



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

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



**FORMATION DES ARBITRES INSCRITS A LA CCJA ET
DANS LES CENTRES NATIONAUX D'ARBITRAGE**

Thème : Le Droit de l'arbitrage OHADA

du 04 au 08 octobre 2010

DROIT DE L'ARBITRAGE OHADA

Par

Pr. SOSSA Cossi Dorothé,

*LL.M., LL.D (Ottawa), Agrégé des facultés de droit,
Ancien Ministre, Doyen Honoraire,
Titulaire Chaire UNESCO,
Université d'Abomey-Calavi, Avocat (Bénin)*

Pr. DJOGBENOU Joseph,

*Agrégé en droit privé et sciences criminelles,
Université d'Abomey-Calavi, (Bénin)*

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

Le Droit de l'arbitrage OHADA : arbitrage CCJA

◦
:

Session de formation ERSUMA

Porto-Novo, du 4 au 8 octobre 2010

Prof. Dorothé C. SOSSA

Agrégé des Facultés de droit

PROGRAMME

I - LA NOTION D'ARBITRAGE

L'arbitrage et les autres modes de régulation des relations juridiques
Le caractère contractuel et juridictionnel de l'arbitrage
Les différents types d'arbitrage

II - LES SOURCES DU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS L'ESPACE OHADA

Les sources antérieures au droit OHADA
Les sources OHADA
Les autres sources

III – LA PROBLEMATIQUE DE L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE DANS L'ARBITRAGE

Le rôle du juge étatique avant la sentence arbitrale

Le rôle du juge dans la procédure arbitrage

Le juge judiciaire d'appui
La concurrence entre le tribunal arbitral et le juge étatique

Le rôle du juge après la sentence arbitrale

Objectifs de la formation :

- Apporter aux participants les connaissances théoriques et pratiques leur permettant de maîtriser le droit et la technique de l'arbitrage afin d'optimiser la mise en œuvre de l'Acte uniforme sur l'arbitrage.
- Permettre aux arbitres de repérer les interactions existant entre l'autorité judiciaire et les cours d'arbitrage.

Contenu :

- Présentation de la Cour d'Arbitrage et de sa procédure.
- Analyse des dispositions normatives régissant l'arbitrage OHADA (Traité, Règlement d'arbitrage de la CCJA, Acte uniforme sur l'arbitrage).
- La jurisprudence arbitrale de la CCJA.
- Technique de l'arbitrage international.
- La pratique arbitrale dans les centres d'arbitrage des pays membres de l'OHADA.
- Étude de cas.
- Problème de l'exequatur de la sentence par la CCJA dans les États parties et au-delà de l'espace OHADA - Coexistence des sentences arbitrales nationales et résolution du problème de leur exequatur.

CHAPITRE I : LA NOTION D'ARBITRAGE

A - L'arbitrage et les autres modes de régulation des relations juridiques

B - Le caractère contractuel et juridictionnel de l'arbitrage

C - Les différents types d'arbitrage

A - L'arbitrage et les autres modes de régulation des relations juridiques

Qu'est-ce que l'arbitrage ? En quoi tient l'intérêt porté à cette institution en expansion constante dans le règlement des litiges de nature commerciale ? Quelle différence y-a-t-il entre l'arbitrage et les autres modes non judiciaires de règlement des différends.

1. – Définition, avantages et inconvénients de l'arbitrage

Nous aborderons successivement chacun de ces trois points.

1.1 - Définition

L'arbitrage est « *une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle* »¹. Grâce à cette institution, des « *litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de juger* »². Ces « individus », appelés arbitres et qui sont étrangers au litige, règlent le différend en exerçant la mission juridictionnelle qui leur a été librement confiée par les parties litigantes³.

Plusieurs avantages sont reconnus au mécanisme de l'arbitrage pour la résolution des litiges. Mais celui-ci ne manque pas non plus d'inconvénients.

1.2 - Les avantages du recours à l'arbitrage

Le grand succès de l'arbitrage, notamment dans le règlement des litiges commerciaux internationaux, est dû au fait qu'il présente pour les milieux d'affaires de nombreux avantages tenant dans son adéquation, sa confidentialité et sa rapidité.

D'abord, l'arbitrage *atténue le dépaysement provoqué par toute institution judiciaire* pour le justiciable, dans la mesure où le choix des arbitres revient aux parties. Cela crée une certaine familiarité entre celles-ci et leurs juges lesquels sont, la plupart du temps, personnellement choisis pour leur science et leur réputation professionnelle. Ils *n'inspirent donc pas, comme certains juges nationaux, une crainte de partialité*. Dans la pratique, de nombreux arbitres sont des juristes de très haut niveau qui apportent une compétence déterminante lorsque le fond du litige est de nature strictement juridique. Mais, lorsque les faits du litige sont très techniques comme c'est d'ailleurs souvent le cas dans le commerce international, on assiste généralement à une composition du tribunal arbitral qui intègre les compétences requises.

¹ Henri Motulsky, « la nature de l'arbitrage », dans *Écrits*, II, 5, Paris, Dalloz, 1974, p. 6.

² Jean-Robert, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1993, n° 1.

³ Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, thèse LGDJ, 1987, n°785.

En second lieu, tout en offrant la *prééminence aux usages commerciaux dans l'appréciation des faits de la cause*, le recours à l'arbitrage répond au *souci des parties de ne pas divulguer un contentieux ponctuel* dont la publicité risquerait, peut-être, d'envenimer un ensemble de relations commerciales souvent complexes. La confidentialité constitue donc l'un des avantages les plus importants de l'arbitrage.

En troisième lieu, enfin, la rapidité constitue un autre avantage de l'arbitrage, même s'il arrive que, en raison de recours multiples teintés de dilatoire, certains arbitrages durent autant qu'une procédure judiciaire. En général, l'arbitrage permet donc d'obtenir des arbitres *une justice plus rapide qui est, en outre, plus souple et plus adaptée à la nature du litige*. La *possibilité de conciliation* est d'ailleurs, toujours, présente dans le recours arbitral.

Mais l'arbitrage ne présente pas que des avantages : il a aussi des inconvénients.

1.3 - Les inconvénients de l'arbitrage

Ces inconvénients se rapportent au coût de la procédure arbitrale souvent jugé élevé pour les parties, à la difficulté qui peut entourer l'exécution de la sentence ainsi que la quasi-impossibilité de faire comparaître devant les arbitres des tiers impliqués dans le litige.

S'agissant du coût, les arbitres reçoivent des honoraires des parties litigantes alors que la procédure judiciaire est gratuite en ce que les justiciables ne paient pas leurs juges. Une partie de la doctrine considère que les honoraires des arbitraires ne sont pas très bon marché et qu'en conséquence l'arbitrage est une procédure onéreuse. A la vérité, vu les enjeux des litiges soumis à arbitrage, l'idée que son coût prohibitif est bien souvent fausse.

D'un autre côté, il peut y avoir une difficulté à exécuter la sentence arbitrale. A cet égard, on doit d'abord relever les deux différences importantes qui existent entre la décision d'un juge étatique et la sentence d'un arbitre :

- premièrement, le juge, organe de l'autorité publique, tient ses pouvoirs de la loi étatique qui définit ses compétences. A défaut d'exécution volontaire par la partie qui succombe, la décision du juge peut être exécutée par voie de contrainte, sauf si l'exécution était recherchée à l'étranger auquel cas la décision judiciaire est assujettie à l'obtention préalable de l'autorisation de la juridiction locale compétente, i.e. à l'exequatur.
- ensuite, l'arbitre, de son côté, tire sa compétence de la volonté des parties qui le désignent. Si les parties ne s'exécutent pas spontanément, la décision de l'arbitre ne pourra être mise en œuvre par la contrainte que moyennant, dans tous les cas, l'autorisation de la juridiction locale compétente.

Autrement dit, si la partie succombante s'oppose à l'exécution il faut un jugement *d'exequatur*, ce qui peut conduire à un réexamen complet du fond du litige, sauf s'il y a une convention internationale ou une loi qui en dispense comme dans le cas de l'arbitrage OHADA. Notons, par ailleurs, que pour faciliter l'exécution dans sentences arbitrales étrangères, la majorité des pays du monde ont ratifié la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* adoptée à New York le 10 Juin 1958. Le Bénin a ratifié cette Convention le 16 mai 1974.

Comme troisième inconvénient du recours à une procédure arbitrale, il y a la *quasi-impossibilité de faire comparître devant les arbitres des tiers impliqués dans le litige, mais non parties à la clause compromissoire*, c'est-à-dire, principalement, une impossibilité technique d'appel en garantie ou en intervention.

Mais ces inconvénients ne contrebalancent pas réellement les avantages de l'institution arbitrale même s'ils ne sont pas totalement étrangers au développement des modes alternatifs de règlement des litiges qui tiennent, pour la plupart, dans des mécanismes qui lui sont très proches.

2 – Les notions voisines de l'arbitrage : les MARL ou ADR

A côté de la procédure contraignante de l'arbitrage, il y a en d'autres qui échappent à l'administration du juge étatique et qu'on appelle les modes alternatifs de règlement des litiges (ou encore des conflits ou des différends d'où les sigles MARL, MARC ou MARD), notamment les litiges de nature commerciale. Pour une partie de la doctrine, même l'arbitrage, du seul fait qu'il s'entend d'une procédure échappant au contrôle du juge étatique, constitue un MARL⁴. Mais cette position n'est pas très convaincante dans la mesure où l'arbitrage se distingue des MARL en ce qu'il donne lieu à un vrai procès débouchant sur une décision, dénommée sentence arbitrale, qui est obligatoire pour les parties⁵.

Différents modes d'encadrement du contrat du commerce international se sont développés de nos jours et, finalement, l'approche moderne dans ce domaine comprend, outre la saisine des tribunaux nationaux et l'arbitrage pour le règlement des litiges, la négociation entre parties, avec ou sans l'aide d'un tiers ou d'une institution. L'intervention du tiers peut prendre la forme d'une médiation, d'une consultation, d'un mini-trial (procédure simulée), d'un référé pré-arbitral, d'une expertise amiable ou d'un *Dispute Boards* (DB). On peut ajouter à cette liste la transaction.

Ces techniques d'encadrement du contrat sont analysées comme une expertise juridique par une partie de la doctrine la plus qualifiée. Mais l'on peut surtout relever qu'elles se ramènent au triptyque négociation, médiation, expertise et tendent toutes à assurer la survie et la bonne exécution du contrat. Ces procédés, qui constituent les MARL, sont ce que les anglo-américains dénomment *Alternative Dispute Resolution* (en abrégé *ADR*) et qui tendent à devenir des *Amicable Dispute Resolution* i.e. des Modes Amiables de Règlement des litiges.

Dans sa mission d'accompagnement des affaires internationales, la CCI, qui occupe une place charnière au sein des milieux professionnels mondiaux, offre actuellement de son côté, outre les services de sa Cour internationale d'arbitrage, d'autres voies de facilitation des échanges et de la conduite des grands travaux de génie civil dans le monde. C'est là l'objet de ses Règlements ADR, d'expertise, DOCDEX et celui relatif aux *Dispute Boards* (DB). On relève que, de nos jours, 44% des clauses d'arbitrage sont associés, en amont, à des clauses relatives aux mécanismes précontentieux et, notamment, la négociation, l'expertise ou la médiation⁶.

⁴ Cf., par exemple, Matthieu de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Préface de Pierre Bellet, Paris, GLN-Joly éditions, 1990, n° 230.

⁵ Jacques Béguin et Michel Menjucq (sous la direction de), *Droit du commerce international*, Paris, Litec, Collection Traités, 2005, n° 2402.

⁶ Sur le sujet voir Dorothe C. Sossa, « L'adaptation dirigée du contrat du commerce international aux circonstances », *Revue Béninoise de Sciences juridiques et Administratives*, n° 23, 2010, pp. 54 et s.

Pour bien les distinguer de l'arbitrage, nous examinerons, comme MARL ou ADR, la médiation, l'expertise amiable, la transaction, les *Disputes Boards* et le Règlement ADR de la CCI qui vise un ensemble de MARL.

2.1 - La Médiation

Le Nouveau Code de procédure civile français distingue et régit la conciliation et la médiation (articles 21, 127 et s., 21, 131 et s.). Selon cette conception, la médiation est un « mode de règlement des conflits consistant pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution *sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation*, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique »⁷.

S'agissant de la conciliation, elle s'entend de l' « accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toutes prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes»⁸.

La conciliation peut parfois prendre la forme du *mini trial* (procédure simulée) d'essence anglo-américaine. Ce procédé comporte deux phases dont la première, procédurale, présente un aspect juridictionnel simulé tendant à éclairer les parties sur l'issue d'une procédure judiciaire ou arbitrale normale. La seconde phase du *mini trial* consiste pour les parties à négocier, à partir du résultat de la première, dans le sens du rapprochement de leurs prétentions respectives.

Dans ce contexte, ce qui différencie la conciliation et la médiation tient en ce que ces deux modes de règlement des litiges reposent sur la recherche d'un accord entre les parties litigantes grâce à l'intervention d'un tiers, le conciliateur ou le médiateur. Mais, contrairement au médiateur qui propose, sans pouvoir l'imposer, les termes de l'accord, le conciliateur se limite à les rapprocher.

Mais il importe de souligner très fortement ici que cette approche est loin d'être largement partagée. Pour certains juristes autorisés, « *lorsqu'une médiation est engagée c'est dans le but de parvenir à une conciliation, la réconciliation, des parties en litige. Dans le langage commun, le terme médiation désigne donc la méthode, le processus mis en œuvre, tandis que le terme conciliation désigne le résultat recherché* »⁹.

Pour ces mêmes auteurs, « conciliation » et « médiation » sont synonymes. Dès lors qu'on est dans le cadre de la médiation conventionnelle, il n'y a pas lieu, (...), de faire une distinction entre les clauses de médiation et les clauses de conciliation. – Cette distinction (...) n'a de sens que lorsque la recherche de la solution amiable s'effectue dans le cadre d'une instance juridictionnelle [en France], le législateur [français] imposant alors l'utilisation de termes différents, correspondant à des réglementations différentes. – En revanche, lorsque la

⁷ - Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7^e édition, Paris, PUF, 2005, v^o Médiation.

⁸ - *Ibid.*, v^o Conciliation.

⁹ Henri-Jacques Nougéin, Yves Reinhard, Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier, André Boyer et Philippe Genin, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation*, Paris, LexisNexis-Litec, Collection Pratique professionnelle – Procédure, 2004, n^o 235.

procédure est organisée par les parties elles-mêmes, on peut parler indifféremment de médiation et de conciliation, de médiateur ou de conciliateur. L'utilisation par les parties d'un terme plutôt qu'un autre ne saurait être interprétée comme reflétant une intention particulière, et ne devrait produire aucune conséquence juridique spécifique »¹⁰.

En tout état de cause, la pratique internationale autorise, clairement et nettement, la préférence pour la médiation en lieu et place de la distinction de la conciliation et de la médiation. C'est dans ce sens que s'énonce le paragraphe troisième de l'article premier de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) sur la conciliation commerciale internationale : *« aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne (le "conciliateur") de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. Le conciliateur n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige. »*

En somme, la médiation consiste dans l'accompagnement par un tiers de la réflexion des parties à un litige pour leur permettre de le résoudre par elles-mêmes de manière pacifique, sans soumission à une quelconque autorité et sans la moindre contrainte. Ce tiers, appelé médiateur, qui doit être neutre, impartial et indépendant, joue un rôle d'intermédiaire dans les relations litigieuses.

Ainsi, alors que l'arbitrage implique la détermination des droits des parties en litige par un tribunal, composé d'un ou de plusieurs arbitres ayant le pouvoir de rendre une décision exécutoire, la médiation constitue plutôt le prolongement des négociations directes entre les parties avec l'intervention d'un intermédiaire neutre. La différence entre la médiation et l'arbitrage réside donc dans le fait que l'arbitre rend une décision qui s'impose aux parties qui ont choisi l'arbitrage. Il reste à ajouter ici qu'une pratique, encore marginale, fondée sur l'association de la médiation et de l'arbitrage, se développe actuellement aux États-Unis. Dans cette pratique, connue sous la dénomination de *Med-Arb*, le médiateur peut, par convention préalable des parties ou avec l'accord ultérieur de celles-ci, se transformer en arbitre du litige, en cas d'échec de la médiation.

2.2 - L'expertise amiable

Il y a lieu de distinguer l'expertise judiciaire de l'expertise amiable. L'appréhension de la première, i.e. l'expertise judiciaire, ne souffre d'aucune confusion avec l'arbitrage. Par contre, la seconde, l'expertise amiable, y prête largement.

L'expertise judiciaire vient en application des dispositions légales relatives aux mesures d'instruction exécutées par un technicien. Du fait que celui-ci intervient sur décision d'un juge, qui se réserve l'appréciation finale de la cause dans un jugement ou dans un arrêt, l'expertise judiciaire conserve son caractère strictement technique. Autrement dit, l'expert judiciaire est maintenu dans une situation de délégation pour l'exécution d'une mission dont le juge conserve pleinement la maîtrise.

¹⁰ Ibidem, n° 316.

C'est avec l'**expertise amiable**, qui, à l'instar de l'arbitrage, trouve son fondement dans la convention des parties, qu'apparaît un sujet de confusion. Mais la terminologie employée par les parties (expert ou arbitre, avis ou sentence) n'est nullement déterminante pour la distinction. Comme l'a décidé, dans un arrêt déjà très ancien, la Cour de cassation française « la qualité des tiers chargés d'une mission par les parties à un contrat ne saurait dépendre des termes ou de la qualification employée par celles-ci, mais ressort de la nature de la mission à eux confiée »¹¹. C'est donc au juge que revient, dans tous les cas, le pouvoir de rectifier la qualification erronée que les parties ont donnée à un acte.

La distinction du pouvoir attribué au tiers pour l'exercice de sa mission, comme étant de fait ou de droit, est également loin de constituer ici un critère satisfaisant pour la précision. De même le caractère obligatoire de la décision du tiers est impuissant à établir la nature arbitrale ou non de sa mission du fait qu'il existe une catégorie d'expertise amiable obligatoire qui nécessite, pour la mise en œuvre de l'avis de l'expert, l'intervention du juge.

En définitive, on est présence d'une convention d'arbitrage lorsque le tiers désigné par les parties est investi d'un pouvoir de décision et face à une expertise lorsque la mission du tiers consiste seulement à proposer une solution¹².

Une expertise particulière tient dans le DOCDEX administré par le Centre international d'expertise de la CCI. Le Règlement DOCDEX a été élaboré par la Commission de technique et pratiques bancaires de la CCI pour faciliter la résolution diligente des litiges nés de l'application des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*, des *Règles uniformes pour les remboursements entre banques*, des *Règles uniformes relatives aux encaissements et des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande*¹³. Chaque cas est tranché par un comité de trois experts dont la décision est examinée ensuite par le conseiller technique de la commission bancaire du Centre pour en vérifier la conformité aux règles applicables et à leur interprétation. La décision DOCDEX est rendue par le Centre international d'expertise de la CCI sans effet obligatoire sauf convention contraire des parties¹⁴.

2.3 - La transaction

Il s'agit d'un contrat nommé (art. 2044 et 2058 C.civ) par lequel les parties à un litige (déjà porté devant un tribunal ou seulement né entre elles) y mettent fin à l'amiable en se faisant des concessions réciproques¹⁵. Il est important de noter que la nature spécifique de la transaction tient en ce qu'elle nécessite des concessions réciproques entre les parties dans la mesure où elle constitue un contrat synallagmatique. Elle emporte, de ce fait, renonciation mutuelle au droit d'action de chacune des parties. C'est ce critère qui permet de distinguer la transaction d'autres institutions telle que, notamment, la donation

La transaction doit être constatée par écrit »¹⁶. Il s'ensuit que cette convention est soumise aux règles de la preuve édictées par les articles 1341 et s. du Code civil en vigueur dans la plupart

¹¹ Req. 31 mars 1832, D. 62.1.241 ; S. 62.1.362.

¹² Jean-Robert, op. cit., n° 4-1.

¹³ Pour ces différentes règles, se reporter au site www.iccwbo.org.

¹⁴ V. *Règlement ADR – Règlement d'expertise – Règlement relatif aux Dispute Boards*, op. cit.

¹⁵ - Article 2044 du *Code civil français*; Cornu, op. cit., v° Transaction.

¹⁶ Article 2044, al. 2.

des pays membres de l'OHADA. A l'instar de la chose jugée la chose transigée devient intangible et ne peut, en conséquence, plus être remise en cause. Autrement dit, elle s'impose tant aux parties contractantes qu'au juge et une action exercée, postérieurement à la transaction sur la chose transigée, se heurterait à une fin de non-recevoir. Celle-ci est connue sous la dénomination d'*exception de transaction* et emprunte son régime à celui de l'exception de chose jugée. L'*exceptio litis finitae per transactionem* répond en tout point, en effet, à l'*exceptio litis finitae per rem judicatam*¹⁷.

2.4 - Les *Dispute Boards*

Les milieux professionnels ont été la cheville ouvrière dans la construction et la promotion des DB. C'est d'abord, au plan international, la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) qui, face au contentieux considérable généré par les grands travaux de construction comportant le génie civil, les bâtiments et les équipements, a élaboré, en 1987, la « clause 67 des conditions FIDIC pour les marchés de génie civil »¹⁸.

La FIDIC a ainsi proposé aux parties concernées, pour chaque grand projet, la constitution d'un bureau d'étude ou d'ingénierie investi, à la demande du maître de l'ouvrage, d'une mission d'assistance et de maîtrise d'œuvre. En cas de litige entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, la « clause 67 » prévoit une action en deux temps. Il y a, d'abord, une soumission obligatoire du différend à l'ingénieur qui, statuant comme un pré-arbitre, rend une décision obligatoire mais de nature contractuelle. Dans un deuxième temps, et en cas de persistance de la mésentente, il y a saisine d'un tribunal arbitral sur la base de la clause compromissoire prévue à cet effet.

Mais ce système recelait un défaut qui réside dans le fait que l'ingénieur n'est pas indépendant du maître de l'ouvrage. Pour y remédier, la FIDIC a créé, en 1995, le *Dispute Adjudication Board* (DAB) pour les marchés de conception-construction clés en main.

Suivant plus tard l'exemple de la FIDIC, la Banque mondiale a retenu, en 1996, la formule du *Dispute Review Board* (DRB) qui, contrairement au DAB, compétent pour prononcer des décisions obligatoires mais de nature contractuelle, ne formule que des recommandations. Le mécanisme du DAB de la FIDIC a servi dans le projet de creusement du tunnel sous la Manche et a permis la poursuite constante des travaux en dépit des litiges qui naissaient¹⁹. Les clauses FIDIC jouissent d'une grande autorité et font l'objet d'une utilisation courante dans les contrats relatifs aux grands projets internationaux de génie civil. On estimait qu'environ 40 % des contrats internationaux de construction sont basés sur les modèles FIDIC.

Intervint, plus tard, le *Règlement relatif aux Dispute Boards* de la CCI qui a pour objet l'établissement et le fonctionnement d'organes permanents connus, comme dans les modèles de la FIDIC, sous le nom de *Dispute Boards* (DB), et généralement mis en place au début d'un contrat afin de favoriser son exécution harmonieuse. Ils sont surtout indiqués pour les grands travaux de construction internationaux (infrastructures, ensembles immobiliers et industriels) et aident les parties à devancer les risques de perturbation et de blocage dans l'exécution du contrat, éviter la complication des divergences de vue, résoudre les désaccords et les litiges au fur et à mesure de leur naissance. Les DB tiennent, le cas échéant, des réunions de chantier ou des visites de terrain, organisent des échanges avec ou en provoquent

¹⁷ Loïc Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 2^e édition, Paris, Litec, 1998, n° 944.

¹⁸ Pour une étude d'ensemble des clauses FIDIC, v. Guy Lefebvre et Juliette d'Hollander, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie », *Revue Juridique Thémis*, volume 31, 1997.209.

¹⁹ Philippe Malinvaud, loc. cit., p. 254.

entre parties pour mettre au jour les zones d'inquiétude pour, autant que faire se peut, en favoriser la dissipation diligente.

Le Règlement prévoit que l'opinion émise par le DB, sur une difficulté, constitue, soit une recommandation, dont l'exécution est laissée à la discrétion des parties, soit une « décision » contraignante de nature contractuelle. La « décision » doit en effet être respectée par les parties dès notification.

En fait, il existe trois types de DB dans le système de la CCI : les *Dispute Review Boards* (DRB) qui émettent des recommandations, les *Dispute Adjudication Board* (DAB) qui rendent des « décisions » et les *Combined Dispute Boards* (CDB), mécanismes hybrides tenant à la fois des DRB et des DAB et qui sont compétents pour émettre, suivant les cas et sur accord exprès ou tacite des parties, des recommandations ou prendre des « décisions » exécutoires. Dans tous les cas, le recours aux tribunaux arbitraux ou étatiques demeure toujours possible pour les parties en cas d'échec de la négociation²⁰.

2.5 – Un cas spécifique : le Règlement ADR de la CCI

Avec le Règlement ADR de la CCI, les parties peuvent bénéficier, à leur demande, d'un règlement négocié de leurs mésententes ou des difficultés survenues dans le cours du contrat grâce à l'aide d'un tiers neutre. Ce Règlement se rapporte, tout à la fois, à la **médiation**, à la **consultation**, au **mini-trial (procédure simulée)**, et au **référé pré-arbitral**.

L'ADR s'entend ici non pas comme « **règlement alternatif des différends** » mais plutôt comme un « **règlement amiable des différends** » en ce que son objet est d'aider les parties à négocier un accord. Les parties peuvent ainsi choisir librement de recourir, pour tout différend commercial national ou international, soit à la médiation, la consultation du tiers, à un *mini-trial* ou à une combinaison de ces formules. Faute d'un choix de l'une de ces trois formules par les parties, on applique la médiation. Le dispositif ainsi proposé est rapide, relativement peu coûteux et mis en œuvre sous leur contrôle.

Dans la médiation, le tiers intervient en tant que « facilitateur » aidant les parties à parvenir à un règlement de leur différend par négociation. Il est tenu à cet effet des réunions confidentielles appelées « *caucuses* » entre le tiers et les parties pour permettre à celles-ci d'exprimer librement leur problème et leur besoin. Le tiers ne donne pas d'avis sur le fond du litige. **Dans la consultation**, comme dans une expertise amiable, le tiers est appelé à donner un avis sur une question de fait ou de droit, une question technique, l'interprétation d'une clause contractuelle ou encore sur d'autres points. Le *mini-trial* CCI réunit au sein d'un panel le tiers et un représentant autorisé de chaque partie. Chacune de celles-ci expose sa position au panel qui agit ensuite comme médiateur pour rechercher une solution au litige ou émettre un avis sur le fond. Ce rôle de médiateur peut être aussi tenu par le tiers agissant seul. L'avis émis ici par le médiateur peut, suivant la convention des parties, être purement consultatif ou au contraire obligatoire. Dans tous les cas, le règlement autorise les parties à convenir de toute autre formule ou combinaison de formules.

Le Règlement ADR et le Règlement du Centre international d'expertise de la CCI peuvent se compléter du fait que de nombreux litiges, objet de règlement négocié, nécessitent

²⁰ Chambre de Commerce Internationale, *Services de règlement des différends. Règlement ADR. Règlement d'expertise. Règlement relatif aux Dispute Boards*, Publication ICC 847, op. cit., p. 8.

l'aide d'un expert pour leur résolution. L'expertise peut intervenir dans le cadre des activités commerciales permanentes ou dans celui des relations contractuelles. Les parties à un litige, à l'instar du juge ou de l'arbitre, peuvent avoir besoin d'un expert pour les éclairer. Le Centre international d'expertise de la CCI peut répondre à leurs demandes en proposant des experts qualifiés. Le Centre d'expertise de la CCI a été déjà saisi, dans ce cadre, pour l'évaluation d'actions de société, les réévaluations de prix contractuels, la détermination de l'origine de vices affectant un processus industriel, l'estimation du rendement d'une unité de production, l'appréciation de l'état d'équipements en vue de la détermination du prix d'achat, l'interprétation de la portée de certaines stipulations contractuelles²¹.

Dans le référé pré-arbitral, les parties, qui doivent avoir conclu à cet effet un accord écrit, sollicitent un « tiers statuant en référé » qui a alors compétence pour ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en l'état. Cette mesure doit revêtir un caractère d'urgence et tendre à prévenir un dommage imminent ou un préjudice irréparable. Le tiers peut ainsi ordonner un paiement ou toute autre mesure rentrant dans l'exécution du contrat ou requise par la conservation ou l'établissement de preuves, la sauvegarde d'un droit ou d'un bien de l'une des parties. Il y a donc dans cette procédure la reddition d'une ordonnance de référé donnant une solution provisoire au litige et posant les bases d'un règlement définitif²². Le « tiers statuant en référé » est nommé d'accord parties ou par le Président de la Cour internationale d'arbitrage de CCI²³.

Il ressort ainsi que, dans le commerce international, toute une palette de recours s'offrent aux contractants pour assurer la bonne exécution, ou au besoin, procéder à la révision de leur contrat.

Cela dit, on note une certaine fréquence de **clauses d'arbitrage dites « pathologiques »**, i.e. des clauses de règlement des litiges contradictoires ou inefficaces, désignant, par exemple, une institution d'arbitrage inexistante ou insuffisamment précise²⁴, ou encore une clause blanche, i.e. une clause qui ne précise pas les modalités de désignation des arbitres. L'interprétation des clauses pathologiques relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Il arrive ainsi fréquemment que les juridictions étatiques sauvent des clauses pathologiques en leur restituant le sens que des parties avisées auraient dû leur donner. Ainsi, par exemple, là où les parties avaient évoqué « la commission d'arbitrage de la chambre de commerce française de Paris », la Cour d'appel de Paris a retenu qu'elles avaient en réalité à l'esprit « la chambre arbitrale de Paris ». Cette position est conforme à l'interprétation *in favorem validitatis* retenue par la Cour de cassation française²⁵.

²¹ Cour internationale d'arbitrage de la CCI, *Des solutions mondiales aux différends commerciaux*, op. cit., p. 17.

²² Cour internationale d'arbitrage de la CCI, *Règlement d'arbitrage - Règlement de référé pré-arbitral*, op. cit., p. 53.

²³ Cour internationale d'arbitrage de la CCI, *Des solutions mondiales aux différends commerciaux*, op. cit., p. 18.

²⁴ Ex. Clause prévoyant l'arbitrage de la « chambre de commerce international de La Haye », ord. Des 30 juill et 26 sept. 1986, in Boissésou, op. cit., n° 646, note n° 44 ; clause renvoyant à « un arbitrage à Paris », TGI Paris, 14 oct. 1985, *ibid.*, note n° 47 ; clause visant à la fois l'arbitrage CCI et tribunal de commerce: Paris, 1re Ch. D, Sté Vivendi c/ J. Nègre; 24 mai 2000, Sté Baccarat c/ Sté Eglass Platinium et autres; clause se référant à une Association internationale de l'arbitrage, interprété en faveur de la CCI, Paris, 1re Ch. C, 7 févr. 2002, SA Aifac c/ sté Imrac, Rev. arb. 2002.413, note Fouchard.

²⁵ *Ibidem*.

B - Les différents types d'arbitrage international

Il y a d'abord l'arbitrage de droit interne et l'arbitrage de droit international. Ce dernier type peut revêtir la forme de l'arbitrage commercial international (intervenant entre deux ou plusieurs personnes privées, ou entre une ou plusieurs personnes privées et un ou plusieurs Etats) et celle de l'arbitrage de droit international public (intervenant entre deux Etats dans le cadre d'une intervention diplomatique). Il est à noter que l'arbitrage CIRDI est spécifique et s'apparente, à la fois, à l'arbitrage commercial international et à l'arbitrage de droit international public. L'arbitrage peut, enfin, être classifié en arbitrage institutionnel ou en arbitrage ad hoc.

1 - Arbitrage de droit interne et arbitrage international.

L'arbitrage peut être aussi bien interne qu'international. L'arbitrage interne porte sur les litiges qui ne présentent aucun élément d'extranéité, i.e. des litiges qui n'ont pas des attaches avec plusieurs systèmes de droit.

A contrario, est international l'arbitrage dont l'objet de la convention a des liens avec plus d'un pays. Plusieurs critères juridiques ainsi qu'un critère économique concourent, cumulativement ou alternativement, à la caractérisation de l'arbitrage international.

Au nombre des critères juridiques de définition de l'arbitrage international, il y a ceux qui se rapportent à la situation des parties dans des Etats différents, au lieu d'exécution du contrat ainsi qu'à l'origine du litige et au lieu de situation de l'objet du contrat. Ces trois critères sont considérés comme des critères objectifs en qu'ils sont rattachés à la relation commerciale objet de la relation litigieuse. Un autre critère juridique, qualifié de subjectif, est celui qui repose sur la volonté des parties à l'arbitrage.

D'après le critère économique de définition de l'internationalité de l'arbitrage, identique à celui de la définition économique du contrat international, est international, l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international. L'arbitrage international suppose donc ici, comme le contrat du commerce international, une opération impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières ou intéressant l'économie (ou seulement la monnaie) de deux pays au moins.

2 - Arbitrage commercial international, arbitrage de droit international privé, arbitrage de droit international public et arbitrage CIRDI

Le droit comparé ignore souvent la spécificité du droit commercial dans l'ensemble du droit des affaires et, par conséquent, la particularisation de l'arbitrage commercial pour ne retenir que l'arbitrage international tout court. Celui-ci s'entend de l'arbitrage de droit international privé et doit être distingué de l'arbitrage de droit international public qui intervient entre deux Etats dans le cadre, généralement, d'une intervention diplomatique. Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre de ces deux types d'arbitrage, on distingue l'arbitrage *institutionnel* et l'arbitrage *ad hoc*.

Une catégorie particulière d'arbitrage institutionnel réside dans l'arbitrage du Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) dont le

fonctionnement tient à la fois des règles et principes de droit interne, ou de nature privée du commerce international, et de ceux du droit international public. L'arbitrage CIRDI appelle donc d'être bien distingué comme une catégorie spécifique d'arbitrage institutionnel.

Quant à l'«*arbitrage ad hoc*» il se rapporte à celui qui relève de la seule initiative des parties sans recours à aucune institution d'arbitrage²⁶.

2.1 - L'arbitrage commercial international

La commercialité de l'arbitrage est tributaire de celle du litige considéré qui se déduit de la nature commerciale de la relation conflictuelle. En droit OHADA, la commercialité de l'arbitrage correspond à celle de l'acte de commerce donnée par l'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

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

Le caractère international de l'arbitrage implique un régime dominé par une large autonomie des parties dans la détermination des règles de droit applicables.

2.2 - L'arbitrage de droit international public

L'arbitrage qui implique au plan international uniquement des personnes publiques et notamment les Etats, constitue une technique très ancienne relevant du droit international public même si son affirmation ne s'est clairement faite qu'à partir de la fin du 18^e siècle²⁷. Ainsi la Grande-Bretagne et Etats-Unis ont créé, par les traités Jay du 19 novembre 1794, trois organes arbitraux ; de même le Venezuela et onze autres puissances ont créé en 1903 des commissions mixtes²⁸.

Cet arbitrage prenait place entre deux Etats et était considéré comme « *plus respectueux de la souveraineté des Etats que le règlement juridictionnel* »²⁹. On a relevé qu'il avait dû « *sa reconnaissance et son essor* » à « *l'esprit pratique des Anglo-saxons et leur prédilection pour des solutions transactionnelles* »³⁰. Mais, son acception véritable et son origine ne dépasseraient guère l'affaire dite de l'Alabama (14 septembre 1872) qui a suivi la guerre de

²⁶ Gérard Cornu, *op. cit.*, v° « Arbitrage ».

²⁷ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 6^e édition, Collection Domat droit public, Paris, Montchrestien, 2004, p. 569.

²⁸ *Ibid.*, p. 568.

²⁹ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e édition, Paris, LGDJ, 2002, n° 525.

³⁰ *Ibid.*

sécession américaine (1861-1865), sur la base du reproche fait au Royaume Uni par les Etats-Unis d'Amérique d'avoir manqué, durant ce conflit, à son devoir de neutralité en soutenant le Sud sécessionniste contre le Nord unioniste causant ainsi d'importants préjudices à la Fédération américaine³¹.

Dans des pages d'anthologie, dont nous ne résistons pas à citer ici quelques extraits, ces deux éminents juristes ont cru déceler les mobiles du litige comme suit: «(...) *Egalement sollicitée par le Nord et par le Sud, l'Angleterre n'écoula que son intérêt. Sans doute, elle était anti-esclavagiste comme le Nord, mais elle était libre-échangiste comme le Sud et la liberté des échanges, principe économique, a plus de prise sur l'esprit de lucre d'une nation marchande que la liberté des esclaves, principe moral, n'a de poids sur sa conscience. Puissance maritime, l'Angleterre s'inquiétait des progrès croissants de la marine américaine (...). Nation industrielle, elle ressentait vivement l'effet du blocus du Sud, qui, privant de coton ses manufactures du Lancashire, faisait chômer ses ouvriers. Peut-être, enfin, métropole reniée, souhaitait-elle la division, l'affaiblissement, ou même la ruine d'une colonie dont l'indépendance avait jadis été pour elle non seulement une perte, mais encore un défi. Partout les forces qui créent une opinion, la jalousie, l'intérêt, la rancune, l'Angleterre est ainsi portée contre le Nord vers le Sud (...).* »³².

Mais cette époque, à en croire Louis Renault, correspondait à celle de l'arbitrage « *politique et diplomatique* » car pouvait-il alors écrire : « peu de *matières de droit international public* (nous avons souligné) ont été, depuis une vingtaine d'années, traitées plus abondamment et à des points de vue plus divers que l'arbitrage international »³³. Renault émit ensuite le vœu suivant : « (...) *J'ose croire et affirmer, (...) que l'arbitrage international ne se développera sérieusement qu'en quittant d'une manière absolue le domaine politique et diplomatique où il a été longtemps confiné pour rester pleinement dans le domaine judiciaire où il ne fait qu'entrer (...)* »³⁴.

2.3 - L'arbitrage CIRDI

La Convention de Washington du 18 mars 1965 a créé le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) dont l'objet est d'offrir aux parties intéressées et qualifiées des facilités pour régler leur litige par la conciliation ou par l'arbitrage. C'était à l'époque la seule institution d'arbitrage international qui s'apparente à une juridiction internationale³⁵.

L'intérêt de cette organisation internationale intergouvernementale, principale institution pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux, pour les pays en développement en général et, en particulier, pour les Etats africains, réside dans le fait qu'elle est de nature à favoriser des flux d'investissements en leur direction dans la mesure où la possibilité de disposer d'un forum indépendant de l'Etat d'accueil pour traiter des litiges éventuels a toujours représenté aux yeux des investisseurs une garantie formidable.

³¹ Ibid. ; A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, T. II (1856-1872), Paris, Les Editions Internationales, 1932, p. 714 et s.

³² Ibid., pp. 717-718.

³³ Louis Renault, Préface à A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome I (1798-1855), Paris, A. Pedone, 1905, p. v.

³⁴ Ibid., p. x.

³⁵ D.H. Bliesener, *La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale*, RDIDC, 1991 (2-3), p. 95.

Il convient sans doute de rappeler ici que si la Banque Internationale pour la Reconstruction et le développement (B.I.R.D.) a été le maître d'œuvre de ce projet dont la réalisation a connu la participation très active de la plupart des Etats africains alors fraîchement indépendants (Cf. travaux préparatoires), c'est parce que, avant l'avènement du Centre et eu égard à sa mission et à son prestige, la Banque avait été maintes fois sollicitée pour prêter ses bons offices au règlement de litiges du genre. Ce fut, notamment, le cas à la suite des nationalisations de l'*Anglo-Iranian Oil Company* par l'Iran en 1951-1952 et du *Canal de Suez* par l'Egypte en 1956³⁶.

Les graves insuffisances de la justice dans la plupart des pays en développement spécialement en Afrique, les aléas de la protection diplomatique pour l'investisseur étranger, la délocalisation imparfaite de l'arbitrage commercial international intervenant entre investisseur et Etat d'accueil, l'insuffisance inévitable, pour l'investisseur, des solutions de droit interne en matière d'immunité et de l'effet des actes des gouvernements étrangers, donnent toute son importance à la naissance et au fonctionnement régulier du C.I.R.D.I.

Les Etats africains ont bien compris que l'avènement du C.I.R.D.I. constitue un progrès formidable et un événement marquant dans les efforts entrepris au plan international pour corriger la carence et les failles des voies de recours ouvertes à un investisseur étranger contre son Etat d'accueil.

A l'avantage de l'Etat d'accueil, le recours au Centre implique l'exclusion de l'exercice de la protection diplomatique à son encontre par l'Etat d'origine de l'investisseur³⁷. Il y a aussi l'inestimable bénéfice d'un règlement fondé sur le droit ou sur l'équité³⁸. Au surplus, la partie étatique a la faculté d'assujettir son consentement à l'arbitrage du Centre à l'épuisement préalable par la partie privée étrangère des recours judiciaires et administratifs internes³⁹.

Quant à l'investisseur étranger il dispose, lorsque le recours au Centre est convenu, d'un accès direct à une instance arbitrale internationale complètement délocalisée, c'est-à-dire une instance dont les décisions échappent au contrôle de quelque juridiction nationale que ce soit. L'article 53 (1) de la Convention C.I.R.D.I. prévoit, en effet, que : « La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention [...] »⁴⁰. Le règlement des différends par le Centre emprunte la voie de la conciliation ou celle de l'arbitrage. A cet effet il dispose de deux règlements à savoir, d'une part, la convention et les règlements CIRDI et, d'autre part, le règlement du Mécanisme complémentaire.

³⁶ Sur ce point, voir Malcolm D. Rowat, « *multilateral approaches to improving the investment climate of developing countries: the cases of I.C.S.I.D. and M.I.G.A.* », 33 *Harvard international law journal*, 1992, p. 106. Cet article propose, plus généralement, une étude tant des conventions C.I.R.D.I. et A.M.G.I. que du fonctionnement du Centre et de l'Agence.

³⁷ Article 27 de la Convention CIRDI.

³⁸ Article 42 de la Convention CIRDI.

³⁹ Article 26 in fine de la Convention CIRDI.

⁴⁰ Les recours possibles en vertu de la Convention CIRDI contre les sentences rendues sous l'égide du Centre sont les recours en interprétation, en révision et en annulation organisée par ses articles 50, 51 et 52 de la Convention. Ils sont exclusivement du ressort du Centre. Les tribunaux étatiques ne sont donc pas compétents pour apprécier les suites d'une sentence CIRDI.

3 - Arbitrage institutionnel et arbitrage ad hoc

Que l'arbitrage soit interne ou international, commercial ou de droit international public il peut constituer en outre un arbitrage *institutionnel* ou un arbitrage *ad hoc*.

3.1 – L'arbitrage institutionnel

L'arbitrage institutionnel est celui organisé sous l'égide d'organismes, souvent internationaux, qui sont permanents et spécialisés. Les parties à un arbitrage s'en remettent souvent, en effet, à une institution d'arbitrage et se soumettent aux règles préétablies et consignées par celle-ci dans un règlement d'arbitrage. L'institution apporte à l'arbitrage un soutien administratif, notamment dans le choix des arbitres, le déroulement de la procédure et l'examen de la forme des projets de sentence.

L'arbitrage institutionnel le plus développé et le plus connu est celui offert par la Chambre de Commerce Internationale de Paris (CCI, *International Chamber of Commerce* avec le sigle ICC en anglais) à travers sa Cour Internationale d'Arbitrage et son Règlement d'arbitrage. Cette institution consulaire a été fondée en 1919 à Atlantic City (Etats-Unis d'Amérique), sur l'initiative d'un homme d'affaires américain. Il s'agit d'une association régie par la loi française de 1901 qui a son siège à Paris. Elle représente les entreprises au plan mondial et compte actuellement des milliers d'entreprises présentes dans cent trente (130) pays. Formellement, la CCI est constituée de représentants des différents pays «membres», désignés par les comités nationaux qui représentent les milieux économiques et professionnels. Elle a pour objectifs de favoriser les échanges et les investissements, l'ouverture des marchés aux biens et aux services ainsi que la libre circulation des capitaux. Sa cour internationale d'arbitrage a été créée en 1923 et est dotée d'un règlement d'arbitrage élaboré par elle. Cette cour d'arbitrage constitue la plus importante institution d'arbitrage commercial international du monde. La CCI connaît une activité considérable dans le domaine de la normalisation des usages et des pratiques commerciaux. Elle est ainsi l'auteur, notamment, des Incoterms ainsi que celui des règles et usances relatives au crédit documentaire.

L'arbitrage CCJA de l'OHADA constitue un autre exemple d'arbitrage institutionnel. On peut aussi ajouter ici, sans être exhaustif, l'arbitrage de l'*American Arbitration Association (A.A.A)*, celui de la *London Court of Arbitration* ainsi que l'arbitrage essentiellement interétatique, administré par la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) de la Haye (Pays-Bas). La CPA a été créée en 1899 pour faciliter le règlement des différends entre États par le mode de l'arbitrage. C'est une organisation intergouvernementale comptant actuellement plus d'une centaine d'États membres. La CPA est devenue une institution arbitrale qui offre ses services, tant en droit international public qu'en droit international privé, aux États, aux autres organismes publics nationaux, aux organisations internationales et aux parties privées⁴¹.

Le recours à l'arbitrage institutionnel offre une sécurité certaine par rapport à l'arbitrage ad hoc. On observe, en pratique, une forte tendance au recours à l'arbitrage institutionnel. Par leur parfaite organisation et leur application à répondre aux aspirations de leurs clients, les institutions d'arbitrage recueillent la confiance des opérateurs du commerce international et dominant le secteur en dépit d'une certaine persistance de l'ad hoc.

⁴¹ Cf. www.pca-cpa.org.

3.2 - L'arbitrage ad hoc

L'arbitrage ad hoc se rapporte à celui qui relève de la seule initiative des parties sans recours à aucune institution d'arbitrage⁴². C'est une procédure d'arbitrage créée pour la circonstance par les parties.

Si le recours à ce type d'arbitrage offre plus de souplesse que le choix de l'arbitrage institutionnel, il ne garantit pas pour autant la sécurité d'un règlement préétabli et éprouvé par un centre permanent d'arbitrage. La rédaction d'une clause compromissoire *ad hoc* requiert, en effet, une aptitude réelle et une vigilance particulière. Sauf l'hypothèse où des facteurs spécifiques commandent le recours à l'arbitrage *ad hoc*, la règle générale est de privilégier l'arbitrage institutionnel.

C – Les caractères de l'arbitrage

Dans la mesure où l'arbitrage OHADA présente certains traits particuliers marqués, il convient de faire le départ entre les caractères généraux de l'arbitrage et ceux spécifiques de l'arbitrage OHADA.

1 – Les caractères généraux de l'arbitrage

L'arbitrage est de nature composite en ce qu'il recouvre à la fois *un aspect contractuel*, du fait de la convention d'arbitrage qui lui donne naissance, *juridictionnel* eu égard à la sentence qui l'achève, et *procédural* en raison du déroulement de l'instance arbitrale.

La nature contractuelle de l'arbitrage tient en ce que les parties doivent, pour faire trancher leur différend par des arbitres, exprimer à cet effet leur consentement dans une *convention d'arbitrage* ou *contrat arbitral*. La plupart des législations internes reconnaissent la validité des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats, notamment internationaux, ou les conventions d'arbitrage établies à la survenance du conflit. Il s'agit dans le premier cas (clause insérée dans le contrat) d'une *clause compromissoire* et dans le second cas (convention d'arbitrage conclue après la naissance du litige) d'un *compromis*.

Il importe de distinguer ici l'arbitrage de l'*amiable composition*. La convention d'arbitrage peut, en effet, accorder des pouvoirs d'amiables compositeurs aux arbitres. Il s'agit des pouvoirs exceptionnels en vertu desquels, contrairement à ce qui se passe dans l'arbitrage proprement dit, les arbitres s'écartent du droit applicable et des usages commerciaux pour s'en tenir à l'équité. L'arbitre reçoit donc ainsi une grande liberté. L'équité consiste ici à admettre que certaines contestations puissent être résolues, compte tenu des faits de l'espèce, en écartant une règle de droit obligatoire pour le juge judiciaire. Une partie peut ainsi renoncer à réclamer l'application d'une règle de droit, qui devrait normalement s'appliquer, en vertu d'une convention valide. On peut ainsi, par exemple, renoncer à un droit tiré d'une prescription. Pour autant, l'amiable composition n'est pas synonyme d'un renvoi au non-droit. D'abord, l'arbitre amiable compositeur est tenu d'appliquer les règles d'ordre public. En outre, l'amiable composition ne joue que si les conséquences de l'application des règles légales interprétatives devaient être inéquitables.

⁴² - Gérard Cornu, *op. cit.*, v° « Arbitrage ».

L'arbitrage revêt, ensuite, un caractère juridictionnel. L'arbitre comme le juge exerce, en effet, une fonction juridictionnelle. La différence entre eux se situe uniquement dans la source de leur pouvoir, celle-ci étant contractuelle pour ce qui concerne l'arbitre et étatique s'agissant du juge. La fonction juridictionnelle de l'arbitre entraîne d'importantes conséquences sur le plan du régime juridique de l'institution arbitrale et permet de distinguer l'arbitrage des MARL. Le caractère juridictionnel de l'arbitrage fournit également, en droit positif, un guide utile à la solution des difficultés de fond ou de procédure qui peuvent se présenter⁴³. L'arbitre est donc un véritable juge dont la décision s'impose aux plaideurs.

Dans la mesure où il assure une fonction juridictionnelle et rend une sentence de nature juridictionnelle, assimilable à un jugement, l'arbitre doit, comme le juge étatique, être impartial et indépendant des parties.

L'arbitrage est, enfin, procédural en raison des garanties requises au plan de la procédure pour assurer un procès équitable aux plaideurs.

2 – Les caractères spécifiques de l'arbitrage OHADA

L'arbitrage OHADA n'est ni spécialement commercial, ni exclusivement international. Il est, en outre, tout aussi institutionnel qu'*ad hoc*.

2.1 – L'arbitrage OHADA n'est ni spécialement commercial ni exclusivement international

Aux termes de l'article 21 du traité OHADA : « *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 d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre* ». En outre, l'article 2 de l'acte uniforme prévoit que: « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.* ».

Il n'existe donc aucune restriction quant au caractère civil ou commercial du litige à arbitrer. Bien entendu, toutes relations juridiques régies par les actes uniformes de l'OHADA ont, en principe, vocation à recourir à l'arbitrage. Mais en visant les droits dont on a la libre disposition, l'acte uniforme va au-delà. Il en découle la validité de principe de la clause compromissoire aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale d'où une rupture avec le droit positif antérieur des Etats parties qui prohibait la clause compromissoire relative dans les matières non commerciales.

L'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage a, en outre, unifié les droits de l'arbitrage des Etats parties de l'OHADA et n'a fait aucune distinction entre arbitrage interne et arbitrage international. Les dispositions de cet acte sont applicables aussi bien en arbitrage interne qu'en arbitrage international. L'acte uniforme vient ainsi dissiper les insuffisances connues naguère dans le droit interne des Etats concernés tout en mettant en place un arbitrage international communautaire.

⁴³ Charles Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2001, p. 5.

2.2 – L'arbitrage OHADA est aussi bien institutionnel qu'*ad hoc*

Alors que le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999 met en place un arbitrage institutionnel qui s'organise sous l'égide de la CCJA, l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, droit commun de la matière pour les Etats concernés, concerne tout arbitrage, qu'il soit *ad hoc* ou institutionnel, pourvu qu'il ait son siège dans le territoire de OHADA (voir article 1^{er} de l'Acte Uniforme).

Autrement dit, comparé au Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'acte uniforme a une portée plus large. Diverses institutions d'arbitrage nationales, professionnelles ou régionales, peuvent donc concourir à la mise en œuvre de l'arbitrage OHADA. On dénombre d'ailleurs déjà un certain nombre d'institutions de ce type dont le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce et d'industrie du Bénin (CAMéC-CCIB), la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar (CCIAD), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMCO), le Centre d'arbitrage du Groupement Interpatronal du Cameroun (GICAM).

S'agissant de l'arbitrage institutionnel OHADA, la CCJA dispose d'un Centre d'arbitrage qui comprend un Président, une Assemblée Plénière, une formation restreinte, un Secrétariat général et une Régie des recettes et des dépenses. La Cour ne tranche pas elle-même le différend, mais elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentences.

L'arbitrage OHADA met donc en place un système très original à large spectre dont on retrouve la grande ambition dans les textes qui déterminent les conditions du recours à l'arbitrage OHADA.

CHAPITRE II - LES SOURCES DU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS L'ESPACE OHADA

- 1 - Les sources antérieures au droit OHADA
- 2 - Les sources OHADA
- 3 - Les autres sources

1 - Les sources antérieures au droit OHADA

La plupart des Etats de l'Afrique subsaharienne, aujourd'hui membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)⁴⁴, n'avaient comme droit positif, en matière d'arbitrage, que celui hérité du colonisateur. Pour la plupart des Etats parties au Traité OHADA⁴⁵ cet héritage est fondé sur le droit français. Or, relativement à l'évolution du droit de l'arbitrage, le code de procédure civile français de 1806, tel qu'il a été introduit dans les colonies françaises d'Afrique, faisait, en ses articles 83 et 1004, défense de compromettre sur les matières communicables au Ministère Public et, plus spécifiquement, en ce qui concerne les conflits mettant en cause l'Etat, la domanialité publique, les communes et les établissements publics. En d'autres termes, les personnes morales de droit public ne pouvaient pas recourir à l'arbitrage pour le règlement des différends qui les concernent⁴⁶.

Certains autres des Etats concernés avaient fini par réformer leur droit de l'arbitrage en s'inspirant des dispositions du NCPC français sur l'arbitrage commercial interne et international. Il s'agit du Congo, du Gabon, du Mali, du Sénégal du Tchad et du Togo. Mais ces législations très variées, faites par de micro Etats, étaient lacunaires, peu favorables et donc insuffisantes pour amorcer un développement véritable du recours à ce mode de règlement des différends.

⁴⁴ - L'OHADA est née du Traité, du traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), signé à Port Louis, République de Maurice, le 17 octobre 1993 comme une traduction de la volonté d'intégration juridique de certains Etats africains. Ce traité était intervenu entre les quatorze pays africains membres de la zone franc auxquels se sont ajoutées, plus tard, la Guinée Conakry et la Guinée Bissau. La République Démocratique du Congo vient, à son tour, d'y adhérer. Le Traité OHADA a été révisé par celui de Québec (Québec, Canada) du 17 octobre 2008 dont l'entrée en vigueur est encore attendue. L'OHADA, est une organisation internationale interétatique qui a pour objectifs, comme son nom ne l'indique pas, d'uniformiser (et non de simplement harmoniser) le droit des affaires dans les Etats membres, de promouvoir l'arbitrage pour le règlement des litiges et d'améliorer la formation des magistrats et auxiliaires de justice. Au nombre des institutions de l'OHADA il y a la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) dont siège à Abidjan en Côte d'Ivoire. Fidèles à l'objectif visé, les fondateurs de l'OHADA lui ont conféré des attributions considérables en matière d'arbitrage.

⁴⁵ Soit quatorze Etats sur dix sept à savoir le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. La Guinée Equatoriale et la Guinée Bissau sont respectivement d'anciennes colonies espagnole et portugaise, la République Démocratique du Congo ayant été, pour sa part, sous administration coloniale belge. V. Babacar Guèye et Saïdou Nourou Tall, *op.cit.*, p. 22. Il convient d'ajouter le cas spécifique du Cameroun dont l'héritage juridique est plutôt bi-juridique reposant à la fois sur le système de la *Common Law* anglaise et sur le système romano-germanique d'inspiration française.

⁴⁶ Dominique Hascher, « Arbitrage du commerce international », n° 58, in *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, T. I.

Bien sûr, les Etats subsahariens sont, pour leur quasi-totalité et depuis le départ, parties à la convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965⁴⁷. Ils étaient aussi souvent présents devant la Chambre internationale d'arbitrage de la C.C.I. de Paris⁴⁸. Mais aux plans interne et régional le vide juridique existant dans ce domaine créait des problèmes dans la gestion de certains litiges de nature commerciale comme en témoignent les affaires Talal Massih c. Omais et Express-Navigation c. Etat du Sénégal.

L'affaire Talal Massih c. Omais (Cour Suprême de Côte-d'Ivoire, Chambres Réunies, 4 avril 1989) : L'affaire Talal Massih c. Omais⁴⁹ avait défrayé la chronique judiciaire dans toutes les périodiques spécialisées qui s'intéressent aux pays francophones africains et, en particulier, à la Côte-d'Ivoire. Statuant en chambres réunies, comme le prévoit la loi ivoirienne en semblable circonstance, la Cour Suprême décida, pour clore définitivement cette saga judiciaire, par son arrêt du 4 avril 1989, qu'il « *s'induit de ce texte [l'article 631, alinéa 2 du code de commerce] que le principe du recours à l'arbitrage est admis en Côte-d'Ivoire* » et « *que s'il est constant que le Code de procédure civile, commerciale et administrative n'a ni prévu, ni organisé l'arbitrage, il est non moins constant que pour l'application dudit texte les juridictions ivoiriennes ont recours soit aux principes généraux du droit, soit aux dispositions du Livre III du Code de procédure civile français à titre de raison écrite* »⁵⁰.

⁴⁷ - Les quelques exceptions à ce titre, à la date du 9 mai 2007, concernent l'Angola, Djibouti, l'Erythrée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, la Namibie et Sao Tomé et Principe. L'Ethiopie avait signé dès le départ la Convention mais ne l'a pas ratifiée à ce jour. Voir sur ce point le site worldbank.org/icsid et le lien.

⁴⁸ - Voir, notamment, Paul Gelinas, « L'Afrique et l'arbitrage de la CCI », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 169.

⁴⁹ - Cour Suprême de Côte-d'Ivoire, Chambres réunies, 4 avril 1989, *Revue de l'arbitrage* (1989), 530, note Laurence Idot ; *Recueil Penant* (1990), 142, note L. Idot, 118 *J.D.I.* (1991), 1038. Dans cette affaire, par un contrat dénommé « Protocole d'accord » et conclu le 30 Septembre 1981, le groupe Talal avait cédé au groupe Omais ses parts dans la société « Manufacture d'Imprimerie et de Cartonnage Ivoirienne ». Le contrat comportait une clause de non-concurrence dans un rayon de 200 km autour d'Abidjan ainsi qu'une clause compromissaire.

Reprochant au groupe Talal d'avoir manqué à ses engagements de non concurrence, le groupe Omais avait, en application de la clause compromissaire, recouru à l'arbitrage et obtint une sentence favorable qui, aux fins de la procédure d'exécution forcée, reçut l'exequatur du président du tribunal de première instance d'Abidjan. Le groupe Talal forma appel contre la sentence et sollicita avec succès, en référé, la rétractation de l'ordonnance d'exequatur. Par un arrêt rendu en date du 17 mai 1985 la chambre civile et commerciale de la Cour d'Appel d'Abidjan avait, d'une part, validé la sentence arbitrale querellée et, d'autre part, infirmé l'ordonnance entreprise déboutant ainsi Talal de toutes ses prétentions. La Cour d'Appel d'Abidjan avait fondé cet arrêt sur les dispositions de l'article 631 alinéa 2 du Code de commerce aux termes desquelles « [...] les parties pourront au moment où elles contractent convenir de soumettre à des arbitres les contestations de nature commerciale ».

Sur pourvoi des époux Talal (groupe Talal) contre cette décision de la Cour d'Appel, la Chambre Judiciaire de la Cour Suprême de Côte-d'Ivoire rendit un arrêt de cassation le 29 avril 1986 au motif que le législateur ivoirien n'avait pas organisé l'arbitrage et qu'il n'est plus possible de recourir à la législation française [à titre de raison écrite] pour suppléer à cette absence [...] ». La cause fut alors renvoyée par la haute juridiction à la chambre civile et commerciale de la Cour d'Appel de Bouaké pour y être jugée à nouveau. Par son arrêt de renvoi, rendu le 25 novembre 1987, cette juridiction de second degré refusa de suivre l'opinion de la Chambre judiciaire de la Cour Suprême. Le groupe Talal se pourvut à nouveau en cassation, cette fois, bien sûr, contre l'arrêt de renvoi de la Cour d'Appel de Bouaké.

⁵⁰ - *Revue de l'arbitrage*, 1989, 536. Pour l'ensemble des faits et de la procédure, voir les motifs des deux arrêts de la Cour ainsi que ceux de l'arrêt de la Cour d'Appel de Bouaké, *Ibid.*, pp. 531 à 536.

La difficulté présentée par cette affaire se rencontrait aussi ailleurs en Afrique francophone comme, par exemple, au Sénégal où le dossier *Express-Navigation c. Etat du Sénégal (Cour Suprême du Sénégal, 3 juillet 1985)* : qui avait aussi révélé les limites de la loi sénégalaise en matière d'arbitrage interne⁵¹. L'argument du représentant de l'Etat sénégalais portait notamment sur l'inaptitude, d'ordre public, de l'Etat à compromettre en droit interne. Le juge suprême avait décidé autrement en jugeant dans les termes suivants : « *dès lors que, les parties ayant formellement décidé par convention légalement formée créant entre elles un lien irrévocable, de s'en remettre à l'arbitrage [...] pour le règlement de leurs différends, la matière du litige échappait à [la] juridiction [de la Cour d'Appel]* ». ⁵²

Parlant de l'affaire Talal c. Omais, un auteur avisé a pu écrire que les « *solutions de remplacement* » retenues par les chambres réunies de la Cour Suprême « *dont le premier mérite est d'exister, se révéleront sans doute peu adaptées au développement de l'arbitrage en Côte-d'Ivoire* »⁵³. Que pouvait-on alors dire de la situation dans la plupart des autres pays subsahariens où aucune solution semblable n'existait même pas ?

Cette situation d'insuffisance de la réglementation de l'arbitrage, mode affectionné de règlement des différends commerciaux internationaux et spécialement des milieux des investisseurs étrangers, était, par ailleurs, doublée de l'indigence du fonctionnement de la Justice dans les pays concernés.

L'insécurité juridique et judiciaire était partout notable. L'insécurité juridique tenait dans la vétusté des textes juridiques en vigueur, de leur insuffisance par rapport aux besoins du droit économique moderne, du retard ou de l'absence de leur publication. S'agissant de l'insécurité judiciaire elle prenait sa mesure à la contre-performance générale du fonctionnement de l'appareil judiciaire constituée par la dégradation de la façon de rendre la justice caractérisée par la lenteur des procédures, l'imprévisibilité des décisions, la corruption dans le système judiciaire, et les difficultés d'exécution des décisions de justice, etc.).

⁵¹ - 3 Juillet 1985, *Recueil Penant* (1985), 399, note Samba Mademba Sy. Une convention d'établissement avait été conclue le 22 juillet 1981 entre le Premier Ministre du Sénégal et le Président Directeur Général de la société de droit sénégalais Express-Navigation. Ce contrat d'Etat, qui avait été approuvé par un Décret du 11 Mars 1982 et était régi par le Code des investissements et le Code de Conduite des Conférences maritimes de la C.N.U.C.E.D., contenait à son article 27 une clause compromissoire stipulant que « *Tout différend entre les parties relatif à l'exécution de la présente convention [...] est soumis à un arbitrage [...]* ». Mais au Sénégal, comme dans la plupart des autres pays de l'Afrique subsaharienne, l'arbitrage interne n'était pas organisé. Ce vide juridique donna ce résultat singulier et étonnant qu'il y avait une contradiction entre l'article 796 du *Code de Procédure Civile du Sénégal* qui dispose qu'« *on ne peut compromettre sur [...] aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public* »⁵¹ et l'article 32 de la *Loi n°81-50 du 10 juillet 1981 portant Code des Investissements du Sénégal*, alors en vigueur, qui dispose que « *la Convention d'établissement définit notamment [...] la procédure d'arbitrage qui sera mise en œuvre en cas de litige entre les parties* ».

L'Etat ayant modifié unilatéralement la part du trafic qui revenait contractuellement à Express-Navigation, un litige naquit entre les deux parties. Express-Navigation recourut alors à la procédure d'arbitrage convenue dans la convention d'établissement et obtint, le 12 Août 1983, une sentence arbitrale favorable. Le même jour cette sentence fut revêtue de la formule exécutoire au moyen d'une ordonnance rendue par le vice-président du Tribunal de première instance de Dakar. L'Agent Judiciaire du Trésor, représentant de l'Etat à la procédure, releva appel de la sentence ainsi que de l'ordonnance d'exequatur.

Il fut débouté de ses demandes par la Cour d'Appel de Dakar qui confirma les décisions querellées par un arrêt du 10 Août 1984. L'appelant succombant forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'Appel.

⁵² - *Recueil Penant* (1986), 399.

⁵³ - Laurence Idot, note précitée in *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 544, n°22 ; voir, du même auteur, 118 *J.D.I.* (1991), 1040.

C'est dans ces conditions qu'a été signé le Traité du 17 Octobre 1993 qui a créé l'OHADA qui fait de l'arbitrage un mode majeur de règlement des différends relevant notamment du droit des affaires.

Si l'arbitrage n'est pas, d'un point de vue historique, une institution nouvelle, on a cependant pu observer que son essor a été tributaire du développement économique. Actuellement, peu de domaines du commerce international échappent à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges. Ainsi, on peut noter d'importants arbitrages dans les domaines maritime, pétrolier, ou à l'occasion des contrats de vente ou de génie civil internationaux⁵⁴, ou à l'occasion des contrats de vente ou de génie civil internationaux. C'est cette évolution qui a favorisé l'avènement de l'arbitrage OHADA qui présente, il est vrai, des traits tout à fait particuliers.

La réglementation et la pratique de l'arbitrage, commercial notamment, se sont développées de nos jours comme jamais auparavant. L'activité normative a été si importante dans ce domaine, au plan multilatéral, qu'on a pu qualifier l'arbitrage international d'«enfant gâté» de l'Organisation des Nations Unies⁵⁵. Effectivement, l'apport de l'arbitrage commercial au règlement des litiges commerciaux internationaux, y compris ceux relatifs aux investissements internationaux, est considérable et ne saurait être passé sous silence. De nombreux actes ont été posés au double plan national et international pour en favoriser le fonctionnement adéquat. On peut ainsi mentionner, bien sûr, la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, adoptée par la Conférence organisée sous l'égide des Nations Unies à New York le 10 juin 1958 que nous venons de citer, la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* signée à Genève le 21 avril 1961, le *règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)* du 28 avril 1976, la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international* signée à Panama le 30 janvier 1975, la *Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* du 21 juin 1985.

⁵⁴ - On peut citer, à titre d'exemples, les affaires suivantes: *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v/ Sheik of Abu Dhabi*, arbitrage ad hoc, septembre 1951), 18 *International Law Report (ILR)* (1957), p. 144 ; *Ruler of Qatar v/ International Marine Oil Company Ltd.*, arbitrage ad hoc, juin 1953), 20 *ILR* (1957), p. 534; *Saudi Arabia v/ Arabian American oil Company (Aramco)*, arbitrage ad hoc, 23 août 1958, 27 *ILR* (1963), p. 117, 52 *Revue critique de droit international privé (RCDIP)* (1963), p. 272, *CCI n° 2321* (1974) (*Solel Boneh International Ltd c/ République d'Ouganda*), 102 *Journal de Droit International (JDI/Clunet)* (1975), p. 938 ; *California Asiatic Oil Company (Calasiatic) et Texaco Overseas Petroleum (Topco) c/ Gouvernement de la République Arabe libyenne* (arbitrage ad hoc, fond, sentence de l'arbitre unique René-Jean Dupuy, 19 janvier 1977), 104 *JDI* (1977), p. 350 ; *Revere Copper and Brass v/ Overseas Private investment Corporation (OPIC), American Arbitration Association*, 24 août 1978, 17 *International Legal Materials (ILM)* 1321 (1978), *Agip S.p.A. c/ Congo*, sentence du 30 novembre 1979 (*ICSID cas n° Arb/77/1*), 71 *RCDIP* (1982), p. 92 ; *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v/ Government of Jamaica, IV Yearbook of Commercial Arbitration* (1979), p. 207, *Harvard International Law Journal* (1976), p. 207, commentaire John T. Schmidt ; *Benvenuti § Bonfant v/ Congo* (*ICSID case n° Arb/77/2*, sentence du 8 août 1980, 108 *JDI* (1981), 843, avec correction au 21 *ILM* 1478 (1982) ; *Koweit c/ American Independent Oil Company (Aminoil)*, arbitrage ad hoc, 24 mars 1982, 109 *JDI* (1982), 869, 21 *ILM* 976 (1982) ; *Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) Limited, Southern Pacific Properties (SPP) Limited and the Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*, sentence CCI du 16 février 1983, 22 *ILM* 1048 (1983), p. 198 ; *Klößner Industrie-Anlagen GmbH, Klößner Handelsmaatschappij B.V. c/ République Unie du Cameroun et Société camerounaise des Engrais (Socame)* (*ICSID case n° Arb/81/2*), Sentence du 21 octobre 1983, 111 *JDI* (1984), 409, Décision du Comité ad hoc du 3 mai 1985, 114 *JDI* (1987), 163 ; *Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) Limited, Southern Pacific Properties (SPP) Limited v/ Arab Republic of Egypt*, sentence CIRDI du 20 mai 1992, 32 *ILM* 933 (1993), p. 198.

⁵⁵ - Philippe Fouchard, «Le règlement d'arbitrage C.N.U.D.C.I.», 106 *J.D.I.* (1979), 816, § n°4.

À ces différents actes interétatiques ou émanant d'organismes publics internationaux, il faut ajouter les règlements d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de Commerce International (CCI), de la *London Court of International Arbitration*, de l'*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, de l'*American Arbitration Association*.

D'un autre côté, les années 1980 ont marqué l'acceptation et la réglementation généralisées de l'arbitrage commercial international dans les droits nationaux. La France (1981), l'Italie (1983), le Canada et plusieurs de ses provinces (1986), Djibouti, la Belgique, les Pays-Bas, la Suisse, Chypre, le Nigeria, l'Espagne, l'Australie, Hong Kong, le Togo, le Cameroun, la Guinée-Conakry se sont tous dotés de lois d'arbitrage au cours de cette période.

2 - Les sources du droit de l'arbitrage OHADA

Les sources de l'arbitrage OHADA sont le traité OHADA que nous venons d'évoquer, l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 11 mars 1999, la Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage.

2.1 - L'arbitrage dans le Traité OHADA

Le Traité OHADA est une convention internationale composée de 63 articles répartis en six titres. Dès son préambule (point 6) les parties contractantes ont marqué leur intention « de promouvoir l'arbitrage comme mode de règlement des différends contractuels ». L'article 2 du même instrument a cité le droit de l'arbitrage parmi les matières devant faire l'objet d'acte uniforme, tandis que son Titre IV (articles 21 à 26) vise l'arbitrage institutionnel au sein de la CCJA.

Aux termes de l'article 21 du Traité OHADA : « *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 de plusieurs Etats parties, peut soumettre le différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre.* »

Il résulte de cet article que le critère principal pour voir l'application des dispositions du Traité relatif à l'arbitrage est le contrat. Ce critère est complété par l'exigence du domicile, ou de la résidence dans un Etat partie, ou l'exécution du contrat sur le territoire d'un Etat partie.

2.2 - L'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage

Inspiré des dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile français relatives à l'arbitrage commercial international ainsi que de la loi-type de la CNUDCI, l'AUA constitue la source principale du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA qu'elle organise en trente six articles regroupés et sept chapitres.

L'article 35 du texte dispose que « *le présent acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties* ». Il devient ainsi le droit commun de l'arbitrage dans

l'ensemble des Etats membres de l'OHADA, abroge et remplace les droits de l'arbitrage antérieurs de ces Etats. Contrairement à ces législations antérieures, l'AUA ne fait aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Il définit un domaine assez étendu pour le recours à l'arbitrage, affirme la validité de principe de la convention d'arbitrage, fixe les règles d'organisation de la procédure et consacre la compétence exclusive de l'arbitre pour statuer au fond.

S'agissant de son champ d'application *ratione loci*, l'AUA prévoit, en son article 1^{er}, qu'il « a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties ». Il en découle que le siège du tribunal arbitral est l'élément exclusif de rattachement ouvrant la voie à son application. Notons que la notion de siège arbitral retenue par le texte peut viser aussi bien le lieu géographique où se déroulent les opérations d'arbitrage que l'environnement juridique choisi par les parties pour leur arbitrage. En tout cas, la doctrine propose, eu égard à la grande place faite à la volonté des parties par le droit de l'arbitrage OHADA, que le siège arbitral s'entende aussi bien du siège géographique que de l'environnement juridique choisi par les parties.

Au plan *ratione materiae*, l'article 2 de l'AUA prévoit que: « toute personne physique ou morale a le droit de recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. - Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. »

Une personne ne peut donc recourir à l'arbitrage AUA que s'il a « la libre disposition des droits » sur lesquels elle envisage de compromettre. La voie est ainsi ouverte au recours à l'arbitrage dans les matières non commerciales.

2.3 - Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

Inspiré du Règlement CCI, Le Règlement CCJA a été adopté le 11 mars 1999 et définit, en trente quatre articles, répartis en trois chapitres, les attributions de la CCJA en matière d'arbitrage, la procédure indiquée, la reconnaissance et l'exécution des sentences. Le premier chapitre porte sur les attributions de la Cour en matière d'arbitrage, le second sur la procédure suivie devant la Cour dans ce cadre et le troisième sur la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales.

Il ressort de l'article 2.1 de ce Règlement, qui rappelle l'article 21, alinéa 1^{er} du Traité, que « la mission de la Cour est de procurer (...), une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, lui est soumis par 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 de plusieurs Etats parties ».

2.4 - la Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage

Il s'agit d'une Décision de la Cour approuvée par celle n° 004/99/CM du 12 mars 1999 du Conseil des Ministres de l'OHADA. C'est un texte composé de trois chapitres et de seize articles.

Le chapitre premier de la Décision porte sur « la provision pour frais d'arbitrage » et rend obligatoire la constitution d'une provision dont il fixe les modalités de détermination. Le chapitre III se rapporte aux « frais et honoraires » dont la fixation répond, en principe et suivant le cas, aux tableaux des annexes I et II jointes au texte. Le chapitre III, relatif aux « tableaux de calcul des frais administratifs et des honoraires de l'arbitre » précise que ces tableaux s'appliquent à toutes les procédures introduites à compter de l'entrée en vigueur du Règlement d'arbitrage.

Il convient de noter qu'en vertu de l'article 10 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, les parties qui conviennent de recourir à l'arbitrage de la Cour se soumettent par ce choix aussi bien aux dispositions du titre IV du Traité de l'OHADA, au règlement d'arbitrage, au règlement intérieur de la Cour, qu'aux « annexes et au barème des frais d'arbitrage, dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage ».

3 – Les autres sources du droit de l'arbitrage

Nous considérerons ici les deux textes majeurs que sont la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et la loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international

3.1 – La Convention de New York institue un régime d'assouplissement harmonisé des conditions d'obtention de l'exequatur.

Cette Convention confirme les acquis antérieurs réalisés sous l'empire de la Convention de Genève de 1927 en excluant toute solution pouvant entraîner automatiquement un réexamen du fond du litige déjà réglé par les arbitres au moyen de la sentence soumise à l'exequatur du juge.

Elle supprime, en outre, l'exigence implicite du double exequatur (une dans le pays d'origine de la sentence et l'autre dans le pays d'accueil) qui figurait dans les textes antérieurs, et institue un système permettant l'application de règles plus favorables à l'exécution des sentences que celles édictées par elle. Ce régime de faveur est prévu à l'article VII-1 qui dispose que les : « *dispositions de la présente Convention (...) ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée* ».

La Convention en son article V prévoit limitativement sept (7) moyens non cumulatifs autour desquels doit s'exercer le contrôle des sentences arbitrales étrangères soumises à l'exequatur. Parmi les sept moyens de fond prévus, cinq peuvent être directement invoqués par la partie qui s'oppose à l'exequatur à savoir le défaut de validité de la convention d'arbitrage (article V-1a.), le défaut de procès équitable (article V-1b.), le règlement du litige non conforme à la convention d'arbitrage (article V-1c), l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (article V-1d.) et la suspension ou l'annulation de la sentence par le juge du siège de l'arbitrage ou d'après la loi de ce pays (V-1e).

Les deux autres moyens qui peuvent être soulevés d'office par le juge de l'exécution concernent, d'une part, la non arbitrabilité du litige sur lequel porte la convention d'arbitrage,

conformément à la loi du pays d'exécution (article V-2a.) et, d'autre part, la contrariété de l'exécution à l'ordre public du pays où celle-ci est sollicitée (article V-2b.).

Relativement aux dispositions de l'article V-1.e) de la Convention de New York, la question se pose de savoir si l'annulation ou la suspension d'une sentence arbitrale dans son pays d'origine prive celle-ci d'une exécution ultérieure dans un autre pays. En réponse à cette question, la Cour de cassation française a, dans l'affaire Norsolor et sur le fondement de l'article VII de la Convention de New York, cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait refusé l'exequatur à une sentence arbitrale rendue en Autriche et partiellement annulée par la Cour d'appel de Vienne⁵⁶. Par la suite, la Cour de cassation a affirmé, dans l'affaire Polish Ocean Line, que « *le juge français ne peut, lorsque la sentence a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel elle a été rendue, refuser l'exécution pour un cas qui n'est pas au nombre de ceux énumérés par l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile* »⁵⁷. L'arrêt Hilmarton a retenu le même motif⁵⁸.

La Convention de New York a, totalement ou partiellement, inspiré, par la suite, les textes régionaux postérieurs régissant l'arbitrage commercial international dans leurs dispositions consacrées à la reconnaissance et à l'exécution internationales des sentences arbitrales ainsi qu'au recours corrélatif en annulation. Cela a été le cas pour la Convention interaméricaine de Panama du 30 janvier 1975. Cela a été également le cas pour la Convention arabe d'Amman du 14 avril 1987. La Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 a, de son côté, adopté en son article IX une position légèrement favorable à l'exécution des sentences par rapport à la Convention de New York en excluant les motifs d'annulation relatifs à la violation de l'ordre public et au défaut d'arbitrabilité. Ce faisant, la Convention de Genève réduit la portée de l'application de l'article V-1^o) de la Convention de New York dans les Etats parties aux deux traités. Cela signifie que l'annulation de la sentence dans un Etat partie, pour violation de l'ordre public ou pour défaut d'arbitrabilité par exemple, ne pourra pas priver celle-ci d'exécution dans les autres Etats parties.

Le dernier texte majeur inspiré de la Convention de New York est la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 Juin 1985.

3.2 - La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

La CNUDCI a été créée par le 17 décembre 1966 par l'Assemblée Générale des Nations Unies⁵⁹. La Commission comprend 60 États membres élus par l'Assemblée générale. Les membres sont choisis de manière que les diverses régions géographiques et les principaux systèmes économiques et juridiques du monde soient représentés. Ils sont élus pour un mandat de six ans, la Commission étant renouvelée par moitié tous les trois ans.

Elle a, notamment, pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international. Elle est actuellement l'organe juridique principal du système des Nations Unies dans ce domaine. Ce rôle de la Commission se concrétise par son activité de plus en plus soutenue dans la préparation et l'encouragement à l'adoption de conventions, lois-modèles ou guides juridiques.

⁵⁶ Cass. 1ère civ., Pabalk c. Norsolor, 9 octobre 1984, Rev. arb. 1985. 431, note Goldman.

⁵⁷ Cass. 1ère civ., Polish Ocean Line c. Jolasry, 10 mars 1993, Bull. 1993.I. n° 99.

⁵⁸ Cass. 1ère civ., Hilmarton c. OTV, 23 mars 1994, Rev. arb. 1994. 327, note Jarroson.

⁵⁹ Résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966.

On peut retenir, au nombre de ses principales œuvres, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les ventes internationales de marchandises, la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 (règles de Hambourg), la loi-type sur les virements internationaux de 1992, la Loi-type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services de 1995.

En matière d'arbitrage et d'ADR la CNUDCI a produit les textes suivants aux années indiquées:

- 2010 - Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010)
- 2006 - Recommandation relative à l'interprétation de l'article II (2) et de l'article VII (1) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)
- 2002 - Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale
- 1996 - Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales
- 1985 - Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (amendée en 2006)
- 1982 - Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI
- 1980 - Règlement de conciliation de la CNUDCI
- 1976 - Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 Juin 1985, amendée en 2006, est un texte majeur en matière d'arbitrage qui a été inspiré par Convention de New York. Ce texte, qui a inspiré à son tour l'AUA OHADA, reprend intégralement, en son article 36 les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences de la Convention de New York (articles V et VI). Mais son originalité réside dans le fait qu'à la différence de la Convention de New York, elle rend expressément applicables en son article 35-1, ses dispositions relatives à l'exécution de toute sentence issue d'un arbitrage commercial international « *quel que soit le pays où elle a été rendue* ». En d'autres termes, ces dispositions s'appliquent aussi bien aux sentences étrangères qu'aux sentences nationales. Le texte vise ainsi à renforcer l'efficacité des sentences arbitrales quelle que soit leur origine.

Mais, l'environnement juridique de l'OHADA semble offrir des conditions encore plus favorables à l'exécution des sentences arbitrales.

Traité OHADA
Préambule
Titre IV

AU
Chap. 1 : Champ d'application
Chap. 2 : Composition du tribunal arbitral
Chap. 3 : L'instance arbitrale
Chap. 4 : La sentence arbitrale
Chapitre 5 : L'intervention du juge étatique

RA/CCJA
Chap. 1 : Attribution CCJA en matière d'arbitrage
Chap. 2 : La procédure arbitrale devant la CCJA
Chap. 3 : Reconnaissance et exécution forcée des sentences arbitrales
rendues sous l'égide de la CCJA