



**SESSION DE FORMATION DES FORMATEURS
AUXILIAIRES DE JUSTICE**
(Greffiers & Huissiers de Justice)

MODULE 1

Du 09 au 21 juillet 2001

DROIT DE L'ARBITRAGE OHADA

Communication de
Monsieur Amady BA,
Magistrat
Directeur du Centre de Formation Judiciaire
DAKAR - SÉNÉGAL

INTRODUCTION

A l'heure de la mondialisation de l'économie et de la globalisation des marchés, il est devenu impérieux pour tout Etat de se doter du cadre juridique d'une économie de marché ouverte et compétitive par la mise au point de modes efficaces de prévention et de règlement des différends commerciaux.

En Afrique, plus particulièrement, où le besoin d'investissement est criard, on constate, avec regret, que les investisseurs nourrissent encore, dans la plupart des pays, une grande méfiance vis-à-vis des systèmes juridiques mais aussi judiciaires. Le monde des affaires se nourrit de sécurité, de célérité mais aussi de discrétion, ce que ne garantit pas toujours la procédure judiciaire connue pour son incertitude, sa lenteur et la publicité qui entourent souvent le procès.

Pour corriger toutes ces imperfections en rassurant les opérateurs économiques et en sécurisant davantage les relations d'affaires, une place importante doit être faite à l'instauration des modes de règlement extrajudiciaires des différends, notamment l'arbitrage.

Qu'est-ce que l'arbitrage ?

Il a été défini comme étant « ***un mode alternatif de règlement des conflits consistant pour les parties à soumettre, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une institution spécialisée, leur différend, né ou éventuel, à des personnes appelées arbitres, à charge pour celles-ci de leur trouver une solution*** ».

Selon la formule de J. Robert et de B. Moreau (in L'arbitrage, droit intermédiaire privé, 5^e éd. Dalloz, 19873, n°1) « ***on entend par arbitrage, l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être rendus par des individus, revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger*** ». Garçonnet et César-Bru, à leur tour, définissent l'arbitrage comme étant « ***la faculté pour les parties de soustraire le différend qui les divise au jugement des tribunaux donnés par la loi pour le soumettre à une personnalité de leur choix*** ». (Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Paris éd. La Rose, 1904, tome 8, n°220).

Il m'a été demandé de restituer en tant que "petit" (f) de l'ERSUMA, la formation reçue dans le domaine de l'arbitrage OHADA. Permettez-moi de m'en

faciliter et de remercier le Directeur de l'ERSUMA pour la confiance mais également de remercier mes maîtres qui m'ont formé ici même et dans le cadre régional. Il s'agit d'éminents juristes, avec qui, j'ai fais mon premier contact avec l'arbitrage en tant que professionnel de la Justice.

Il s'agit de Messieurs Paul Gérard Pougoué et Abdoulaye Sakho, Maîtres de conférence Agrégé des Facultés de Droit, et respectivement "Grand" (F) du Cameroun et du Sénégal, spécialistes de l'arbitrage et qui ont profondément inspiré ma démarche.

Examinons d'abord l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (1^{ère} partie) et ensuite le système d'arbitrage de la CCJA (2^e partie). Mais auparavant quelques généralités pour cerner la notion.

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 jour après son adoption) et il est opposable depuis cette date (30 jours après sa publication au Journal Officiel de l'OHADA).

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 différents 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'état. 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 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 simple, 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 » (ARD) 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.

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'arbitre 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.

- 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 peut paraître inutile et dangereux ».

Il n'empêche que, malgré cette justification, l'analyste 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.

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.

PARTIE I– L’ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L’ARBITRAGE :

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 Parties et il prend la place des lois sur l’arbitrage.

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)**.

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 pourrons 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'arbitrage**. 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

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).

A la lumière de ces deux textes, 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 il 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 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 recouvrer 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 conflit avec la société, ce litige « peut être soumis à l'arbitrage » et le tribunal « 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 pour connaître l'organe compétent pour signer une convention d'arbitrage.

a – 3. Les personnes morales de droit public

Elle peuvent recourir à l'arbitrage sans pouvoir invoquer leur droit pour y échapper (art. 2 al. 2 Acte Uniforme sur 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 arbitral, 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 arbitraux 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. C'est 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 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 VALIDITE 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 la 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.

- 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).

1 – 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 au 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 opérationnelle 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 est 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 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 arrivée. 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 tour 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 ce rôle et permettent aux parties de bénéficier de leurs compétence 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 sera examiné dans la 2^e partie, avec le système CCJA.

- 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 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 avec 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'arbitrage ?

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.).

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 3^{ème}, 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).

b – L'organisation du tribunal

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.

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 désignaient 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 impératif 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

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, encourent 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 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 la position 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 dans 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 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 la 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 régie 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 fixes 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.

Dans l'arbitrage OHADA, le siège du tribunal arbitral détermine en principe la loi applicable à l'arbitrage : l'article 1^{er} 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 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.

Il n'a pas besoin de passer d'abord par le tribunal. Ainsi, les dilatoires peuvent être évités. 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 pas 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 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.

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. Mais elle a 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).

1 – LES DIFFERENTS TYPES DE SENTENCE

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 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 incompétents, 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 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 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 défaut d’excuse valable, est tenu 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-parties” 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 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)**.

a) le délibéré arbitral

- Les délibérations des arbitres sont secrètes (art. 18), c’est à peu de 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 formation 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 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 encoure l'annulation (art. 26 A. U.).

- Les conditions de formes

La sentence n'est pas soumise aux mêmes 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. L'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 règlent 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 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 ETATIQUES

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 parti, 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 partie 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 ...).

2^e PARTIE : LE SYSTEME D'ARBITRAGE DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE

INTRODUCTION

Nous avons déjà relevé que la physionomie du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA est dualiste. Un acte uniforme est consacré à l'arbitrage alors qu'un système d'arbitrage est conçu et placé sous la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : c'est l'objet de cette partie de notre exposé.

Le règlement d'arbitrage de la CCJA reprend toutes les dispositions qui relèvent normalement de la loi uniforme en apportant parfois des aménagements et organise un arbitrage au sein de la juridiction suprême chargée de l'application et de l'interprétation des actes uniformes de l'OHADA. Un triple souci de cohérence, de célérité et d'efficacité est à l'origine de cet arbitrage : le législateur OHADA entend faire de ce dernier un système d'avant-garde.

Quoiqu'il en soit, le système d'arbitrage de la CCJA est sans précédent aussi bien en Afrique que dans le monde. Une telle originalité ne peut que susciter des interrogations sur sa nature juridique et sur sa procédure.

Le système d'arbitrage de la CCJA présente deux principaux traits. Tout d'abord, il entend être indépendant par rapport à l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et se gouverner par ses seuls textes : c'est un système autonome ensuite, il se déroule sous l'égide d'une juridiction, tout en essayant d'assurer la prééminence des aspects arbitraux sur les aspects judiciaires. Il ne peut donc être assimilé ni à une justice étatique, ni à un arbitrage institutionnel pur, ni à un arbitrage judiciaire au sens de justice arbitrale rendue par les juges étatiques. Il peut être qualifié de para-judiciaire selon l'expression du professeur P.G. Pougoué.

Arbitrage autonome, le système d'arbitrage de la CCJA a ses sources juridiques et s'applique dans un champ spatial strictement déterminé.

Dans l'espace OHADA, l'Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage annoncé par l'article 2 du Traité OHADA et adopté le 11 mars 1999, régit l'arbitrage traditionnel c'est-à-dire les arbitrages ad hoc et les arbitrages qui se tiennent sous les auspices des institutions d'émanation privée qui existent dans l'espace OHADA tels que les systèmes d'arbitrage de la Cour d'Arbitrage de la Côte d'Ivoire (CACI) et le Centre d'Arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture de Dakar (CCIAD).

L'article 16 du règlement de la CCJA pose clairement l'autonomie du système. Il prévoit en effet que les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celle qui résultent dudit 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.

Le champ territorial de compétence du système d'arbitrage de la CCJA est tracé par l'article 21 du Traité OHADA. Le texte dispose qu'***«en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties, peut soumettre un différend (...) à la procédure d'arbitrage ...»***

Il résulte clairement de ces dispositions que le champ territorial du système d'arbitrage de la CCJA est constitué par l'ensemble des territoires des Etats parties au Traité OHADA.

La situation du système d'arbitrage de la CCJA semble s'expliquer par une raison simple : dans l'esprit des concepteurs du système, l'arbitrage n'est pas complètement détaché de

la justice étatique. La cour commune de justice et d'arbitrage qui administre les arbitrages, appuie les procédures en cas de difficulté, contrôle la régularité des sentences et délivre l'exequatur, est avant tout une cour judiciaire d'émanation étatique. Le système d'arbitrage de la CCJA serait donc une sorte de prolongement de la justice étatique des Etats parties à l'OHADA. on comprend qu'il circoncrive son champ aux limites territoriales d'exercice de la souveraineté des Etats de l'OHADA et qu'on puisse parler d'arbitrage para-judiciaire.

Outre le champ spatial d'application, le système d'arbitrage CCJA présente beaucoup d'autres originalités conceptuelles qui confortent sa qualification d'arbitrage para-judiciaire.

Quatre traits fondamentaux dominent la conception du système d'arbitrage de la CCJA : son ***organisation communautaire, le statut de ses arbitres, l'exequatur communautaire, l'évocation.***

Dans son organisation, le système d'arbitrage de la CCJA se singularise par la double fonction de la CCJA : celle-ci est en même temps centre permanent d'arbitrage et cour judiciaire contrôlant la régularité de sentences et délivrant l'exequatur.

Les attributions administratives de la CCJA sont bien résumées par le texte fondateur du système d'arbitrage de la CCJA. En effet, l'article 21 du Traité OHADA dispose que la CCJA ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentences. Le règlement d'arbitrage de la CCJA reprend les dispositions du Traité OHADA et apporte plus de précisions dans les attributions de la CCJA. Celles-ci peuvent être regroupées autour de trois points : la nomination ou la confirmation des arbitres, la décision sur la récusation et le remplacement des arbitres et l'examen des projets de sentences arbitrales.

L'article 1.1 du règlement d'arbitrage de la CCJA indique que les décisions que la CCJA prend dans le cadre de ses attributions administratives sont de nature administrative, sans recours, non motivées et dépourvues de l'autorité de la chose jugée.

Il est sûr que la formule exclut le recours juridictionnel contre ces décisions. Mais on a avancé qu'elle n'exclut pas la possibilité d'un recours gracieux. Si la solution peut générer quelques lenteurs, elle est tout de même plus conforme à l'état de droit. Reste qu'il y aurait à bien organiser un tel recours afin qu'il ne reste vraiment d'un recours gracieux.

La CCJA exerce les attributions juridictionnelles dans sa formation contentieuse ordinaire, conformément à son règlement de procédure. L'article 25 du Traité de l'OHADA prévoit que les sentences peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur. La Cour commune de justice et d'arbitrage a seule compétence pour rendre la décision d'exequatur.

Le passage par la procédure d'exequatur pour l'apposition de la formule exécutoire n'étonne pas s'agissant d'une décision rendue par des particuliers, c'est-à-dire des personnes non investies du pouvoir de juger par un souverain. Ce qu'il faut en revanche souligner c'est l'attribution à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du pouvoir d'accorder l'exequatur.

Outre la délivrance de l'exequatur, la CCJA statue sur les demandes de contestations de validité, reçoit les recours en révision et la tierce opposition à la sentence arbitrale.

On ne peut s'étonner de l'attribution à la CCJA du pouvoir de statuer sur les recours contre la sentence arbitrale. A partir du moment où elle a reçu compétence pour l'exequatur, l'attribution de la compétence pour l'examen des voies de recours paraît logique. En effet, comme l'exequatur, la voie de recours contre la sentence arbitrale s'intègre dans le dispositif du contrôle étatique sur les sentences arbitrales. On ne pouvait, sans courir quelque risque d'incohérence, disperser ce contrôle.

Sur le plan théorique, la double fonction de la CCJA ne devrait poser aucun problème. Le pouvoir de juger est exercé par les arbitres, et la CCJA, dans une formation administrative, exerce un contrôle de forme, et peut éventuellement, dans une formation contentieuse, exercer un contrôle juridictionnel sur les sentences. Sauf dans l'hypothèse où la Cour annule la sentence et évoque, elle n'exerce pas de pouvoir de juger sur le fond de l'affaire. En résumé, lorsqu'elle exerce le contrôle sur la forme de la sentence arbitrale, la Cour n'exerce aucun pouvoir de juger ; ce pouvoir est exercé par les arbitres.

Même sur les questions de forme, la Cour devra se montrer suffisamment prudente. On sait déjà sur bien des points on sera à la limite entre le fond et la forme. C'est sans doute pourquoi le règlement d'arbitrage de la CCJA précise que la Cour ne peut faire que des propositions de modification de "pure forme". Sont ainsi exclues les propositions débordant sur le fond voire des propositions de forme en liaison avec le fond. Le style employé devrait en plus faire voir qu'il s'agit bien de propositions, non de prescriptions, ni même d'orientations générales. L'objectif est de garantir l'indépendance des arbitres par delà la double casquette de la CCJA.

Pour minimiser ses craintes, il faudrait qu'au sein de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, les fonctions juridictionnelles et les fonctions d'administration d'arbitrage sont soigneusement séparées. Concrètement, les juges chargés des fonction en matière d'administration de l'arbitrage ne devraient pas siéger dans des formation juridictionnelles.

A - LE STATUT DES ARBITRES

Le trait marquant du système d'arbitrage de la CCJA est le bénéfice de l'immunité diplomatique accordée aux arbitres.

L'OHADA est une organisation internationale dotée d'une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres qui la composent et jouit à ce titre de la capacité ainsi que des privilèges et immunités reconnus par le droit international public. La cour commune de justice et d'arbitrage n'est pas une personne morale internationale, mais une institution de l'OHADA.

En tant que composante de l'OHADA, elle bénéficie des effets de l'immunité diplomatique de celle-ci.

L'immunité diplomatique de l'OHADA a été étendue très naturellement à son personnel dont les juges de la CCJA et, assez curieusement, aux arbitres que la CCJA nomme dans le cadre de la justice arbitrale. En effet, l'article 49 du Traité de l'OHADA dispose que «les fonctionnaires et employés du Secrétariat Permanent et de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ainsi que les juges de la Cour et les arbitres désignés par cette dernière jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatique...»

La formule a deux importantes conséquences en matière arbitrale. D'une part, en tant que centre d'arbitrage, la CCJA administre les arbitrages et peut bien commettre des fautes, mais elle ne peut être poursuivie. L'idée de liens contractuels qui existeraient entre la CCJA et les parties à l'arbitrage est sinon totalement écartée, du moins neutralisée.

D'autre part, l'arbitre qui commet des fautes dans l'exercice de ses fonctions ne peut être poursuivi.

En vérité, la solution n'étonne que par son radicalisme. L'idée d'une immunité protégeant l'arbitre dans l'exercice de sa mission est communément partagée. Mais il ne s'agit pas d'une immunité de forte intensité comme l'immunité diplomatique. Plus précisément, et dans le but de laisser les arbitres dans la sérénité nécessaire à leur

mission, il s'agit classiquement de les mettre à l'abri des actions en responsabilité pour des sentences qu'ils rendent. Les arbitres sont ainsi assurés que leurs éventuelles erreurs de jugement ne peuvent rien leur coûter. En revanche, leurs fautes graves et a fortiori intentionnelles ne peuvent être couvertes par une telle immunité.

En allant plus loin que cette solution classique, le système de la CCJA dresse une véritable forteresse autour des arbitres. Concrètement toute action en responsabilité contre les arbitres désignés par la CCJA buterait sur une fin de non-recevoir. La solution est la même, si l'on tente de mettre en jeu la responsabilité d'un juge de la CCJA ou de la CCJA en tant que centre d'arbitrage.

Si l'on interprète littéralement les textes, on doit dire que l'immunité ne profite qu'aux arbitres désignés par la CCJA, à l'exclusion de ceux désignés par les parties. Mais une telle discrimination ne se justifie pas, du moment où même les arbitres désignés par les parties sont nécessairement confirmés par la CCJA. Sans doute faut-il penser que la confirmation d'un arbitre par la Cour doit valoir nomination au sens du texte.

B - L'EXEQUATUR COMMUNAUTAIRE

En donnant à la haute juridiction communautaire compétence exclusive pour délivrer l'exequatur, le Traité indiquait implicitement que cet exequatur va permettre de poursuivre l'exécution forcée sur l'ensemble des territoires des Etats parties au Traité. Cette conséquence va être plus tard dégagée clairement par l'article 30.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA.

La solution n'était pas donnée, même dans un espace communautaire impliquant des transferts de compétences par des Etats aux instances communautaires. La

procédure d'exequatur est l'examen qui permet de délivrer la formule exécutoire à la sentence arbitrale. Or, la formule exécutoire est d'ordinaire dressée au nom du Souverain. Au confluence du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, elle est en quelque sorte la matérialisation de la souveraineté.

Mais d'un point de vue de l'opportunité, les raisons qui militaient en faveur d'un exequatur communautaire sont nombreuses. Le premier intérêt de ce choix c'est l'économie de temps et de procédure pour celui qui veut poursuivre l'exécution forcée dans plusieurs Etats de l'Organisation.

Le second intérêt c'est de ne pas risquer de s'éloigner de l'objectif d'harmonisation et sans doute plus précisément d'unification ci-dessus évoqué. Ce souci est particulièrement présent en matière d'exequatur. En effet, si on permettait que les sentences de la CCJA suivent l'épreuve de plusieurs exequatur dans plusieurs Etats, Il y aurait à craindre que par exemple la même sentence soit rejetée comme irrégulière au Congo mais déclarée régulière et exequaturée au Gabon ou vice-versa.

C - LA POSSIBLE EVOCATION

L'article 29.5 du règlement d'arbitrage prévoit la possibilité pour la Cour Commune de Justice et d'arbitrage, en cas d'annulation de la sentence à la suite d'un recours en constatation de validité, d'évoquer et de statuer au fond si les parties en ont fait la demande.

Une telle possibilité n'existe pas pour l'arbitrage traditionnel. En effet, l'article 29 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage donne seulement la possibilité à la partie la plus diligente de recommencer la procédure arbitrale en cas d'annulation de la sentence. Si le juge qui annule doit s'abstenir d'évoquer c'est parce que le contrôle qu'il est autorisé à effectuer sur la sentence arbitrale ne change pas la nature de la justice d'origine conventionnelle qu'est l'arbitrage traditionnel. S'il se substitue aux arbitres, il

méconnaît la convention des parties. On ne reste dans la logique de la justice conventionnelle qu'en renvoyant les parties à reprendre éventuellement la procédure.

Il en va autrement pour l'arbitrage CCJA se déroulant au sein d'une institution dotée à la fois des attributions administratives et des attributions juridictionnelles, l'attraction de celles-ci restent après tout fortes.

Le point focal de la procédure est le procès arbitrale. Mais, quelque fois, la procédure peut connaître un rebondissement inattendu après le procès.

I / LA PROCEDURE ARBITRALE CCJA

Il s'agit du procès arbitrale qui peut avoir d'un rebondissement inattendu.

A. LE PROCES Arbitral

Pour se réaliser, le procès arbitral suppose que des conditions et mesures préalables sont prises.

1 - LA PREPARATION DU PROCES

le procès arbitral suppose l'existence d'un litige arbitrable et la constitution du tribunal.

a) l'arbitralité

D'après le Traité de l'OHADA et le règlement d'arbitrage de la CCJA, il semble qu'il suffit qu'on se trouve en matière contractuelle pour que l'arbitrage CCJA soit possible. C'est donc par interprétation de la notion de <<différend d'ordre contractuel>> que la question de l'arbitralité du litige doit se résoudre.

Une solution certaine peut être dégagée : peu importe le différend porte sur une matière civile ou commerciale.

Mais jusqu'où aller dans la compréhension de la notion ***de <<différend d'ordre contractuel>>***.

La première incertitude apparaît lorsqu'on fait un rapprochement entre l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage d'un côté, le Traité de l'OHADA et le règlement d'arbitrage de la CCJA de l'autre. L'acte uniforme prévoit que l'arbitrage traditionnel n'est possible que <<sur des droits dont on a la libre disposition>> (l'article 2 de l'acte uniforme) ; le Traité (article 21) et le règlement d'arbitrage de la CCJA ne contiennent aucune réserve de libre disposition du droit. Le système d'arbitrage de la CCJA n'admet-il pas implicitement cette réserve ? Mais si l'on admet que le droit dont a la libre disposition serait disponible et qu'un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, on peut estimer que la réserve de la libre disposition devrait s'imposer comme principe général du droit et donc d'appliquer en l'absence de dérogation législative certaine, le silence des textes ne peut justement être pris pour une dérogation. On peut dès lors considérer que de manière générale, un droit indisponible, parce qu'il échappe à la maîtrise de son titulaire n'est pas arbitral. Ainsi on ne peut, même dans le système d'arbitrage CCJA, conclure une convention d'arbitrage sur les questions d'état et les aliments.

La seconde incertitude provient de <<l'ordre public>>. En effet, l'approche classique consiste à exclure l'arbitrage des matières qui intéressent l'ordre public. Mais

l'émancipation de la justice arbitrale, l'évolution de la pensée et l'enseignement du droit comparé invitent à l'abandon de la position classique. Celle-ci semble même anachronique eu égard au rôle de modèle pour la modernisation de la justice que les fondateurs de l'OHADA veulent faire jouer au système d'arbitrage de la CCJA. L'arbitre a alors la mission de rétablir le respect de la norme d'ordre public de telle sorte que, finalement, les matières non arbitrales sont réduites aux seules causes de nature extra-pratrimoniale.

On peut conclure que l'arbitre CCJA est possible dans toute cause de nature patrimoniale et à condition que le droit en cause soit disponible.

b) La constitution du tribunal arbitral

Comme dans tous les systèmes d'arbitrage, le tribunal arbitral est constitué par les parties. Dans l'arbitrage institutionnel, le centre d'arbitrage apportera son onction au choix des parties. Mais par de petites nuances, le système d'arbitrage de la CCJA donne un peu plus de pouvoir à la CCJA. L'important rôle de la CCJA en tant que centre d'arbitrage se voit aussi bien dans l'hypothèse souvent négligée où il y a tentative infructueuse de constitution du tribunal arbitral que dans celle où le tribunal est effectivement constitué.

b.1 - La tentative infructueuse de recourir à l'arbitrage

Qu'un tribunal arbitral statuant sur un déclinatoire de compétence décide que l'arbitrage n'aura pas lieu ne pose aucun problème particulier. En effet, comme toute juridiction, le tribunal arbitral est juge de compétence et peut donc juger, s'il n'existe aucune convention d'arbitrage, que l'arbitrage ne peut avoir lieu.

Mais la difficulté relative à l'existence de la convention d'arbitrage peut se situer à un stade antérieur à la constitution du tribunal arbitral. En effet, lorsque des démarches sont faites en vue de la constitution du tribunal arbitral, il est utile de savoir préalablement s'il y a lieu de donner suite aux démarches entreprises. Dans l'arbitrage ad'hoc, c'est au juge étatique que la question devrait se poser s'il est saisi en vue de la désignation d'un arbitre. Dans arbitrage institutionnel, c'est au centre d'arbitrage que la question est posée.

La question est pleine d'intérêt, puisqu'une certaine réponse pourrait apparaître comme une façon bien commode de substituer le centre d'arbitrage au tribunal arbitral qui aurait été constitué.

A son article 9 le règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que lorsque, *prima facie*, il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant l'application du présent règlement, si la défenderesse décline l'arbitrage de la cour, ou ne répond pas dans le délai de quarante cinq (45) jours, la partie demanderesse est informée que le Secrétaire Général se propose de saisir la Cour en vue de voir décider que l'arbitrage ne peut avoir lieu. La Cour statue, au vu des observations du demandeur dans les trente (30) jours suivants, si celui-ci estime devoir en présenter.

b. 2 - **Le rôle de la CCJA dans la constitution effective
du tribunal arbitral**

Le point certain est qu'il appartient à la CCJA de confirmer les arbitres désignés par les parties à l'arbitrage. Mais la CCJA ne pourra se contenter de confirmer les arbitres, que si les parties les ont désignés. Sinon elle les nomme directement.

Lorsqu'une partie prétend que tel arbitre ne peut régulièrement siéger, il appartient à la CCJA de statuer sur sa demande de récusation. De même il y a parfois à dire s'il faut remplacer un arbitre.

i - La nomination et la confirmation des arbitres

L'article 3 du règlement d'arbitrage de la CCJA règle les conditions d'intervention de la CCJA en distinguant deux hypothèses. Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le nommer d'un commun accord pour confirmation par la cour. Faute d'entente entre les parties dans un délai de trente (30) jours à partir de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre sera nommé par la Cour.

Lorsque les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres.

Lorsque trois arbitres sont prévus, chacune des parties, dans la demande d'arbitrage ou dans la réponse à celle-ci, désigne un arbitre indépendant pour confirmation par la Cour. Si l'une des parties s'abstient, la nomination est faite par la Cour. Lorsque le nombre des arbitres n'est pas déterminé par les parties et que la Cour estime que le tribunal arbitral sera composé de trois arbitres, les parties doivent, dans un délai de quinze (15) jours, désigner chacun un arbitre faute de quoi la Cour en nommera. Cette précision n'est pas fournie par le texte, mais on ne voit pas pourquoi la carence des parties recevrait un traitement différent dans cette hypothèse.

Dans tous les cas, le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient prévu que les arbitres qu'elles ont désignées devraient faire choix du troisième arbitre dans un délai déterminé. Dans ce dernier cas, continue le texte, il appartiendra à la Cour de confirmer le troisième arbitre. Si à l'expiration du délai fixé par les parties ou imparties par la Cour, les arbitres désignés par les parties n'ont pu se mettre d'accord, le troisième arbitre est nommé par la Cour.

Une dernière hypothèse de la substitution de la Cour se présente lorsque plusieurs parties, demanderesses ou défenderesses, doivent présenter à la Cour des propositions conjointes pour la nomination d'un arbitre et que celles-ci ne s'accordent pas dans le délai imparti. Le texte prévoit que dans ce cas la Cour peut nommer la totalité du tribunal arbitral.

Le pouvoir de confirmation des arbitres conféré à la CCJA ne peut s'exercer comme s'il s'agissait pour celle-ci de se substituer aux parties dans la désignation des arbitres. La Cour doit simplement vérifier que l'arbitre désigné présente des garanties d'indépendance, d'impartialité et de compétence. Il ne sera même pas nécessaire que l'arbitre figure sur la liste des arbitres dressée par la CCJA, car l'article 3.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA n'oblige pas les parties à rester dans le cadre de cette liste d'arbitres.

ii - La récusation et le remplacement des arbitres

L'article 4.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que la demande de récusation, fondée sur une allégation d'indépendance ou sur un autre motif, est introduite par l'envoi au Secrétariat de la Cour d'une déclaration précisant les faits et circonstances sur lesquels est fondée cette demande.

A peine de forclusion, la demande de récusation est introduite, soit dans les trente (30) jours suivant la réception, par le demandeur, de la notification de la confirmation de l'arbitre par la Cour, soit dans les 30 jours suivant la date à laquelle a été informé des faits et circonstances qu'il évoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification.

La demande de la récusation est instruite suivant une procédure propre à garantir le sérieux de la décision. En effet, dès réception de la demande, le Secrétariat Général de la Cour met l'arbitre concerné, les parties et les autres membres du tribunal arbitral, s'il y en a, en mesure de présenter leurs observations par écrit dans le délai approprié.

Au vu de ces observations et des éléments de la demande de récusation, la Cour prend sa décision.

Si la Cour admet la récusation, l'arbitre concerné est remplacé. Mais la décision de remplacer un arbitre est loin d'être automatique. Certes, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre, la CCJA ne peut que remplacer celui-ci si une demande de récusation prospère, ou si l'arbitre est décédé, empêché, ou démissionne. Mais lorsque le tribunal est constitué de plusieurs arbitres, la CCJA apprécie l'opportunité du remplacement d'un arbitre qui ne peut continuer la mission, à moins, semble t-il, que l'arbitre concerné soit le président du tribunal. Si la Cour refuse de remplacer un arbitre dans un tribunal arbitral, la procédure se poursuit et la sentence rendue sans la voix de l'arbitre qui n'a pu continuer la mission. Bien entendu, la CCJA s'assurera qu'on ne s'achemine pas vers un éventuel blocage, puisque privé d'un arbitre, le tribunal arbitral a une composition pair qui peut rendre difficile la prise des décisions. Au demeurant, parfois la CCJA refusera de remplacer un arbitre après avoir refusé la démission de celle-ci, présentée à un stade où il est manifeste qu'elle vise à saborder une procédure arbitrale dont la solution prévisible est contraire aux intérêts de la partie qui a désigné l'arbitre qui veut démissionner. La solution du refus de démission et du remplacement de l'arbitre permet de lutter contre les manœuvres dilatoires de l'arbitre indélicat.

La décision de la CCJA est prise en tenant compte de l'état d'avancement de la procédure et de l'avis des autres arbitres qui doivent continuer la mission.

Il appartient à la CCJA de pouvoir au remplacement de l'arbitre. Pour la désignation du nouvel arbitre, la Cour sollicite l'avis de la partie qui avait désigné l'arbitre à remplacer, sans que cet avis la lie. Cette solution semble inspirée par le souci de célérité, et parfois par la volonté de sanctionner dans une certaine mesure la partie qui avait désigné un mauvais arbitre.

2. LA REALISATION DE L'ARBITRAGE

La réalisation de l'arbitrage commence par l'instance et s'achève par la sentence arbitrale.

a) L'instance arbitrale

Le règlement d'arbitrage de la CCJA saisit de façon assez particulière le temps et le déroulement de l'instance. Mais au-delà de ces éléments particuliers, il faut s'arrêter sur les règles applicables à la procédure.

a . 1 - Le temps dans le système d'arbitrage de la CCJA

Les spécificités du système apparaissent d'une part dans la date d'ouverture de la procédure et d'autre part dans le délai d'arbitrage.

i. La date d'ouverture de la procédure

L'article 10 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA sur le droit de l'arbitrage applicable en ce qui concerne l'arbitrage ad'hoc, prévoit que l'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres conformément à la convention d'arbitrage, ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral. Dans les arbitrages institutionnels, il est habituel que la date de réception par le centre d'arbitrage de la demande d'arbitrage soit réputée date d'introduction de la procédure d'arbitrage.

La solution du système de la CCJA est plus énergique encore. En effet, la fixation de la date d'ouverture de la procédure est étroitement liée au versement de la caution. Concrètement, l'instance arbitrale commence non pas à la date à laquelle la demande d'arbitrage est reçue au Secrétariat de la Cour, mais à celle où le dossier est déclaré conforme, et donc après versement du droit prévu pour l'introduction des

instances dans le barème des frais de la Cour. D'un point de vue de facilité de recouvrement des frais d'arbitrage, la solution semble pratique.

ii. Le délai d'arbitrage

On sait quels intérêts s'attachent au délai d'arbitrage. encore faut-il savoir quel est ce délai et surtout comment le computer. A cet égard, l'article 12 de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage prévoit que si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne peut excéder six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée.

Le délai d'arbitrage peut être prorogé d'accord parties, ou sur décision judiciaire. Cette dernière voie de prorogation occasionnera parfois des pertes de temps qu'on avait pas prévues.

a.2 - Le déroulement de l'instance

Le trait marquant du déroulement de la procédure est l'institution d'un procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure en lieu et place de l'acte de mission communément prévu. L'article 18 du règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que les parties peuvent formuler des demandes nouvelles si l'arbitre considère qu'il ne doit pas autoriser une telle extension de sa mission, en raison notamment, du retard avec lequel elle a été sollicité.

a.3 - Les règles applicables a la procédure

L'article 16 du règlement d'arbitrage de la CCJA dispose clairement que les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent dudit 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.

Il en résulte que pour résoudre les difficultés procédurales nées de la carence du règlement d'arbitrage, il faut se référer d'abord à la convention des parties, et, à défaut, au choix de l'arbitre. Dans l'un ou l'autre cas, on peut certes recourir à l'Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage. mais un tel recours ne s'impose pas, puisqu'on peut choisir une solution différente. Les arbitres pourront donc, au lieu de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage, faire recours au règlement d'arbitrage de la CCI, de la CACI....

b) La sentence arbitrale

Les règles applicables à la sentence arbitrale rendue sous les auspices de la CCJA ne se démarquent que très peu des règles traditionnelles. Il faut rappeler ces règles traditionnelles et souligner quelques particularités.

b.1 La consécration des règles traditionnelles

La sentence arbitrale peut être préalable, partielle ou définitive ; elle doit liquider les frais et les imputer ; elle peut être une sentence d'accord parties, ou résulter d'un véritable délibéré arbitral.

Est consacrée l'idée d'examen préalable des projets de sentences par le centre d'arbitrage. L'article 23 du règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que les projets de sentences sur la compétence, de sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentences définitives sont soumises à l'examen de la Cour avant signature. Les autres sentences ne sont pas soumises à un examen préalable, mais transmises à la Cour pour information.

Il faut penser que sont vraiment résiduelles les sentences dont les projets ne sont pas soumis à la Cour. Il s'agira toujours de sentences avant-dire-droit.

L'article 23.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que la Cour ne peut proposer que des modifications de pure forme. La Cour commettrait un excès de pouvoir en faisant un commentaire, même léger, sur le fond de la sentence.

Au fond de la sentence, les règles applicables sont celles déterminées par les parties, et, à défaut, les arbitres. Certes, contrairement à l'Acte Uniforme, le règlement d'arbitrage de la CCJA oblige les arbitres à passer par une règle de conflit pour désigner le droit applicable. On aborde là déjà quelques règles particulières du système CCJA.

b.2 - L'adoption de quelques règles singulières

En plus de la particularité résultant de l'obligation faite à l'arbitre qui pallie la carence des parties de passer par une règle de conflit pour le choix de la loi appliquer au fond de la sentence, il faut souligner deux autres particularités tenant aux modalités de prise et à la présentation de la sentence arbitrale. D'abord, lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres et qu'aucune majorité ne se dégage pas lors du délibéré, le président du tribunal arbitral statue seul. La solution se démarque nettement de celle de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage qui s'en remet à la convention des parties, à défaut de laquelle, il s'en tient à l'exigence de majorité. La solution du règlement d'arbitrage peut sembler autoritaire, mais elle a le courage et la vertu d'écarter tout risque de blocage dans l'hypothèse où aucune majorité ne se dégage.

Ensuite, le règlement d'arbitrage de la CCJA montre bien son intérêt pour la motivation des sentences arbitrales, mais tolère la volonté contraire des parties. La solution est reprise de la loi-type de la CNUDC sur l'arbitrage commercial international. Mais le législateur africain ajoute la réserve que cette volonté des parties soit efficace au regard de la loi applicable. Il pose en effet que sauf accord contraire des parties, et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable, toutes les sentences doivent être motivées.

Deux questions intéressent dans la phase post-arbitrale. La première est celle de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale. La seconde est le prolongement possible de la procédure par le mécanisme de l'évocation.

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence

La partie condamnée par la sentence peut ne pas s'exécuter spontanément ; alors il va falloir rechercher l'exequatur en vue de l'exécution forcée. Dans des hypothèses précises, des voies de recours peuvent même être exercées. Sur ces deux points, le système d'arbitrage de la CCJA présente des solutions fort originales.

a) La recherche de l'exequatur

L'exequatur des sentences arbitrales rendues sous les auspices de la CCJA s'obtient auprès de la CCJA agissant dans le cadre de ses attributions judiciaires.

L'exequatur s'obtient par ordonnance du président de la CCJA ou du juge délégué à cet effet. La partie intéressée doit, à cet effet, saisir le président d'une requête. Le texte ne dit rien sur le contenu ou la forme de la requête. Mais il faut penser que la requête doit contenir les éléments propres à convaincre le président que la procédure arbitrale s'est déroulée convenablement.

Naturellement la procédure de délivrance de l'exequatur n'est pas contradictoire. Mais le président ne délivre l'exequatur qu'après un examen de la demande. Certes, cet examen ne concerne en principe pas le fond de la sentence ; mais il faut souligner la différence avec l'examen en vue de l'exequatur dans l'arbitrage traditionnel. En effet, selon l'article 31 de l'Acte Uniforme de l'OHADA, le seul motif qui peut justifier le rejet de la demande d'exequatur est la contrariété de la sentence à l'ordre public international des Etats parties à l'OHADA. en revanche, la liste des motifs de rejet de la demande d'exequatur est plus longue à l'article 30.5 du règlement d'arbitrage de la CCJA. ***Outre la contrariété à l'ordre public de la sentence dont on ne dit pas qu'elle doit être***

manifeste, il y a violation de principe de la procédure contradictoire, le fait pour l'arbitre de ne pas s'être conformé à sa mission, l'absence ou la nullité de la convention d'arbitrage. Finalement, on peut même se demander s'il reste vrai que le juge de l'exequatur se contente de vérifier la régularité apparente ou s'il va finalement au fond. La liste plus longue des points de contrôle peut être un indice de la variation. Mais ce qui est singulier encore c'est le fait qu'au regard du règlement d'arbitrage de la CCJA, la contrariété à l'ordre public ne semble pas devoir être forcément manifeste pour justifier le rejet de la demande d'exequatur. on peut lire le texte comme impliquant qu'au besoin le Président de la CCJA pourrait se livrer à un examen approfondi pour découvrir la contrariété à l'ordre public.

Lorsque l'exequatur est accordé, la partie qui en subira les effets n'est théoriquement pas encore informée de la procédure. L'ordonnance doit donc lui être notifiée par le requérant. Elle peut alors, dans les quinze jours de la signification, faire opposition. Celle-ci est jugée contradictoirement à l'une des audiences ordinaires de la Cour.

Dans le cadre de cette procédure contradictoire, la partie contre laquelle l'exequatur avait été accordée peut apporter des éléments pour paralyser la sentence, mais il faut penser qu'elle ne peut s'écarter des motifs de rejet de la requête d'exequatur énumérés par le règlement d'arbitrage.

Si la Cour accède aux prétentions de la partie qui fait opposition, elle devrait logiquement retracer l'ordonnance ou refuser l'exequatur, laissant survivre la sentence arbitrale, puisque celle-ci n'est pas attaquée. Mais le bénéficiaire de la sentence arbitrale ne peut plus tard demander l'exequatur de la même sentence dans l'espace de l'OHADA.

Il se peut aussi que le Président de la CCJA n'accorde pas l'exequatur. Le régime applicable dépend du motif du refus. Si le refus tient à ce que la Cour est déjà saisie, pour la même sentence, d'une demande en contestation de la validité, le requérant est obligé d'attendre l'issue de la procédure puisque les deux demandes doivent être jointes.

En revanche si l'exequatur est refusé pour un autre motif, le requérant peut, dans les quinze jours du rejet, saisir la CCJA. Elle notifie sa demande à la partie adverse, et la procédure devant la Cour est contradictoire.

Mais il convient lorsque l'exequatur est déjà obtenu de fermer la voie de la contestation de validité. La partie contre laquelle l'exequatur est obtenu a pu s'y opposer dans le délai ; et l'opposition à exequatur est possible en se fondant sur tous les moyens disponibles en matière de contestation de validité. La solution contraire aurait l'inconvénient de multiplier inutilement les possibilités de recours, et de laisser le bénéficiaire de l'exequatur aux caprices de perdant.

La solution de fermeture de la voie de contestation de validité après l'exequatur permet de penser qu'une éventuelle exécution provisoire prononcée par les arbitres serait sans portée pratique. Il faut au demeurant signaler que le silence du législateur sur la question de l'exécution provisoire est troublant. Mais à tout considérer il faut interpréter ce silence comme une fermeture de la possibilité de l'exécution provisoire. En effet, à ce qui est dit ci-dessus sur l'inutilité d'une exécution provisoire en cas de fermeture de la voie de la contestation de la validité, il faut ajouter un autre argument : le législateur oblige le Président de la CCJA à refuser l'examen de la d'exequatur en présence d'une demande de contestation de validité.

Il est au total clair que si l'exequatur est déjà accordé, la contestation de validité ne peut plus être faite. Seule l'opposition à l'exequatur est possible, laquelle ne semble pouvoir suspendre l'exécution. En effet, le trait commun des ordonnances est de rester exécutoires malgré les recours. Si l'exequatur n'est pas encore accordé, l'exécution provisoire nonobstant contestation de validité accordée par l'arbitre ne peut permettre l'exécution forcée. Dans les deux cas, les perspectives d'une exécutoire prononcée par l'arbitre sont compromises.

b) Les voies de recours contre les sentences arbitrales

Le règlement d'arbitrage a organisé des recours. Ceux-ci sont au nombre de trois : la contestation de validité de la sentence arbitrale, de recours en révision et la tierce opposition.

b. 1 - La contestation de validité de la sentence arbitrale

La voie de la contestation de validité de la sentence arbitrale est prévue par l'article 29 du règlement d'arbitrage de la CCJA. Si une partie entend contester la reconnaissance de la sentence arbitrale et l'autorité définitive de la chose jugée qui en découle, elle doit saisir la Cour par une requête qu'elle notifie à la partie adverse.

La requête en contestation de validité est recevable dès le prononcé de la sentence, et cesse de l'être si elle n'a pas été déposée dans les deux mois de la notification de la sentence.

b. 2 - Le recours en révision

Le recours en révision est prévu par l'article 32 du règlement d'arbitrage de la CCJA. Le texte dit que le recours en révision contre les sentences arbitrales et les arrêts de la Cour lorsque celle-ci a statué au fond est ouvert dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 49 du règlement de procédure de la CCJA. L'article 49 auquel le texte renvoie dispose que la révision ne peut être demandée qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la décision, était inconnu de la juridiction et de la partie qui demande la révision.

La demande de révision doit être formulée dans un délai de trois mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande de révision est basée. Mais même quand la demande est formée dans le délai, la Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en révision à l'exécution préalable de la décision.

Aucune demande de révision ne peut être formée après l'expiration d'un délai de dix ans à dater de la décision.

On remarquera au passage que le règlement d'arbitrage de la CCJA envisage la demande de révision non seulement de la sentence, mais aussi de l'arrêt de la CCJA statuant au fond après annulation de la sentence. La formule est reprise dans la tierce opposition.

b. 3 - La tierce opposition

L'article 33 du règlement de la CCJA dispose que la tierce opposition contre les sentences arbitrales et les arrêts de la Cour, lorsque celle-ci a statué au fond, est ouverte dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 47 du règlement de procédure de la CCJA.

L'article 47 du règlement de procédure de la Cour prévoit que toute personne peut présenter une demande en tierce opposition contre une décision rendue sans qu'elle n'ait été appelée, si cette décision préjudice à ses droits.

La demande doit spécifier la décision attaquée, indiquer en quoi elle préjudice aux droits du tiers opposant, indiquer les raisons pour lesquelles ce dernier n'a pu participer au principal.

La demande est formée contre toutes les parties au principal. Cela implique que le demandeur doit accomplir les diligences pour les faire venir dans la procédure.

2 - Les développements possibles de la procédure

La spécificité la plus remarquable des voies de recours contre les sentences arbitrales du système de la CCJA tient au développement possible de l'instance par l'évocation de l'article 29.5 du règlement d'arbitrage de la CCJA.

Mais l'évocation ne sera possible que si les parties la demandent. Il est clair que la volonté d'une seule partie ne pourrait suffire pour permettre à la CCJA d'évoquer. L'évocation se faisant ainsi sur la base d'une commune volonté des parties, la sortie de la voie arbitrale qui en résulte est compréhensible. Entrées dans la procédure arbitrale par convention, les parties peuvent en sortir par le même moyen.

On imagine bien que la procédure qui s'ouvre à la suite de l'évocation se déroule comme une procédure au fond ordinaire devant la CCJA. Mais jusqu'où peut-on aller dans cette conséquence ?

En cas d'évocation, on ne reste pas moins dans l'esprit de l'arbitrage ; dès lors, la CCJA qui évoque devrait respecter l'esprit de l'arbitrage et tenir le plus grand compte des règles du règlement d'arbitrage de la CCJA, de la convention d'arbitrage conclue par les parties et du cadre de l'arbitrage défini dans le procès verbal constatant l'objet du litige. Plus précisément, la loi applicable devrait être recherchée conformément à l'article 17 du règlement d'arbitrage de la CCJA. Il faudrait alors, si l'on aime la métaphore, dire que l'évocation permet de <<quitter les arbitres, non l'arbitrage>>.