJA est que la sentence aura un caractère exécutoire dans tous les Etats-parties. Mais l'exequatur par les juridictions nationales n'est pas en reste car elle assure une justice de proximité.

Il n'est pas souhaitable qu'on en arrive à l'exécution forcée. Mais pour parer toute éventualité, l'Acte Uniforme a quand même prévu une procédure d'exequatur. Et même les décisions arbitrales rendues hors de l'espace OHADA peuvent recevoir cet exequatur. L'exequatur est refusé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international d'un Etat partie (Acte Uniforme) ou à l'Ordre public international tout court (procédure CCJA).

Voilà brièvement esquissé et dans un langage qui s'est voulu très peu technique, le nouveau droit de l'Arbitrage OHADA issu de l'Acte Uniforme qui « tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties » (art. 35 al. 1). Ce qui rend caducs notre nouvelle loi et son décret d'application sans exclure l'arbitrage au niveau national. Ce qui est une bonne chose et méritait d'être souligné !

**Abdoulaye SAKHO**

Agrégé des Facultés de Droit - UCAD

Membre du Comité de Gestion du Ccentre d'Arbitrage

Membre du Comité des Experts de l'UNIDA