



PROGRAMME DE FORMATION EN LIGNE AVEC LE SOUTIEN DU FONDS FRANCOPHONE DES INFOROUTES

LE DROIT DE L'ARBITRAGE

Pierre MEYER
Professeur à l'Université de Ouagadougou
U.F.R. de sciences juridique et politique

INTRODUCTION : Les sources du droit de l'arbitrage

1. Les Etats africains, membres de l'OHADA, se sont dotés en 1999 d'une législation uniforme sur l'arbitrage ; il s'agit de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage (J.O. OHADA, 15 mai 1999). Avant cette date, dans les Etats membres de l'OHADA, les dispositions étaient, dans l'ensemble, très lacunaires et ces lacunes remontaient à l'époque coloniale. Le livre III du Code de procédure civile français de 1806 - livre consacré à l'arbitrage - n'avait pas été étendu dans les colonies françaises d'Afrique de sorte que le vide législatif était quasiment complet. Toutefois, la loi française du 31 décembre 1925, validant la clause compromissoire dans les cas visés à l'article 631, alinéa 1er, du Code de commerce - c'est-à-dire substantiellement pour les litiges entre commerçants - avait été étendue dans les colonies. Au lendemain des indépendances, les anciennes colonies africaines de la France se trouvaient donc dans une situation paradoxale. En effet, il existait un texte qui admettait la validité de la clause compromissoire - même si ce texte est restrictif - et donc forcément la licéité de la procédure d'arbitrage, comme mode de règlement privé de certains litiges. Or, il n'existait aucune norme de procédure qui permettait à cet arbitrage de fonctionner. Face à cette situation, un certain nombre d'Etats avait perpétué ce vide législatif, dans la mesure où aucune législation spécifique sur l'arbitrage n'avait été mise en vigueur. En outre, la réforme de la procédure civile, entreprise après l'indépendance dans certains pays, n'avait pas donné lieu à l'introduction de dispositions spéciales portant sur l'arbitrage juridictionnel. Telle était la situation, au Bénin, au Burkina, au Cameroun, en Centrafrique, en Guinée, au Mali et en Côte d'Ivoire, avant les réformes introduites dans ces deux pays en 1994 et en 1993. D'autres Etats avaient, à l'occasion de la réforme de la procédure civile, introduit des dispositions, plus ou moins complètes, relatives à l'arbitrage. La plupart du temps, ces dispositions étaient, soit fort inspirées du droit français de l'arbitrage antérieur aux réformes intervenues dans ce pays en 1981, soit tout à fait incomplètes. Le Gabon (Art.972 à 993 du Code de procédure civile gabonais du 2 février 1977), le Sénégal avant la réforme du droit de l'arbitrage de 1998 (Art. 795 à 820 du Code de procédure civile sénégalais du 30 juillet 1964), le Tchad (Art. 370 à 383

de l'ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation d'un Code de procédure civile au Tchad) et le Togo (Art. 275 à 290 du Code de procédure civile togolais du 15 mars 1982) constituaient des illustrations de la première situation alors que le Congo (Art. 310 de la loi 51/83 du 21 avril 1983 réglant la procédure civile, commerciale et administrative) illustre la seconde. Plus récemment, certains Etats avaient modernisé leur législation sur l'arbitrage. Le premier pays à avoir procédé, de manière partielle et très timide, à la modernisation de sa législation fut le Togo. La réforme était cependant partielle dans la mesure où elle n'avait pas pour objet l'arbitrage en général mais l'institution d'une Cour d'arbitrage auprès de la Chambre de commerce, d'agriculture et d'industrie. A l'occasion des règles régissant le fonctionnement de ladite cour, le législateur togolais avait, cependant, procédé à quelques réformes très limitées par rapport à "l'ancien droit français" de l'arbitrage qui avait été la source textuelle d'inspiration du droit togolais de l'arbitrage issu du Code de procédure civile du 15 mars 1982. Il a cependant fallu attendre les réformes intervenues au cours des années 90 pour constater une modernisation substantielle du droit de l'arbitrage. Trois pays de l'OHADA ont élaboré des lois sur l'arbitrage : la Côte d'Ivoire (Loi 93.671 du 3 août 1993 relative à l'arbitrage), le Mali (Art. 879 à 942 du Code de proc.civile de 1994) et le Sénégal (Loi 98.30 du 14 avril 1998 sur les contrats relatifs au règlement des litiges et décret 98-492 du 5 juin 1998). Les deux premiers textes sont des reproductions quasiment littérales du droit français contemporain de l'arbitrage, même dans ses dispositions contestables ou désuètes, telle la prohibition des clauses compromissaires sauf en matière commerciale et l'interdiction pour l'Etat de compromettre en matière interne. La loi malienne se montre, cependant, plus libérale que la législation ivoirienne puisqu'elle ne limite pas la clause compromissoire à la matière commerciale et, en outre, elle ne contient aucune prohibition de compromettre pour l'Etat et les collectivités publiques. Le droit sénégalais a deux sources essentielles d'inspiration : le droit français pour ce qui concerne l'arbitrage interne et la loi-type de la CNUDCI pour ce qui a trait à l'arbitrage international. Il intègre, en conséquence, un certain nombre de principes essentiels gouvernant l'arbitrage comme la "compétence-compétence" des arbitres ou la liberté des parties en matière de procédure. Par rapport aux droits ivoirien ou français, il se distingue par la possibilité pour l'Etat et les personnes morales de droit public de compromettre, sauf pour les contestations touchant à l'exercice des prérogatives de puissance publique. Par contre, il reprend le principe, posé en droit français, de la prohibition de la clause compromissoire s'il n'en est disposé autrement par la loi (art. 826-1, al. 3 du Code des obligations civiles et commerciales). L'ensemble des législations évoquées ci-dessus est intégralement remis en cause par le nouveau droit de l'arbitrage élaboré au sein de l'OHADA, résultant du traité et surtout de l'Acte uniforme sur l'arbitrage.

2. Dans le traité de l'OHADA, deux catégories de dispositions sur l'arbitrage doivent être distinguées car elles ont une portée substantiellement différente. La première disposition – la plus courte mais la plus importante par la portée – est contenue dans l'article 2 du traité. Cet article énumère les matières juridiques qui entrent dans le domaine du droit des affaires et qui, en conséquence, devront faire l'objet d'un Acte uniforme. Parmi ces matières, figure le droit de l'arbitrage. Par conséquent, le droit de l'arbitrage devra faire l'objet d'un Acte uniforme. Ceci a d'ailleurs été concrétisé par l'Acte du 11 mars 1999 sur l'arbitrage. La deuxième catégorie de dispositions du traité portant sur l'arbitrage est contenue dans le titre IV intitulé « L'arbitrage ». La portée de ces dispositions est très différente. Alors que l'article 2 avait pour objectif l'harmonisation du droit de l'arbitrage, les articles 21 et suivants ont un objet beaucoup plus limité. Il s'agit d'organiser un arbitrage institutionnel au sein de la CCJA. Le traité pose un certain nombre de règles relatives à cet arbitrage institutionnel qui ont été complétées par le Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999.

3. L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage du 11 mars 1999 constitue la législation commune des Etats membres en matière d'arbitrage. Du point de vue spatial, cet Acte s'applique à tout arbitrage dont « le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties » (art 1^{er} AU.A.). La notion de siège peut se concevoir de deux manières. On peut y voir le lieu géographique où se déroulent les opérations d'arbitrage. Le siège a, ici, une signification territorialiste. Une deuxième conception voit dans le siège de l'arbitrage, non pas un lieu, mais un environnement juridique choisi par les parties pour leur arbitrage. Le siège est alors indépendant du lieu matériel – géographique – des opérations. Il a une portée juridique particulièrement importante pour déterminer le for judiciaire d'appui de l'arbitrage ainsi que l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des recours contre la sentence. Le législateur africain n'a pas précisé le sens qu'il entendait attribuer à la notion de siège de l'arbitrage. Toutefois, le fait que l'Acte utilise l'expression de « siège de tribunal arbitral », plutôt que l'expression de siège de l'arbitrage, constitue peut être un indice que le siège, pour les auteurs de l'Acte, est un lieu, spatialement situé plutôt qu'un ordre juridique de référence. Du point de vue matériel, l'Acte uniforme s'applique « à tout arbitrage... » L'Acte n'a pas limité son champ d'application aux seuls arbitrages commerciaux de sorte qu'il s'applique tant aux arbitrages civils que commerciaux. Tout comme les autres Actes uniformes, qui n'entendent pas limiter l'harmonisation aux seules relations privées internationales, l'Acte sur l'arbitrage ne limite pas son champ d'application aux seuls arbitrages internationaux. Il s'applique donc à tout arbitrage, sans distinction selon qu'il est interne ou international. En s'appliquant à « tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties », l'Acte uniforme a nécessairement des implications sur les législations nationales des Etats membres relatives à l'arbitrage. Cette question doit être résolue selon la même méthode et les mêmes principes que pour tous les autres Actes uniformes. En vertu de l'article 10 du traité, les dispositions de l'Acte uniforme sont applicables « nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Les dispositions internes antérieures, contraires à celles de l'Acte uniforme, sont abrogées. Les dispositions internes contraires qui seraient prises postérieurement sont caduques dès l'origine. On observe ici la supériorité hiérarchique des normes uniformes sur les normes internes.

4. L'OHADA ne s'est pas limitée à doter les Etats membres d'une législation unifiée sur l'arbitrage ; elle a également créé un arbitrage institutionnel administré par la Cour commune de justice et d'arbitrage (C.C.J.A.). L'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A. a fait l'objet d'un Règlement d'arbitrage adopté par les Etats de l'OHADA le 11 mars 1999. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA a pour objet d'organiser l'arbitrage institutionnel mis en place au sein de la Cour commune de justice et d'arbitrage d'Abidjan. Le Règlement s'applique aux différends portés devant la CCJA aux fins d'arbitrage. Ces différends doivent être d'ordre contractuel. En outre, le contrat, à l'origine du différend, doit présenter un lien avec un Etat partie, soit par son lieu d'exécution, soit par le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties au contrat. Le Règlement d'arbitrage est, pour partie, analogue à tous les règlements d'arbitrage. Il détermine les fonctions administratives de la Cour dans le déroulement de l'arbitrage. Cependant, le Règlement d'arbitrage de la CCJA diffère profondément des autres règlements d'arbitrage – ainsi, par exemple celui de la CCI – par les fonctions juridictionnelles octroyées à la CCJA. Ces fonctions juridictionnelles sont relatives au recours en contestation de validité de la sentence (art.29 RA) et à l'exequatur des sentences arbitrales (art.30 RA). Alors que les autres institutions permanentes d'arbitrage – à l'exception du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965 – ne peuvent assurer de telles fonctions juridictionnelles, la Cour de l'OHADA peut les assumer en raison de sa nature de juridiction internationale des Etats membres. Ces fonctions juridictionnelles ne lient bien entendu que les seuls Etats de

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

5. Outre les sources produites dans le cadre de l'OHADA, les autres sources du droit de l'arbitrage applicables dans les Etats de l'OHADA sont principalement constituées de certaines conventions internationales, dont la plus importante est la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à laquelle sont parties 9 Etats de l'OHADA (Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Côte d'Ivoire, Guinée, Mali, Niger et Sénégal). La Convention de New York du 10 juin 1958 poursuit l'objectif de favoriser la circulation internationale des sentences arbitrales. A cet effet, elle fixe des règles de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le caractère étranger de la sentence peut d'abord résulter du fait qu'elle a été rendue dans un autre Etat que celui où sa reconnaissance ou son exécution sont requises. Doivent également être considérées comme étrangères les sentences qui ne sont pas considérées comme nationales alors qu'elles ont été rendues dans le pays où leur exécution est requise. L'article 7 § 1^{er} de la convention pose une règle importante relative à l'efficacité de ses dispositions. Aux termes de cet article, « les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ». Cet article fait donc prévaloir sur la convention un traitement plus favorable à la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, qui résulterait d'un traité ou de la législation de droit commun du pays où la sentence est invoquée. D'autres conventions internationales doivent être mentionnées en tant que source du droit de l'arbitrage dans les pays de l'OHADA. La Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI a pour objet l'établissement d'un centre institutionnel d'arbitrage spécifique aux litiges entre Etats et personnes privées étrangères relatifs à des investissements. Certaines conventions internationales d'entraide judiciaire, soit interafricaines, soit passées avec la France, contiennent des dispositions relatives à la reconnaissance de l'*exequatur* des sentences arbitrales. Ces conventions renvoient, soit à la Convention de New York, soit aux dispositions conventionnelles portant sur la reconnaissance et l'*exequatur* des jugements étatiques.

6. L'arbitrage sera présenté en suivant l'ordre chronologique du mécanisme arbitral qui suppose au départ une convention d'arbitrage (II) qui donne lieu à une instance arbitrale (III) dont l'issue est une sentence arbitrale (IV). Auparavant, il aura été nécessaire de préciser ce que recouvre la notion d'arbitrage et les différents types d'arbitrage (I).

I – NOTION ET TYPES D'ARBITRAGES

7. L'arbitrage est une notion ambiguë qui s'insère dans un ensemble de modalités de régulation des relations juridiques (A). Plusieurs types d'arbitrages peuvent être distingués en fonction de différents critères.

A – Notion

8. Lorsque des personnes ont établi entre elles des relations juridiques – le plus souvent par contrat – et que des difficultés se présentent dans l’interprétation ou l’exécution de ces relations – donc normalement dans l’interprétation ou l’exécution du contrat -, plusieurs moyens sont à leur disposition afin de réguler leurs relations. L’arbitrage constitue l’un de ces moyens mais il n’est pas le seul de sorte qu’il faudra s’attacher à préciser ce qui distingue l’arbitrage parmi l’ensemble des modalités de régulation des relations juridiques. Pour ce faire, il faudra brièvement évoquer ces différentes modalités.

9. Lorsque des parties sont en relation contractuelle de longue durée et que les circonstances qui prévalaient lors de la conclusion du contrat ont changé, elles peuvent charger un tiers d’adapter leur contrat au changement de circonstances. Ce tiers est parfois qualifié d’expert, ou de médiateur, de conciliateur ou encore d’arbitre. Il faut observer que ce tiers intervient en dehors de tout litige, d’une part, et que l’adaptation qu’il propose ne s’impose aux parties que parce que celles-ci ont accepté à l’avance de se soumettre aux propositions du tiers, soit les ont acceptées après qu’elles aient été proposées. La proposition du tiers, une fois acceptée, devient une stipulation contractuelle qui s’impose aux parties comme toute stipulation contractuelle. Il faut donc retenir une qualification contractuelle et non juridictionnelle.

10. Lorsque des parties sont en relation d’affaires et que survient une difficulté (par exemple, l’une des parties conteste la conformité des fournitures aux spécifications contractuelles ou la conformité du rendement d’un équipement par rapport à une garantie de fonctionnement), elles peuvent recourir à une expertise. L’expert n’a pas pour mission de trancher un litige d’ordre juridique, sa mission est d’éclairer les parties sur l’existence – ou l’inexistence – des défaillances et d’en situer l’origine. Il éclaire ainsi la situation d’un point de vue technique. Il n’a donc aucune mission d’ordre juridique. Son intervention peut cependant favoriser un règlement amiable ou, si aucun règlement amiable n’a pu être trouvé, éclairer le juge ou l’arbitre qui sera chargé de trancher le litige.

11. Lorsque des parties sont en relation d’affaires et que survient un litige (des prétentions qui s’opposent), elles peuvent décider de discuter directement entre elles afin de régler le litige. C’est la technique de la conciliation. Elles peuvent aussi charger un tiers de leur faire des propositions de règlement amiable de leur différend. C’est la technique de la médiation. Certaines clauses d’un contrat peuvent obliger les parties à recourir à ces techniques avant toute saisine d’un juge étatique ou d’un arbitre. Cela implique qu’en présence d’une telle clause, en cas de litige, si une partie saisit directement un juge ou un arbitre, elle viole le contrat et engage sa responsabilité contractuelle. La clause n’oblige certes pas à conclure un règlement amiable mais elle oblige les parties soit à négocier directement, soit à recourir aux services d’un médiateur. Si le litige est réglé, la force juridique de l’accord (souvent qualifié de procès-verbal de conciliation) repose sur la volonté des parties. La conciliation et la médiation font ainsi des parties le centre de gravité du règlement du litige.

12. L’arbitrage – tel qu’il est entendu par les juristes et tel qu’il est conçu dans les lois sur l’arbitrage (notamment l’Acte uniforme de l’OHADA du 11 mars 1999) – ne se confond avec aucun des modes de régulation des relations juridiques identifiés ci-dessus. Il n’est pas une procédure d’adaptation d’un contrat, ni une expertise, ni un mode de règlement amiable d’un litige. Il faut particulièrement insister sur ce dernier point car, dans l’esprit de nombreuses personnes, l’arbitrage s’identifie avec la conciliation ou la médiation, ce qui est inexact. L’arbitrage est un mode contentieux et juridictionnel de règlement d’un litige. Ceci s’observe à partir de trois critères. D’abord, l’arbitrage suppose un litige, c’est-à-dire une opposition entre des prétentions fondées sur un droit. Il y a donc une contestation quant à l’existence

ou l'étendue d'un droit. Ensuite, le tiers qui intervient – l'arbitre – n'a pas pour mission de suggérer un règlement qui recueille l'adhésion des parties ; il doit trancher le litige, le vider. Il doit ainsi départager les parties, en principe en appliquant les règles de droit (sauf si les parties lui ont donné des pouvoirs d'amiable compositeur, c'est-à-dire de trancher en équité). Enfin, la décision de l'arbitre s'impose aux parties comme un véritable jugement susceptible d'exécution forcée après une procédure d'*exequatur*. Il ne s'agit donc pas d'un simple avis qui ne lie pas les parties. Sans doute, dans une procédure de règlement amiable, les parties peuvent s'être engagées à l'avance à se conformer aux propositions de règlement du tiers médiateur. Le caractère obligatoire des propositions du tiers repose sur la volonté des parties. La proposition du tiers revêt un caractère obligatoire mais pas exécutoire. Il s'agit donc d'un règlement contractuel du litige – certains auteurs parlent d'arbitrage contractuel – et non d'un règlement juridictionnel du litige. Le droit OHADA sur l'arbitrage insiste sur le caractère juridictionnel de l'arbitrage. Ainsi, l'article 15 de l'AU.A. dispose que « les arbitres tranchent le fond du litige ... » [souligné par nous] ; l'article 23 du même Acte prévoit que « la sentence a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ». Toute la terminologie de l'Acte uniforme est judiciaire. Il est, en effet, question de tribunal arbitral (chapitre 2), dont la saisine ouvre une instance (chapitre 3), se clôturant par une sentence (chapitre 4), ouvrant droit à des recours (chapitre 5) et faisant l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution forcée (chapitre 6).

B – Types d'arbitrages

13. On distinguera trois catégories d'arbitrage : l'arbitrage ad hoc et institutionnel, l'arbitrage civil et commercial, l'arbitrage interne et international.

14. Un arbitrage institutionnel est administré par une institution spécialisée d'arbitrage selon son règlement. L'institution n'est, en principe, pas une juridiction. Sa fonction est d'administrer et de fournir des infrastructures (salles, matériels divers) et des moyens humains (secrétariat, le cas échéant, arbitres) aux arbitrages qu'elle administre. L'arbitrage institutionnel présente trois caractéristiques essentielles. La première résulte de l'existence d'une autorité chargée d'administrer les arbitrages. Les tâches d'administration de la justice arbitrale portent généralement sur l'organisation et la police de l'instance arbitrale. Ceci pose le problème délicat du partage entre les fonctions d'administration de la justice arbitrale et les fonctions proprement juridictionnelles. La deuxième caractéristique réside dans l'existence d'un règlement d'arbitrage qui a pour objet de régir l'instance arbitrale. Par le recours à l'arbitrage institutionnel, les parties se soumettent, du point de vue de la procédure arbitrale, au règlement de l'institution. La troisième caractéristique consiste en l'existence d'un secrétariat qui assume certaines tâches d'ordre matériel et qui assure la liaison entre les parties, les arbitres et le cas échéant les experts. L'arbitrage ad hoc, au contraire de l'arbitrage institutionnel, ne met en présence que les arbitres et les parties en dehors de toute institution permanente d'administration de l'arbitrage. Dans l'espace juridique OHADA, les deux types d'arbitrages – ad hoc et institutionnel – sont susceptibles d'exister. Avant la mise en vigueur du traité constitutif de l'OHADA, des institutions permanentes d'arbitrage existaient déjà dans divers pays membres de l'organisation. Il en était ainsi, par exemple, au Togo, en Côte d'Ivoire, au Sénégal et au Cameroun. Le Traité de Port-Louis et le Règlement d'arbitrage adopté à Ouagadougou le 11 mars 1999 ont créé une institution permanente d'arbitrage qui viendra s'ajouter aux centres déjà existants, d'une part, et qui laisse, bien entendu, subsister la possibilité d'arbitrage ad hoc, d'autre part. Il est, en effet, évident que la C.C.J.A. ne bénéficie d'aucun monopole en matière arbitrale. Les parties peuvent donc recourir à un arbitrage ad

hoc, à toute institution permanente existante ou qui serait créée, ou à l'institution permanente que constitue la C.C.J.A.

15. Un arbitrage ad hoc est défini négativement par rapport à l'arbitrage institutionnel. Il s'agit d'un arbitrage conçu et organisé directement par les parties sans l'assistance d'une institution qui administre l'arbitrage.

16. Les avantages d'un de ces types d'arbitrage (institutionnel ou ad hoc) sont symétriques des inconvénients de l'autre. L'arbitrage institutionnel présente pour les parties l'avantage de la facilité et de la sécurité. La facilité résulte de la simplification de la convention d'arbitrage. Sa rédaction ne soulèvera pas de difficultés ; une simple référence à l'institution arbitrale suffit. Certaines institutions proposent d'ailleurs des clauses modèles. La rédaction d'une convention d'arbitrage ad hoc est plus complexe. Les parties doivent prévoir tout le processus arbitral : la désignation des arbitres, les règles essentielles de la procédure, le droit applicable au fond du litige, les effets de la sentence en ce qui concerne les recours et l'hypothèse d'un refus d'exécution. La sécurité de l'arbitrage institutionnel provient de l'existence d'un règlement d'arbitrage et de l'appui institutionnel et matériel que l'institution peut apporter dans le déroulement de l'arbitrage. Par rapport aux avantages de facilité et de sécurité, l'arbitrage ad hoc a le mérite d'être adapté à la volonté des parties et aux circonstances particulières du litige. L'arbitrage est l'affaire des parties et des arbitres et son fonctionnement n'est pas soumis aux rouages bureaucratiques de l'institution permanente d'arbitrage. Il peut donc être plus rapide et plus souple. Ceci suppose cependant une très grande relation de confiance entre les parties et les arbitres.

17. L'arbitrage commercial est normalement défini par rapport à la commercialité de la relation ayant suscité le litige pour lequel il est fait recours à l'arbitrage. La question de la commercialité l'arbitrage renvoie ainsi à celle de la commercialité en général. Le droit OHADA de l'arbitrage ne fait aucune distinction entre l'arbitrage civil et commercial. A vrai dire, la distinction entre arbitrage civil et commercial n'est importante que dans les systèmes de droit – peu nombreux et que l'on peut, à juste titre, considérer comme archaïques – qui ne valident un type particulier de convention d'arbitrage – la clause compromissoire – qu'en matière commerciale. Tel n'est pas le cas dans le droit de l'OHADA où la clause compromissoire est valide tant en matière civile qu'en matière commerciale (voy. ci-dessous II). La distinction entre arbitrage civil et commercial n'est donc plus très importante dans le droit actuellement en vigueur dans les Etats de l'OHADA sauf sur un point : le droit appliqué par le tribunal arbitral. Si la relation ayant suscité le litige est commerciale, l'arbitre appliquera les principes, règles et usages du droit commercial.

18. L'arbitrage interne est défini négativement par rapport à la notion d'arbitrage international. La notion d'arbitrage international est extrêmement confuse. Au sens strict du terme, l'arbitrage international est celui qui met en présence des sujets de droit international (Etats et organisations internationales), donc l'arbitrage de droit international public. Cependant, dans les législations récentes, la notion d'arbitrage international n'est pas utilisée dans ce sens. L'arbitrage international désigne l'arbitrage de droit international privé. Ainsi entendue, l'internationalité de l'arbitrage renvoie à la question de l'internationalité – au sens du droit international privé – d'une relation juridique privée. Cette internationalité peut être définie de deux manières : l'une juridique, l'autre économique. L'internationalité juridique suppose une dispersion spatiale des éléments constitutifs d'une situation de sorte qu'elle peut se rattacher à plusieurs systèmes de droit (par exemple, dans une banale relation de vente, l'acheteur et le vendeur sont domiciliés dans des Etats différents). L'internationalité

économique suppose la mise en jeu des intérêts du commerce international. Le droit OHADA de l'arbitrage ne fait aucune distinction entre l'arbitrage interne et international (de droit international privé). Pourtant l'assimilation complète entre les deux catégories d'arbitrages est impossible. Pour ne prendre qu'un seul exemple particulièrement évident, la question du droit que le tribunal arbitral devra appliquer pour résoudre le litige au fond ne peut se poser que pour l'arbitrage de droit international privé. Aucun problème de droit applicable n'est susceptible de se poser pour un arbitrage interne.

19. Maintenant qu'un certain nombre de notions ont été précisées, on peut poursuivre la présentation du processus arbitral qui débute par une convention d'arbitrage.

II – LA CONVENTION D'ARBITRAGE

20. Après avoir précisé la notion de convention d'arbitrage et l'autonomie qui caractérise son régime juridique (A), on s'attachera à expliquer les éléments essentiels gouvernant sa formation (B) et ses effets (C).

A - Notion et autonomie

21. La convention d'arbitrage désigne un accord de volontés par lequel des parties s'obligent à faire trancher, par un ou plusieurs arbitres, des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà. Si la convention d'arbitrage porte sur d'éventuels litiges futurs, la convention d'arbitrage est une clause compromissoire. Si elle porte sur un litige déjà né, il s'agit d'un compromis d'arbitrage. Le droit OHADA n'utilise que le terme général de convention d'arbitrage sans distinguer entre la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage. Cette absence de distinction est parfaitement justifiée ; on observe d'ailleurs la même absence de distinction dans la plupart des législations modernes sur l'arbitrage. Une distinction n'a de sens que si les notions distinguées sont soumises à des règles différentes. Il n'est pas logique de distinguer des notions soumises aux mêmes règles. Or, le droit OHADA soumet aux mêmes règles toutes les conventions d'arbitrage (clause compromissoire et compromis d'arbitrage). La distinction n'a de sens que dans les droits peu nombreux – et archaïques – qui prohibent la clause compromissoire en matière civile, c'est-à-dire, *a contrario*, qui ne la valident qu'en matière commerciale. Tel n'est – heureusement – pas le cas dans le droit OHADA où les conventions d'arbitrage – quelle que soit leur nature – sont validées tant en matière civile que commerciale.

22. Lorsqu'une convention d'arbitrage est insérée dans un contrat et que le contrat qui contient cette convention d'arbitrage est argué de nullité, la logique voudrait que la convention d'arbitrage, en tant que partie du contrat, soit également nulle. La convention d'arbitrage est un élément du tout (le contrat) ; si le tout est nul, la partie est également nulle. Si cette logique était respectée, cela nuirait considérablement à l'efficacité des conventions d'arbitrage. Supposons que deux parties ont passé un contrat contenant une convention d'arbitrage ; un litige survient en cours d'exécution du contrat ; l'une des parties ne souhaite pas que le litige soit déféré à des arbitres ; il lui suffirait d'invoquer la nullité du contrat pour que la convention d'arbitrage soit privée d'efficacité. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence dans un premier temps, la loi ensuite, ont posé le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage. L'article 4 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 dispose, à cet effet, : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat ... ». Cela signifie que la convention d'arbitrage est

autonome par rapport au contrat dans lequel elle est stipulée de sorte qu'elle n'est pas affectée par l'invalidité de ce dernier. L'autonomie de la convention d'arbitrage consiste donc à immuniser la convention d'arbitrage par rapport aux causes d'invalidité susceptibles d'annuler le contrat contenant ladite convention. Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage est consacré par toutes les législations contemporaines sur l'arbitrage de sorte qu'on peut y voir un principe général du droit de l'arbitrage. On s'est souvent interrogé sur le fondement du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage qui, on l'a déjà signalé, heurte la logique qui veut que la nullité du tout annule également une partie du tout. Lorsque des parties insèrent dans leur contrat une convention d'arbitrage, elles témoignent de leur commune volonté de faire trancher les litiges – tous les litiges sauf ceux qu'elles auraient expressément exclus – qui naîtraient de leur relation par des arbitres. Or, la nullité du contrat qui contient la convention d'arbitrage est incontestablement un des litiges susceptibles de naître de la relation contractuelle. La volonté des parties constitue ainsi le véritable fondement de l'autonomie de la convention d'arbitrage. En même temps qu'elle en constitue le fondement, la volonté fixe aussi les limites qu'il faut apporter à l'autonomie de la convention d'arbitrage. La première limite tient à la volonté des parties elles-mêmes. Si les parties ont entendu exclure expressément du mécanisme arbitral les litiges tirés de la nullité du contrat, cette volonté doit être respectée. La deuxième limite tient à certaines causes de nullité affectant le contrat principal et qui rejaillissent nécessairement sur la convention d'arbitrage. Il s'agit de causes de nullité qui ne sont pas liées au contrat principal lui-même – son objet ou sa cause – mais qui sont relatives aux parties. On sait que les causes de nullité d'un contrat sanctionnent tantôt le défaut de conditions de validité tenant à l'opération contractuelle elle-même, tantôt le défaut de conditions tenant aux parties – consentement, capacité et pouvoir. Il est possible qu'une condition relative aux parties affecte, en même temps, et le contrat principal et la convention d'arbitrage de sorte que les deux conventions doivent être privées d'efficacité. Ainsi, en serait-il de l'absence de pouvoir du signataire de l'une des parties au contrat. La troisième limite tient à l'absence totale de consentement. Il paraît très contestable de faire produire des effets à une convention d'arbitrage alors qu'il n'y a eu ni offre, ni acceptation, tant concernant le contrat principal que la convention d'arbitrage.

B – La formation de la convention d'arbitrage

23. La convention d'arbitrage, comme n'importe quel contrat, doit réunir les conditions de validité des contrats dont on vient de rappeler (N° 22, *in fine*) qu'elles sont relatives aux parties et à l'objet du contrat. On évoquera également la forme de la convention d'arbitrage.

24. En ce qui concerne les parties, la formation de la convention d'arbitrage peut susciter deux types de difficultés : le pouvoir de la personne qui s'engage dans une convention d'arbitrage et l'aptitude de l'Etat et des personnes morales de droit public à compromettre. La notion de pouvoir suppose un mécanisme de représentation ; elle est différente de la notion de capacité juridique. La capacité d'exercice désigne l'aptitude à exercer les droits dont on est titulaire. Le pouvoir recouvre l'aptitude à engager une personne que l'on représente. Ceci concerne principalement les personnes morales. Les personnes morales ont évidemment la capacité de conclure une convention d'arbitrage. L'article 2 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage prévoit expressément que « toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage ... ». La question concrète qui se pose porte sur l'identification des organes sociaux disposant du pouvoir d'engager la personne morale par une convention d'arbitrage. Il faut, à cet égard, se référer au statut de la personne morale et à la loi qui organise cette catégorie de personne morale. En ce qui concerne les sociétés commerciales, l'article 121 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique dispose qu' « à

l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers ». Il faut donc identifier les représentants légaux du type de société (par exemple, le gérant pour la S.A.R.L.) qui entend s'engager dans une convention d'arbitrage. Le deuxième problème porte sur la question de savoir si l'Etat ou une personne morale de droit public peut être engagée dans une convention d'arbitrage. La question a longtemps été débattue et elle recevait des solutions très différentes dans les différents systèmes juridiques. Dans plusieurs Etats de l'OHADA, les litiges dans lesquels l'Etat ou une personne morale de droit public n'étaient pas arbitrables parce que la législation prévoyait que les causes communicables au Ministère public n'étaient pas arbitrables. Or, les litiges dans lesquels l'Etat ou une entité publique était partie étaient des causes communicables au Ministère public. Le droit OHADA apporte sur ce point une innovation heureuse, qui correspond d'ailleurs aux tendances contemporaines du droit de l'arbitrage. L'article 2, alinéa 2, de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 dispose que « les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

25. La condition de validité relative à l'objet de la convention d'arbitrage pose le problème de savoir si un litige peut être tranché par la voie de l'arbitrage ou si, au contraire, il ne doit pas être tranché par une juridiction étatique. Dans la terminologie du droit de l'arbitrage, cette question est identifiée sous l'expression d'arbitrabilité du litige. L'arbitrabilité concerne donc la question de savoir si un litige peut être tranché par des arbitres et ne doit pas, au contraire, relever du juge étatique. L'article 2, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage répond à cette question de la manière qui suit : « Toute personne ... peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition » [souligné par nous]. L'arbitrabilité est ainsi liée à la notion de disponibilité des droits. Le critère est classique et on le retrouve ainsi formulé ou dans une formulation voisine – sous l'expression de droits sur lesquels on peut transiger – dans nombre de législations. Le critère est peut-être classique mais il ne se laisse pas facilement cerner. Conceptuellement, un droit est disponible lorsqu'il est sous l'absolue maîtrise de son titulaire, qui peut tout faire à son propos, notamment l'aliéner et même y renoncer. Il existe cependant des degrés dans la disponibilité des droits. Il est ainsi des droits totalement et définitivement indisponibles. Il est ensuite des droits qui procèdent d'une situation indisponible mais qui deviennent disponibles dans certains de leurs effets. Il s'agit donc de droits partiellement disponibles. Il est, enfin, des droits qui sont indisponibles à l'état de droits éventuels mais qui sont disponibles à l'état de droits nés et actuels. Ceci implique que, tant que le droit est éventuel, il est impossible de recourir à l'arbitrage, alors qu'une telle possibilité s'ouvre lorsqu'il est acquis. La concrétisation de ces distinctions relève de chaque législation. Il est banal de relever que la disponibilité des droits peut varier d'un système juridique à l'autre. Plus un droit sera perçu comme une protection – un droit servant à protéger son titulaire – moins il sera disponible ; au contraire, plus il sera perçu comme un « pouvoir de volonté », plus il sera disponible. C'est précisément en raison de cela qu'on peut se montrer très réservé sur l'utilisation d'un concept aussi fuyant et relatif que celui de la disponibilité des droits comme critère d'arbitrabilité dans une législation uniforme. Le droit uniforme n'a évidemment pas pour vocation de définir la notion de libre disponibilité des droits. Ceci a comme conséquence que la définition, c'est-à-dire la concrétisation de ce concept, relève de chaque législation nationale des Etats de l'OHADA. Ceci revient à dire que, malgré l'existence d'une législation uniforme sur l'arbitrage, un facteur aussi important que celui de l'arbitrabilité du litige est, en pratique, abandonné à chaque législation nationale. Certes,

l'appartenance des droits des Etats de l'OHADA à une même famille de droits peut réduire les divergences. Il n'empêche qu'on peut penser qu'il eût été préférable de recourir à une notion moins fuyante qui ne souffrirait pas d'interprétations différenciées selon les droits qui pourront être utilisés pour la concrétiser. Le critère retenu par le droit fédéral suisse (loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé), qui retient la patrimonialité de la cause pour définir l'arbitrabilité, peut paraître, à cet égard, plus adéquat spécialement dans une législation uniforme.

26. La dernière question soulevée par la formation de la convention d'arbitrage porte sur sa forme. Le droit OHADA de l'arbitrage ne pose aucune exigence de forme qui conditionnerait la validité d'une convention d'arbitrage. Au plan du formalisme probatoire, l'article 3 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 prévoit que « la convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve ». L'écrit est ainsi privilégié au plan de la preuve sans cependant être exclusif puisque l'Acte réserve « tout autre moyen ». Il faut toutefois préciser que, sur le plan d'une bonne technique contractuelle et afin d'éviter toute discussion sur la preuve et la portée de la convention d'arbitrage, il est très utile pour les parties de rédiger un écrit. Il faut enfin signaler que le droit uniforme africain valide la clause compromissoire par référence. Ceci désigne une clause d'arbitrage qui n'est pas contenue dans le contrat litigieux mais dans des conditions générales ou un autre acte (par exemple, un contrat antérieur ou un contrat principal auquel le contrat litigieux se rapporte) auquel le contrat ayant suscité le litige fait référence.

C – L'efficacité de la convention d'arbitrage

27. Une fois qu'une convention d'arbitrage est valide et qu'un litige survient, la convention d'arbitrage doit manifester son efficacité. Cette efficacité concerne les parties, les arbitres et les juridictions étatiques.

28. En ce qui concerne les parties, l'efficacité de la convention d'arbitrage signifie l'obligation pour elles de soumettre le litige aux arbitres. Les modalités d'exécution de cette obligation se traduisent par les différentes dispositions de l'Acte uniforme relatives à la constitution du tribunal arbitral (voy. ci-dessous III) et pour ce qui concerne les arbitrages institutionnels – notamment celui de la C.C.J.A. – les dispositions du Règlement d'arbitrage portant sur la demande d'arbitrage et la constitution du tribunal arbitral (art. 3 et 5 du R.A.C.C.J.A.). Afin de renforcer l'efficacité de la convention d'arbitrage, l'Acte uniforme organise, en son article 5, une procédure destinée à contourner le blocage d'une partie qui, après avoir accepté une convention d'arbitrage, tenterait de bloquer le processus de constitution du tribunal arbitral. Ainsi, lorsqu'une partie refuse de nommer un arbitre, la nomination de celui-ci peut être effectuée par le juge étatique à la demande de l'autre partie. Le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. pose lui aussi clairement que si « l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention » (art. 10.2 R.A.). Il prévoit également que si une partie s'abstient de désigner un arbitre, celui-ci peut être désigné par la C.C.J.A. (art. 3.1 R.A.).

29. A l'égard des arbitres, l'efficacité de la convention d'arbitrage se manifeste par le fait que cette convention est la source des pouvoirs juridictionnels qui leur sont conférés. On perçoit alors immédiatement la difficulté. Si l'une des parties conteste les pouvoirs juridictionnels des arbitres en arguant de l'invalidité de la convention d'arbitrage, les arbitres sont-ils compétents pour statuer sur cette question ? En effet, s'il n'y a pas de convention d'arbitrage ou si la convention d'arbitrage est nulle, ils ne disposent d'aucune compétence,

d'aucun pouvoir juridictionnel. L'article 11, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme sur l'arbitrage répond à cette question de la manière suivante : « le tribunal arbitral statue sur sa compétence, y compris sur toutes les questions relatives à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage ». Cette règle est connue sous l'expression de règle de la « compétence-compétence ». En principe, une juridiction est juge de sa compétence ; ce qui vaut également pour la juridiction arbitrale. Le problème qui se pose – et qui justifie la « compétence-compétence » - est que la contestation de la compétence de l'arbitre peut se fonder sur l'origine de son pouvoir, c'est-à-dire la convention d'arbitrage, par exemple parce que sa nullité est invoquée. C'est précisément en vue de résoudre ce problème spécifique que l'article 11 précité précise que le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence s'exercera « y compris sur toutes questions relatives à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage ». En opportunité, la règle de la “ compétence-compétence ” est fondée sur le souci d'éviter les manœuvres dilatoires qui seraient de nature à limiter l'efficacité de la convention d'arbitrage. Il serait, en effet, peu judicieux de permettre à une partie de retarder le processus arbitral en arguant de l'invalidité de la convention d'arbitrage. Logiquement, la “ compétence-compétence ” des arbitres ne peut être fondée sur la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage est, en effet, le fondement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre dans son principe et dans son étendue ; toute invalidité de cette convention a logiquement pour conséquence l'inexistence de ce pouvoir. Si la “ compétence-compétence ” de l'arbitre ne peut être logiquement fondée sur la volonté des parties, c'est qu'elle trouve son fondement dans une règle du droit de l'arbitrage, expressément consacrée dans le droit de l'OHADA.

30. A l'égard des juridictions étatiques, l'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit par l'incompétence de celles-ci. Le principe est que si un litige visé dans une convention d'arbitrage est porté par l'une des parties devant une juridiction étatique, celle-ci devra se déclarer incompétente. Cette incompétence de principe connaît cependant des dérogations ou exceptions. Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques est posé par l'article 13, alinéas 1 et 2, de l'Acte uniforme. Le premier alinéa dispose que “ lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente ”. Le deuxième alinéa ajoute que “ si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ”. Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques est donc traité différemment selon que le tribunal arbitral est ou n'est pas saisi du litige. Si la juridiction arbitrale est déjà saisie du litige, l'article 1er ne pose aucune exception à l'incompétence des tribunaux étatiques. Cela s'explique par le fait que, dans cette hypothèse, on peut sérieusement suspecter la partie, qui saisiserait ce type de juridiction, de manœuvres dilatoires tendant à retarder ou troubler le processus arbitral. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le principe reçoit une atténuation dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage est “ manifestement nulle ”. Les hypothèses où l'une des parties saisiserait une juridiction étatique, alors que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, sont au nombre de deux. Soit le litige est posé, et l'une des parties saisit spontanément une juridiction étatique. Soit le litige n'est pas encore né et, à titre préventif, l'une des parties saisit un tribunal étatique afin de faire constater la nullité manifeste de la clause compromissoire. Dans les deux cas, la saisine de la juridiction étatique permet de faire l'économie d'une procédure arbitrale qui serait vouée à l'échec en raison de la nullité manifeste de la convention arbitrale. La notion de nullité manifeste doit être interprétée de façon restrictive. La nullité doit résulter de l'apparence de la convention et non de son analyse. En d'autres termes, la nullité résulte d'un examen extrinsèque de la convention. Chaque fois qu'une incertitude peut sérieusement exister, quant à la nullité de la clause, il n'y a pas de nullité manifeste. Le cas de nullité manifeste le plus évident résulterait

d'une contravention à une exigence formelle de la convention arbitrale. On a vu, cependant, que le droit uniforme africain ne soumettait l'accord arbitral à aucune exigence formelle, de sorte que cette hypothèse de nullité évidente ne peut effectivement être réalisée. L'insuffisance de la clause, en raison de son obscurité, de son ambiguïté ou de son incompatibilité avec d'autres clauses du contrat, n'est pas constitutive d'une nullité manifeste parce que la nullité ne peut résulter que d'une interprétation. Par contre, la convention arbitrale, qui viserait une matière manifestement inarbitrable selon la loi qui la régit - par exemple, un litige portant sur la dissolution du mariage -, serait manifestement nulle. La nullité est ici immédiate, directe et univoque en ce qu'elle ne souffre pas d'interprétation. L'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage n'est que relative. Ceci implique qu'il ne s'agit pas d'une incompétence que le juge peut relever d'office. Il faut que l'une des parties ait soulevé devant le juge étatique son incompétence. Cela s'explique par le fait que si le litige est porté devant le juge étatique, alors qu'aucune des parties ne soulève cette incompétence, cela implique que les parties ont renoncé à leur convention d'arbitrage, ce qui est évidemment conforme au droit commun des contrats où l'on peut toujours défaire ensemble ce que l'on a convenu ensemble.

III – L'INSTANCE ARBITRALE

31. Sous l'expression d'instance arbitrale, seront examinées les règles relatives à la constitution du tribunal arbitral et au déroulement de l'instance, c'est-à-dire de la procédure arbitrale. L'instance a pour objet de trancher un litige au fond. Lorsque le litige présente un caractère international au sens du droit international privé, ceci suscite l'application des règles du droit international privé conflictuel. S'agissant du traitement du litige au fond par le tribunal arbitral, on évoquera également la possibilité pour les arbitres de statuer en amiable compositeur (ou « *ex æquo et bono* »).

A – La constitution du tribunal arbitral

32. La constitution du tribunal arbitral est d'abord l'affaire des parties. L'Acte uniforme prévoit expressément que « les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties ». Les parties doivent cependant respecter deux règles. La première porte sur le nombre d'arbitres composant le tribunal arbitral ; celui-ci doit être constitué soit d'un, soit de trois arbitres. Cette limitation du nombre des arbitres est assez inhabituelle dans les législations sur l'arbitrage. Assez souvent, les législations se limitent à prévoir que le tribunal arbitral doit être composé d'un nombre impair d'arbitres. La deuxième limitation à la liberté des parties porte sur le principe du respect de l'égalité. L'article 9 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 dispose que « les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ». Ceci impose que les parties disposent des mêmes droits dans la désignation des arbitres. Par exemple, en cas de désignation d'un arbitre unique, cela exclut que la désignation de cet arbitre unique soit du ressort exclusif de l'une des parties ou du ressort d'une association – par exemple, professionnelle – dont une seule des parties est membre. Les modalités par lesquelles les parties constituent le tribunal arbitral sont fondamentalement au nombre de deux : le procédé de désignation directe et la désignation indirecte. La désignation directe recouvre les modalités

suivantes : la désignation nominale, la désignation par la fonction (par exemple, le Président de telle juridiction, ou le Président de telle association professionnelle ou le Doyen de la Faculté de droit) ou la procédure de désignation. La procédure la plus fréquente est la suivante : chacune des parties désigne un arbitre et les deux arbitres choisis nomment le troisième arbitre. Ce procédé peut soulever quelques difficultés. D'abord, il y a le danger que les arbitres choisis par les parties se comportent comme des « arbitres-parties » (« *friend arbitrator* »). Or, ceci est incompatible avec la règle de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. Ensuite, la désignation du troisième arbitre par les deux premiers peut s'avérer difficile, eu égard à la fonction essentielle de ce troisième arbitre. La désignation indirecte suppose que les parties chargent un tiers de constituer le tribunal arbitral. L'efficacité de ce type de désignation suppose que la clause identifie précisément cette personne, faute de quoi on risque d'aboutir à une situation de blocage. Ce tiers peut être une personne physique, le plus souvent identifiée par sa fonction, ou une personne morale. Ce sera le cas lorsque les parties choisissent un arbitrage institutionnel. Le centre chargé d'administrer l'arbitrage sera alors chargé de désigner le ou les arbitre(s).

33. Lorsque la désignation des arbitres donne lieu à des difficultés et que la situation est bloquée, la loi organise l'assistance judiciaire à la constitution de la juridiction arbitrale. La situation peut être bloquée, par exemple, parce que les parties ne s'entendent pas sur le choix de l'arbitre unique, ou encore parce que les deux arbitres désignés par les parties ne s'entendent pas sur le choix du troisième, ou encore parce que l'une des parties refuse de désigner « son » arbitre ou encore parce que le tiers chargé de désigner les arbitres reste inactif. Dans tous ces cas, l'une des parties peut saisir « le juge compétent dans l'Etat partie » (art. 5 AU.A) afin qu'il nomme un arbitre. Etant donné le caractère différencié de l'organisation judiciaire dans les Etats de l'OHADA, la législation uniforme ne pouvait, en ce domaine, que renvoyer à la législation interne de chaque Etat. Les législations de procédure civile et commerciale des Etats devront, en conséquence, compléter, sur ce point, le droit uniforme. Il aurait peut-être été judicieux que le législateur uniforme fournisse une indication sommaire sur le type de juridiction à retenir par le législateur national. Il faudra également que les législations nationales organisent la procédure à suivre et précisent si la décision est ou non susceptible de voies de recours.

34. Il faut évoquer un problème qui constitue un incident susceptible d'affecter la composition du tribunal arbitral. Il s'agit de la question de la récusation d'un arbitre. L'arbitre est un juge ; il doit donc être indépendant et impartial vis-à-vis des parties. Il s'agit d'une exigence fondamentale du droit de l'arbitrage. L'article 6, alinéa 2, de l'Acte sur l'arbitrage prévoit expressément que « l'arbitre doit ... demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties ». L'indépendance est une notion factuelle ; l'exigence de l'indépendance a trait à l'absence de relations de travail, de collaboration, de parenté ou d'alliance entre les parties. L'impartialité est une notion plus psychologique et plus difficile à prouver. Un auteur observe à ce propos que la « partialité est quelque chose d'assez facile à reconnaître mais de difficile à prouver pour la partie qui en est victime » (A. REDFERN et M. HUNTER, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 179). La procédure de récusation varie selon qu'il s'agit d'un arbitrage ad hoc ou d'un arbitrage institutionnel. S'il s'agit d'un arbitrage ad hoc, il est rare que les parties aient organisé une procédure. Il faudra donc porter la procédure devant la juridiction étatique. C'est ce que prévoit l'article 7, alinéa 2, de l'Acte uniforme sur l'arbitrage. Il est précisé que la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours. Si le juge retient la récusation, il faudra remplacer l'arbitre récusé. Si les parties ou les arbitres désignés – et non récusés – ne s'entendent pas sur le choix d'une personne pour remplacer l'arbitre récusé, le juge étatique pourra, à la demande de l'une des

parties ou des arbitres, procéder à cette désignation. S'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, le Règlement d'arbitrage de l'institution organise la procédure de récusation, qui est une procédure interne. Ensuite, si la procédure a abouti à la récusation, le même Règlement organise le remplacement de l'arbitre récusé. Tel est, par exemple, le cas dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. (art. 4.2 et 4.3 R.A.C.C.J.A.).

35. Les autres incidents pouvant affecter la composition de la juridiction arbitrale sont l'incapacité, le décès, la démission ou la révocation d'un arbitre. Tous ces incidents posent, comme la récusation, le problème du remplacement de l'arbitre au sein du tribunal arbitral qui est amputé de l'un de ses membres par incapacité, décès, démission ou révocation. L'assistance du juge étatique pour reconstituer un tribunal arbitral, à la suite d'une récusation, d'un décès, d'une démission, ou d'une révocation, est doublement subsidiaire ; elle ne s'exerce qu'à défaut de volonté des parties et à défaut d'accord des arbitres sur le choix du troisième arbitre.

B – Le déroulement de l'instance arbitrale

36. Les lois étatiques contemporaines sur l'arbitrage ne règlent plus la procédure arbitrale. Dans l'Acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage, la procédure arbitrale ne fait l'objet que d'une seule disposition (article 14) totalement insuffisante pour régler la procédure arbitrale. On peut alors se poser la question de savoir comment se règle la procédure arbitrale. Dans les arbitrages institutionnels, la conduite de l'instance arbitrale est réglée par les règlements d'arbitrage. Ainsi, le Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. organise le déroulement de l'instance arbitrale depuis la demande d'arbitrage jusqu'à la notification de la sentence arbitrale. Dans l'arbitrage ad hoc, les parties ne disposent pas d'un règlement d'arbitrage d'une institution. Elles peuvent alors organiser la procédure arbitrale le plus souvent en s'inspirant d'un règlement d'arbitrage. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI a d'ailleurs été élaboré à cet effet. Il est cependant assez rare que les parties règlent la procédure. Le plus souvent, les parties chargent les arbitres de régler la procédure arbitrale comme ils la jugent appropriée. Finalement, le principe en matière de procédure arbitrale est celui de la liberté des parties et des arbitres.

37. La liberté, qui constitue le principe en matière de procédure arbitrale, doit cependant impérativement être limitée par un principe fondamental qui gouverne toute procédure juridictionnelle de règlement d'un litige. Il s'agit du respect du principe du contradictoire. Ce principe est consubstantiel à l'idée même de la justice. Celle-ci repose sur un débat contradictoire – où chacun s'explique ou a la possibilité de s'expliquer dans les mêmes conditions – afin qu'un tiers indépendant et impartial – le juge ou l'arbitre – en tire la vérité judiciaire. Certaines règles posées par l'Acte uniforme sur l'arbitrage ne constituent d'ailleurs qu'une illustration de ce principe. Ainsi, un arbitre ne peut fonder sa décision sur un moyen qu'il aurait relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations (art. 14 al. 6 AU.A). Un arbitre ne peut retenir dans sa décision un moyen, une explication ou un document que si les parties ont été à même d'en débattre contradictoirement » (art. 14 al. 5 AU.A). En outre, le principe du contradictoire suppose que les parties disposent sensiblement du même délai dans l'examen des pièces et mémoires afin de préparer leurs moyens de fait et de droit.

38. Dans le respect du principe visé ci-dessus, la procédure arbitrale doit régler l'introduction de l'instance (forme de saisine des arbitres), le cas échéant l'organisation préliminaire de l'instance (par exemple au moyen d'une réunion préparatoire qui doit préciser certains points : l'indication sommaire des demandes et des moyens, le siège de l'arbitrage, la

langue, etc. ...), l'instruction de l'affaire par le tribunal arbitral (audition des parties, témoignages, examen des écritures et pièces, expertises), le règlement d'éventuels incidents (concernant les termes du litige – demandes additionnelles ou reconventionnelles – ou relatifs aux pièces - vérification d'écriture).

C – Le fond du litige

39. L'instance arbitrale n'a de sens que par rapport à un litige qu'il faut trancher au fond. En principe, un arbitre – comme un juge étatique – doit trancher le litige en droit, c'est-à-dire en appliquant les règles de droit. Lorsque le litige est international au sens du droit international privé, il faudra déterminer le droit applicable selon les techniques propres au droit international privé. Si le litige est interne, le problème du droit applicable ne se pose pas. L'arbitre applique les règles du droit interne. Cependant, les législations sur l'arbitrage – et l'Acte uniforme de l'OHADA du 11 mars 1999 ne fait pas exception – autorisent l'arbitre à statuer en amiable compositeur (art. 15 al. 2 AU.A, art. 17 al. 3 RA.C.C.J.A.). On présentera d'abord cette faculté accordée aux parties de faire trancher leur litige en équité avant d'évoquer la situation spécifique d'un litige privé ayant un caractère international.

40. Pour que le tribunal arbitral puisse statuer en amiable compositeur, il faut que les parties aient conféré ce pouvoir aux arbitres. A défaut de volonté certaine, l'arbitre doit statuer en droit. S'il statuait comme amiable compositeur alors qu'il n'a pas reçu ce pouvoir, sa sentence encourt l'annulation au motif qu'il ne s'est pas conformé à la mission qui lui a été confiée. Il n'y a pas de formulation expresse pour exprimer la volonté des parties de voir les arbitres statuer en amiables compositeurs. La formule la plus courante et la plus explicite consiste cependant à recourir à l'expression d'amiable composition ou d'amiable compositeur. On trouve cependant d'autres expressions dont les plus courantes sont « *ex aequo et bono* » (les arbitres statueront *ex aequo et bono*) ou « en équité » (les arbitres statueront en équité). L'accord sur l'amiable composition peut intervenir en cours de procédure. Il peut aussi être partiel. Ainsi les parties peuvent imposer à l'arbitre de statuer en droit pour les litiges nés de la validité du contrat et lui conférer le pouvoir d'amiable compositeur pour les différends nés de l'inexécution du contrat ou concernant les conséquences pécuniaires (évaluation des dommages-intérêts) résultant de l'inexécution du contrat.

41. Il est très difficile de mesurer la portée d'une clause d'amiable composition. Traditionnellement, on affirme qu'une telle stipulation permet à l'arbitre de statuer en équité. Cela n'est pas inexact mais est assez imprécis. Il faut aussi observer que l'équité n'étant pas réellement saisissable, une clause qui permet à l'arbitre de statuer en équité confère à celui-ci de très larges pouvoirs. La clause d'amiable composition suppose donc une très grande confiance des parties dans la personne de(s) arbitre(s). Comme chaque fois que l'on fait intervenir l'équité, l'amiable composition introduit une certaine insécurité juridique. Si l'on tente de cerner avec plus de précision ce que signifie l'introduction de l'équité dans le jugement des arbitres, on peut dire que cela leur permet d'écarter ou d'adapter les règles de droit – sauf celles qui ont un caractère d'ordre public – chaque fois que l'application stricte d'une telle règle heurterait, dans le cas d'espèce dont l'arbitre est saisi, l'équité. Il pourrait également, au nom de l'équité, tempérer les droits nés du contrat sans pouvoir cependant modifier, au moins substantiellement, les obligations contractuelles. Par exemple, il pourrait étaler dans le temps l'exécution des obligations contractuelles ou réduire le taux d'intérêt conventionnel. On mesure ainsi combien l'amiable composition confère au tribunal arbitral des pouvoirs beaucoup plus étendus que s'il devait statuer en droit.

42. L'article 15 alinéa 1^{er} de l'Acte sur l'arbitrage traite du droit applicable au fond du litige en disposant que « Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou, à défaut, choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu, le cas échéant, des usages du commerce international ». Cette disposition, qui consacre le choix du droit applicable au fond du litige par les parties ou les arbitres, doit d'abord être circonscrite quant à son champ d'application. Tel qu'il est libellé, l'alinéa 1^{er} pose la question du droit applicable pour tout litige dont un tribunal arbitral pourrait être saisi. Or l'Acte uniforme du 11 mars 1999 ne vise pas seulement l'arbitrage de droit international privé. On pourrait donc en induire que la question du droit applicable pourrait être posée à propos d'un litige purement interne. Cette induction serait totalement inexacte. Poser la question du droit applicable suppose nécessairement une situation suscitant un conflit de lois, c'est-à-dire une situation internationale au sens du droit international privé. Certes, on sait que pour un contrat purement interne, les parties peuvent aussi « choisir » un droit – mais en « contractualisant » une loi étrangère – dans les limites du droit supplétif régissant le contrat. La différence est donc très importante par rapport au contrat international. Il paraît donc certain que l'article 15, alinéa 1^{er} ne peut s'appliquer qu'à des seules situations privées internationales (voy. en ce sens J.M. JACQUET, Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, op. cit., p. 197). Même lorsqu'elle est internationale au sens du droit international privé, une situation ne permet pas toujours – loin s'en faut – le choix du droit applicable par les parties. Le choix du droit applicable par les parties ne vaut essentiellement que pour les obligations contractuelles générées par un contrat international. Par conséquent, la règle, posée par l'alinéa 1^{er}, selon laquelle « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ... » devra être limitée par les arbitres aux seuls litiges générés par un contrat international. Même s'agissant d'un contrat international, il ne faut pas perdre de vue que certaines questions – ainsi, par exemple, les questions liées à la capacité des parties – échappent à la volonté des parties quant au droit applicable. Il est évident qu'en posant la règle énoncée par l'article 15, alinéa 1^{er}, le législateur de l'OHADA n'avait pas en vue de bouleverser complètement le règlement des questions de droit applicable dans les litiges privés internationaux – ni, *a fortiori*, de poser le problème du droit applicable pour des litiges pour lesquels cette question ne se pose pas – même soumis à l'arbitrage. Il reviendra donc aux arbitres de circonscrire considérablement le champ d'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 15 en ce qu'il autorise le choix du droit applicable par les parties en limitant cette possibilité aux seuls litiges privés internationaux pour lesquels le choix du droit applicable par les parties est permis.

43. La première proposition contenue dans l'article 15 alinéa 1^{er} – le choix du droit applicable par les parties – consacre la loi d'autonomie telle qu'elle est entendue en droit international privé des contrats. La deuxième proposition vise l'hypothèse où les parties n'ont exprimé aucun choix. Si pour un litige contractuel international, les parties n'ont exprimé aucune volonté quant au droit applicable, l'article 15 autorise les arbitres – mais ne les oblige pas – à utiliser la technique de la voie directe qui leur permet de choisir directement – sans avoir à utiliser une règle de conflit de lois – les règles les plus appropriées. Il est intéressant d'observer qu'à propos du même problème, l'article 17, alinéa 1^{er} du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. oblige les arbitres à utiliser une règle de conflit de lois puisque l'arbitre devra appliquer « la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ». En visant les règles de droit – soit désignées par les parties, soit choisies par les arbitres-, et non simplement les lois – étatiques -, l'alinéa 1^{er} autorise sans nul doute que le litige contractuel international soit réglé au moyen de règles juridiques nationales, souvent désignées par l'expression de *lex mercatoria*. L'application par les arbitres des usages du commerce international doit naturellement être limitée aux litiges ayant un caractère à la fois

commercial et international. Cette restriction est implicitement – mais certainement – exprimée par l'utilisation de l'expression « le cas échéant ». Ceci réserve donc l'hypothèse où le litige n'aurait un caractère ni commercial, ni international.

IV – LA SENTENCE ARBITRALE

44. Le processus arbitral se matérialise par une sentence, c'est-à-dire un jugement rendu par le tribunal arbitral. C'est en effet en vue de faire trancher leur litige par une sentence que les parties ont conclu une convention d'arbitrage et ont participé à l'instance. La sentence produit un certain nombre d'effets (A) ; elle peut aussi faire l'objet de voies de recours (B).

A – L'efficacité de la sentence arbitrale

45. Les effets que produit une sentence arbitrale sont divers. Il est nécessaire de distinguer les effets indépendants de l'*exequatur* et les effets qui sont conditionnés par l'*exequatur*.

46. Les effets indépendants de l'*exequatur* sont au nombre de deux : la force décisive et l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la sentence.

47. La force décisive recouvre le dessaisissement de l'arbitre. Le dessaisissement de l'arbitre est une conséquence logique de la notion même de sentence. La sentence a tranché un litige ; il est logique que l'arbitre soit dessaisi. Le dessaisissement de l'arbitre connaît cependant trois limites : la rectification d'erreurs matérielles (par exemple, une erreur de saisie dans le texte ou de calcul dans l'allocation de dommages-intérêts), l'interprétation par le tribunal arbitral d'un passage obscur de la sentence et enfin le fait de compléter une sentence incomplète par une sentence additionnelle. Ce dernier cas suppose que l'arbitre a omis de statuer sur un chef de demande. Dans ces trois cas, il y a lieu à sentence rectificative, interprétative ou additionnelle. Le tribunal arbitral ne peut rendre ce type de sentence que s'il a été saisi par l'une des parties. Il est évident que ces sentences doivent donner lieu à un débat contradictoire préalable, faute de quoi elles encourent l'annulation.

48. L'autorité de la chose jugée est expressément affirmée par l'article 23 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ». L'effet concret de l'autorité de la chose jugée est à la fois négatif et positif. D'un point de vue négatif, l'autorité de la chose jugée, conférée à la sentence, permet de soulever l'exception de chose jugée dans le cas où l'affaire tranchée par la sentence serait portée devant une juridiction étatique. L'effet positif est que la sentence constitue un titre qui permet la mise en œuvre de mesures conservatoires. Ainsi, une sentence permet de pratiquer une saisie conservatoire (par exemple, une saisie conservatoire de créances, art. 77 et s. A.U.R.V.E.), eu égard au caractère conservatoire de cette saisie. Ceci permet au créancier, reconnu par la sentence, de former ensuite une double instance en *exequatur* et en conversion de la saisie.

49. Une sentence est évidemment rendue pour être exécutée. Si elle est exécutée volontairement, aucun problème particulier ne se pose. Par contre, un problème se pose lorsqu'elle n'est pas exécutée volontairement. Il faut ici relever une grande différence entre le jugement – rendu par des juges étatiques – et la sentence arbitrale – rendue par des juges « privés ». Les arbitres, à la différence des juges étatiques, ne disposent d'aucun *imperium*. L'acte que les arbitres posent – la sentence – ne peut, en conséquence, donner lieu à des mesures d'exécution forcée qui requièrent la mise en œuvre de la contrainte publique qu'après

avoir été revêtu de la formule exécutoire au terme d'une procédure d'*exequatur*. L'*exequatur* désigne une procédure au cours de laquelle le juge étatique va vérifier que la sentence remplit certaines conditions de fond.

50. Le droit uniforme africain de l'arbitrage ne réglemente pas la procédure d'*exequatur*. Il se limite à prévoir que la décision d'*exequatur* doit être « rendue par le juge compétent dans l'Etat partie » (art. 30 AU.A). Il revient donc à chaque législation nationale de déterminer quel est le juge compétent.

51. Le juge étatique, saisi d'une demande d'*exequatur* d'une sentence arbitrale doit vérifier que la sentence remplit les conditions de fond prévues par la loi. Sur le plan des conditions de fond, on commencera par le cas le plus simple : une sentence rendue sur le fondement de l'Acte uniforme sur l'arbitrage. Dans un tel cas, le juge de l'Etat de l'OHADA saisi de la demande d'*exequatur* doit vérifier deux conditions de fond : l'existence de la sentence et sa non-contrariété à l'ordre public. La preuve de l'existence de la sentence est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage. L'ordre public ne peut pas être défini ; il s'agit d'une notion judiciaire, c'est-à-dire qui doit être concrétisée par le juge. Elle recouvre les intérêts essentiels de l'Etat et de la société. Outre ce cas simple d'une sentence rendue sur le fondement de l'Acte uniforme, il faut évoquer deux autres situations : une sentence rendue sur la base du Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A. et une sentence rendue sur la base d'une autre législation que l'Acte uniforme du 11 mars 1999. Pour les sentences C.C.J.A., l'*exequatur* est accordé par la C.C.J.A. Cet *exequatur* vaut dans tous les Etats de l'OHADA. Il n'est donc plus besoin de requérir l'*exequatur* dans les différents Etats de l'OHADA lorsque la sentence a été *exequaturée* par la Cour commune d'Abidjan. Pour les sentences rendues sur le fondement d'autres lois que l'Acte uniforme, leur *exequatur* dans les Etats de l'OHADA parties à une convention internationale applicable en matière de reconnaissance et d'*exequatur* des sentences arbitrales – en particulier la Convention de New York du 10 juin 1958 - relève du droit conventionnel, précisément des dispositions de la Convention de New York du 10 juin 1958. Pour les sentences rendues sur le fondement d'autres lois que l'Acte uniforme, leur *exequatur* dans les Etats de l'OHADA non parties à une convention internationale applicable en matière de reconnaissance et d'*exequatur* des sentences arbitrales, relèvera des dispositions de l'Acte uniforme sur l'arbitrage. Ces différentes solutions résultent de l'article 34 de l'Acte uniforme qui dispose, que “ les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte uniforme sont reconnues dans les Etats parties dans les conditions prévues par les conventions internationales ..., et, à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent Acte uniforme ”.

52. Si le juge de l'Etat de l'OHADA requis a accordé l'*exequatur* à la sentence arbitrale, l'article 32, alinéa 2, de l'Acte uniforme sur l'arbitrage dispose que « cette décision n'est susceptible d'aucun recours ». A vrai dire, il faudrait préciser d'aucun recours direct car le recours en annulation porté contre la sentence arbitrale emporte de plein droit recours contre la décision ayant accordé l'*exequatur*. La décision du juge de l'Etat de l'OHADA requis qui refuse l'*exequatur* n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la C.C.J.A. (art. 32, al. 1^{er} AU.A). Les moyens du pourvoi sont forcément relatifs aux conditions que le juge a relevées – inexistence de la sentence ou sa contrariété à l'ordre public – pour refuser l'*exequatur*. Le délai du pourvoi en cassation est de deux mois à compter de la signification de la décision (art. 28.1 du Règlement de procédure de la C.C.J.A.).

B – Les recours contre la sentence

53. L'arbitrage est une justice privée. En ce qui concerne les voies de recours, l'élément essentiel est que l'Acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage a organisé des voies de recours de telle sorte que ce qui a été tranché par les arbitres ne puisse pas être rejugé par une juridiction étatique. L'Acte uniforme est très clair sur ce point ; l'article 25, alinéa 1^{er}, dispose que « la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation ». La principale voie de recours contre une sentence arbitrale est le recours en annulation. Deux autres voies de recours extraordinaires sont prévues : le recours en révision et la tierce-opposition.

54. Le recours en annulation est la principale voie de recours contre une sentence arbitrale. Il est porté devant le « juge compétent dans l'Etat partie » (art. 25, al. 2, A.U.A.). Il reviendra à chaque législation nationale de déterminer ce juge compétent. Il est important de préciser que le juge étatique, saisi d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale, ne dispose d'aucun pouvoir de révision au fond ; il doit seulement vérifier si la sentence mérite d'être annulée sur la base d'un des six motifs d'annulation posés par la législation uniforme. Si le juge annule, il ne dispose d'aucun pouvoir d'évocation. L'article 29 de l'Acte uniforme prévoit qu' « en cas d'annulation de la sentence, il appartient à la partie la plus diligente d'engager, si elle le souhaite, une nouvelle procédure arbitrale ». Le seul recours contre la décision du juge étatique, accordant ou refusant l'annulation, est le pourvoi en cassation devant la C.C.J.A.

55. Les causes d'annulation d'une sentence arbitrale sont limitativement énumérées par la législation uniforme. Elles sont au nombre de six.

56. Le premier motif d'annulation porte sur l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage. Derrière cette formulation faisant référence à la convention d'arbitrage, c'est en réalité la compétence de l'arbitre qui est ici contestée soit par rapport à une personne (qui estime qu'elle n'était pas liée par la convention d'arbitrage), soit par rapport au litige tranché par l'arbitre (dont le requérant en nullité estime qu'il n'était pas visé par la convention d'arbitrage). La nullité de la convention d'arbitrage suppose un vice affectant sa formation. Ce vice peut résulter d'un défaut de conditions tenant aux parties, à l'arbitrabilité du litige ou encore aux conditions de forme. L'expiration de la convention d'arbitrage recouvre l'expiration du délai d'arbitrage.

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

58. Le troisième motif d'annulation porte sur le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission. Ce moyen est spécifique au droit français de l'arbitrage et on peut se montrer très réservé sur l'utilisation, dans le droit de l'OHADA, d'un motif d'annulation aussi général. En droit français, le dépassement de sa mission par l'arbitre a une « histoire » doctrinale et jurisprudentielle qui permet d'en limiter la portée en tant que moyen de nullité d'une sentence arbitrale. Il est absolument indispensable que les juges des Etats de l'OHADA et de la CCJA s'inspirent de ce fond doctrinal et jurisprudentiel de droit français si l'on veut éviter que ce moyen n'ouvre la voie à des annulations pour des raisons non sérieusement fondées. Tel que formulé, ce moyen permet l'annulation chaque fois qu'il pourrait être reproché à l'arbitre la méconnaissance d'une règle de procédure quelle qu'elle soit, ou de l'une quelconque des règles

applicables au fond du litige. On imagine facilement comment un tel moyen peut devenir une arme redoutable entre les mains d'une partie qui souhaiterait obtenir l'annulation d'une sentence. En France, la jurisprudence a retenu une conception stricte – restrictive – de ce moyen. Ainsi, il permet de vérifier que les arbitres se sont *bien* acquittés de leur mission. Il permet de sanctionner l'*ultra petita* et la violation par l'arbitre d'une règle de la procédure expressément et précisément choisie par les parties. Quand au fond du litige, l'arbitre ne respecte pas sa mission s'il ne respecte pas le choix des parties sur le droit applicable – ou l'amicable composition –.

59. Le quatrième motif d'annulation porte sur le non-respect du principe du contradictoire. Ce principe, intimement lié aux principes d'égalité des parties et de la possibilité pour chacune d'elles de faire valoir ses droits, suppose que chacune des parties a pu faire valoir ses prétentions, connaître celles de son adversaire et procéder à leur discussion. Il suppose que les délais de procédure fixés par les arbitres soient sensiblement équivalents pour chacune des parties dans l'examen des pièces et documents utilisés pour l'instruction de la cause.

60. Le cinquième moyen est relatif à la violation par les arbitres « d'une règle d'ordre public international des Etats signataires ». Il faut préalablement observer que la référence à l'ordre public international ne convient que pour l'arbitrage de droit international privé. Seule la réserve de l'ordre public interne doit trouver à s'appliquer lorsque l'arbitre tranche un litige interne. L'utilisation de l'expression « ordre public international » suppose donc un litige international au sens du droit international privé. La référence à l'ordre « des Etats signataires » soulève une question. S'agit-il de l'ordre public au sens du droit international privé – donc de l'ordre public – de chacun des Etats ? S'agit-il d'un ordre public qui devait être commun aux différents Etats de l'OHADA, donc d'une sorte d'ordre public régional ? Cette conception régional de l'ordre public paraît justifiée lorsque le litige porte sur une matière ayant fait l'objet d'un Acte uniforme. On peut supposer, par exemple, un litige relatif à un contrat d'agence commerciale à caractère international, soumis à une loi étrangère – sinon l'expression de l'ordre public est rationnellement absolument impossible à envisager – tranché par un arbitre alors que le siège du tribunal arbitral est situé dans un pays de l'OHADA. En raison de ce que ce contrat a fait l'objet de dispositions communes, l'ordre public, susceptible de constituer une réserve aux effets de la loi étrangère régissant le contrat, devrait s'apprécier de manière communautaire et donc être commun aux différents Etats de l'OHADA. Par contre, lorsque le litige privé international soumis à l'arbitre ne relève pas d'une matière harmonisée, l'ordre public international ne pourrait être que l'ordre public au sens du droit international privé de l'Etat où l'annulation de la sentence est requise.

61. Le sixième et dernier moyen porte sur l'absence de motivation de la sentence. Il faut bien s'entendre sur ce moyen. Le juge étatique ne peut que vérifier si, formellement, la sentence est dépourvue de motifs dans son libellé. C'est donc une règle de forme ayant pour objet de s'assurer que le texte de la sentence répond aux prétentions et aux moyens des parties. Le juge étatique n'a pas à examiner le contenu de ces motifs pour estimer qu'ils sont contradictoires ou erronés et, en conséquence, annuler la sentence. Un juge étatique qui procéderait de cette manière réexaminerait le litige au fond. Or, le recours en annulation ne doit pas être perçu comme devant permettre un réexamen du fond du litige ou une appréciation de la pertinence du raisonnement juridique suivi par le tribunal arbitral. On doit donc considérer que le bien-fondé des motifs ou leur contradiction échappe, en principe, au contrôle du juge de l'annulation.

62. Les autres recours contre la sentence sont le recours en révision et la tierce-opposition . Ces deux recours sont portés devant le tribunal arbitral, ce qui suppose que celui-ci peut encore être réuni. Le recours en révision suppose la découverte d'un fait nouveau, inconnu du tribunal arbitral et du requérant en révision avant le prononcé de la sentence, et qui est de nature à exercer une influence décisive sur la décision qui doit être prise pour vider le litige. La tierce-opposition suppose qu'un tiers qui n'a pas été appelé à l'instance arbitrale estime que la sentence préjudicie à ses droits. On peut penser, par exemple, à un titulaire d'un droit de crédit-bail qui entend agir contre une sentence qui a constaté la vente de la chose, objet du crédit-bail, ou encore un codébiteur solidaire qui n'a pas été appelé à l'instance arbitrale. Si la tierce-opposition réussit, la sentence sera rétractée par le tribunal arbitral à l'égard du tiers pour ce qui concerne les dispositions qui lui sont préjudiciables.

63. Si les parties ont choisi l'arbitrage institutionnel de la C.C.J.A., les recours qui peuvent être portés contre une sentence rendue par un tribunal arbitral siégeant sous les auspices de la C.C.J.A. sont quasiment identiques à ceux qui sont décrits ci-dessus. Trois recours sont prévus : le recours en contestation de validité de la sentence (qui n'est rien d'autre qu'un recours en annulation), la révision et la tierce-opposition. Ces recours sont nécessairement portés devant la C.C.J.A. Il faut cependant signaler deux différences entre le recours en annulation devant la C.C.J.A. et le recours en annulation devant une juridiction étatique nationale. La première se situe au niveau des motifs d'annulation : l'absence de motivation et la composition irrégulière du tribunal arbitral ne constituent pas des moyens de nullité d'une sentence. La deuxième différence réside dans le fait que si la C.C.J.A. annule la sentence, elle dispose du pouvoir de statuer au fond, après avoir évoqué, si les parties en font la demande. Or, on a vu que la juridiction étatique ne disposait pas de ce pouvoir dans le cadre du recours en nullité organisé par l'Acte uniforme sur l'arbitrage.

Pierre MEYER
Professeur à l'Université de Ouagadougou
U.F.R. de sciences juridique et politique