La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA

Cruse Hervé Massosso Benga

▶ **To cite this version:**

Cruse Hervé Massosso Benga. La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA. Droit. Université de Perpignan, 2019. Français. NNT : 2019PERP0001 . tel-02064791

HAL Id: tel-02064791
https://theses.hal.science/tel-02064791

Submitted on 12 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de

Docteur

Délivré par

L'UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Faculté des Sciences Juridiques et Economiques

Préparée au sein de l'école doctorale

INTER-MED ED 544

Et de l'unité de recherche CRESEM EA 7397

Axe Normes et Droit comparé

Spécialité : **Droit Privé**

Présentée par **M. Cruse Hervé MASSOSSO BENGA**

LA DEJUDICIARISATION DE L'ARBITRAGE OHADA

Soutenue le 24 janvier 2019 devant le jury composé de :

M. Christian LE STANC,
Professeur, Université de Montpellier I, rapporteur

M. Salah Eddine MAATOUK,
Professeur, Université de Fès (Maroc), rapporteur

M. Frédéric LECLERC,
Professeur, Université de Perpignan, membre du jury

Mme Christine PAGNON-MAUDET,
Professeur, Institut d'Administration des Entreprises,
Université de Perpignan, co-directrice

M. Christophe JUHEL,
Maître de conférences HDR, Université de Perpignan,
directeur

L’Université de Perpignan Via Domitia n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A ma famille !

Remerciements

« *La gratitude se réjouit de ce qu'elle doit, quand l'amour-propre préférerait l'oublier* » nous apprend André COMTE-SPONVILLE.

En conséquence, je souhaite témoigner ma profonde gratitude à :

- Mes directeurs de thèse, les professeurs **Christophe JUHEL** et **Christine PAGNON-MAUDET**, pour m'avoir donné la chance d'entreprendre les recherches dont la présente thèse constitue l'aboutissement. La liberté de pensée, la rigueur et l'exigence ont été durant ces années, le triptyque qui a gouverné notre collaboration. Veuillez trouver en ces quelques lignes madame, monsieur, l'expression de ma sincère reconnaissance.

- Monsieur **Gérard NGOUMTSA ANOU**, professeur d'université, pour avoir su trouver les mots justes pour m'aider à trouver « le quai, la voie et le bon train pour m'emmener à destination ». Vos conseils avisés, vos critiques et votre bienveillance sont pour beaucoup dans l'achèvement de cette œuvre.

- Messieurs **Souleymane TOE**, **Alain ZERBO** pour leur attention permanente et leurs encouragements, marque d'une certaine confiance.

- Mes parents, le manoir **Séraphin LENANGOYE**, le King **Joachim TONANGOYE BENGA,** l'exécutif **Augustin MASSOSSO BENGA** et ma maman **Jeanne MOUNDJOUMBA**. Je n'oublie pas la grande horde de **CHAMTONE** (mes frères et sœurs) mais aussi ma fille, **Marcia Laurly MASSOSSO BENGA**.

- Mes très chers amis de toujours, un clin d'œil à **Olivia MAGANGA** et **Danielle NGOUE.**

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde	Ajouter
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFA	Association française d'arbitrage (Paris)
AFDI	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
AJ fam.	Actualité juridique famille
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article(s)
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
AUA	Acte uniforme relatif à l'arbitrage
AUPSRVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly
C. cass.	Cour de cassation
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA
C./	Contre

CA	Cour d'appel
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cass. Ass. plén	Arrêt de la Cour de cassation siégeant en assemblée plénière
Cass. civ. 1ère	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2ème	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3ème	Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
Cf.	Confer
ch.	Chambre
CIRDI	Cour Internationale de Règlement de Différends relatifs aux Investissements
chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaire
Comm. com. électr.	Revue Communication - commerce électronique
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
contra	En sens contraire

CPC	Code de procédure civile (français)
CPR	*Civil Procedure Rules*
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
DPCI	Droit et pratique du commerce international
dr.	Droit
Droits	Droits (revue française de théorie juridique)
éd.	Édition
Ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
in	Dans
infra	Ci-dessous
J.-Cl. dr. internat.	Juris-Classeur Droit international
J.-Cl. proc. civ.	Juris-Classeur Procédure civile
JDI	Journal du Droit international (Clunet)
J.O	Journal officiel
J.O OHADA	Journal officiel de l'OHADA
JT	Journal des tribunaux
jurispr.	Jurisprudence

L.	Loi
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
M.	Monsieur
MAJ	Mise à jour
Mél.	Mélanges (ou études) en l'honneur de
Mme	Madame
n°	Numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile (français)
not.	Notamment
nouv.	Nouveau / nouvelle
obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OHADA-D	Référence électronique des ressources doctrinales sur le site internet de l'UNIDA (www.ohada.com)
op. cit.	Opere citato (dans l'ouvrage cité)
p.	Page(s)
pan.	Panorama
préc.	Précité(e)
préf.	Préface

Procédures	Revue Procédures
PUA	Presse universitaire d'Afrique
PUF	Presses Universitaires de France
RACCJA	Règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage
Rapp.	Rapport
RDC	Revue des contrats
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne
Rép. Dr. internat.	Répertoire de droit international
Rép. proc. civ.	Répertoire de procédure civile
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. cam. arb.	Revue camerounaise de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv. dir. int. priv. proc. Rivisita di diritto internationale privato e processuale	
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant(e)(s)
sect.	Section
somm.	Sommaire

spéc.	Spécialement
suppl.	Supplément
supra	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance
trad.	Traduction
Trav. com. fr. DIP	Travaux du Comité français de droit international privé
UE	Union européenne
v.	Voir
v°	*Verbo* (mot)
vol.	Volume
ZPO	*Zivilprozessordnung* (Code allemand de procédure civile)

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE : LE NECESSAIRE DETOURNEMENT DES SYSTEMES JURIDIQUES ET JURIDICTIONNELS

Titre I : La modification du corpus législatif régional, national et conventionnel

Chapitre I : La réécriture de l'acte uniforme sur l'arbitrage

Chapitre II : La modification des corpus législatif nationaux et actes conventionnels

Titre II : La déjuridictionnalisation de l'espace OHADA

Chapitre I : Le dessaisissement des organes judiciaires étatiques

Chapitre II : L'improbable mise en œuvre de la déjuridictionnalisation

DEUXIEME PARTIE : LA DEJUDICIARISATION PAR LE RESPECT DE SES EXIGENCES

Titre I : Les exigences de la déjudiciarisation au sein de l'arbitrage

Chapitre I : La nécessaire révision du statut de l'arbitre

Chapitre II : L'indispensable coopération des parties et la réforme procédurale

Titre II : Les exigences de la déjudiciarisation auprès des Etats et de la CCJA

Chapitre I : La conciliation entre l'arbitrage et les prérogatives de puissance publique des Etats

Chapitre II : L'adaptation des prérogatives de la CCJA aux obligations de la déjudiciarisation

CONCLUSION GENERALE

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

Introduction générale

« Il se peut qu'on soit rebuté par cette entreprise. Dans notre milieu professionnel, il est plus sage de s'en tenir à une unique spécialité ; et sur un point microscopique, de "servir l'avancement de la science", de devenir un bon "technicien". En nous offrant au rôle de pont entre deux disciplines hostiles, en mêlant la technique certaine du juriste aux problèmes du philosophe, en visant des synthèses trop vastes, et certainement "prématurées", nous manquons aux règles habituelles de la méthode scientifique. Mais à chaque question son degré de certitude. Le mépris pour les connaissances approximatives est le début de la "barbarie scientifique" contemporaine. »[1].

[1] M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 20-21.

« *La justice est le fondement d'un Etat de droit* » déclarait M. Sidiki KABA[2]. Ceci pour dire l'importance qu'elle occupe au sein des Etats modernes. Des auteurs écrivent à ce propos que « *l'équilibre d'un ordre économique et social est incidemment tributaire de la qualité de la justice qui le soutient* »[3]. Pour s'en convaincre, un regard sur les missions régaliennes de l'Etat permet de constater sa prééminence sur les autres missions.

La justice moderne est perçue comme « *une valeur, un idéal moral, un concept philosophique dont la caractérisation paraît à la fois complexe et évidente* »[4]. Elle vise à corriger une inégalité, à combler un handicap, à sanctionner une faute et de rompre à un dysfonctionnement. En ce sens, elle peut se définir comme « *l'art du bon et de l'égal* »[5]. En partant de ce postulat, il serait réducteur de penser que la justice est la panache des seuls Etats. Force est de constater qu'il existe des formes de justice qui lui sont indépendantes et parallèles[6]. Néanmoins, toutes tirent leur légitimité des différentes lois nationales.

Chacune des justices obéit à une procédure particulière qui les rend *in fine* singulière les unes des autres. Nonobstant ces différences, certaines d'entre elles présentent des traits communs, c'est le cas entre la justice étatique et la justice arbitrale qui disposent du droit de juger. Bien que l'histoire nous apprenne que la fonction de juger a toujours été une prérogative du prince, nous constatons que le juge ne détient pas l'exclusivité de cette activité.

---

[2] Ministre de la justice du Sénégal, déclaration faite lors de son allocution à l'assemblée générale de l'union des magistrats du Sénégal le samedi 19 Août 2017. http://www.actu24.net/societe/assembl%C3%A9e-g%C3%A9n%C3%A9rale-de-lunion-des-magistrats-du-s%C3%A9n%C3%A9gal-le-ministre-sidiki-kaba-%C2%ABla-justice . Consulté le 07/09/2018 à 10h 46.

[3] E. A. CAPRIOLI et I. CHOUKRI, « Réflexion et perspectives autour de l'arbitrage international et du commerce électronique : vers une nouvelle gouvernance du contentieux ? », https://www.victoria.ac.nz/__data/assets/pdf_file/0003/920109/Caprioli_Choukri.pdf p. 1. Consulté le 09/09/2018 à 11h 39.

[4] http://www.ecologiehumaine.eu/actualites-thematique/restaurer-les-conditions-dexercice-de-la-justice/ consulté le 08/09/2018 à 17h 08.

[5] Définition médiévale de la justice tirée de : http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/definition/principes/qu-est-ce-que-justice.html

[6] On parle des MARC qui sont une forme de justice.

Le dictionnaire Larousse définie le verbe juger comme le fait de se « *déterminer, prendre position sur quelque chose ou encore, prononcer une sentence sur quelqu'un ou une affaire* »[7]. En effet, la *jurisdictio*, pouvoir de dire le droit n'est pas exclusivement détenu par le juge étatique. La fonction de juger se définie comme « *une mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la mission contentieuse (…), les missions de contrôle, liées à l'exercice de la juridiction gracieuse, et les fonctions associées à l'une ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle* »[8]. Ces définitions ont le mérite de mettre en lumière deux aspects importants : prendre position en tranchant le litige et cela, par des règles de droit. Ces précisions nous permettent de faire un premier balisage de la matière qui sera utilisée puisqu'il permet de faire une distinction entre les justices juridictionnelles qui feront l'objet de cette étude et les autres justices dénudées de cet aspect. Dès lors, il convient de soustraire certains MARC à cette étude.

Les MARC[9] (modes alternatifs de règlement de contentieux) à l'exception de l'arbitrage ne sont pas des modes juridictionnels de conflit. Ce sont des mécanismes alternatifs à la justice étatique ayant pour but de trouver une solution amiable au différend entre des litigants par le biais d'un tiers, en leur évitant les affres d'une procédure judiciaire. La conciliation et la médiation en sont des exemples. L'arbitrage, bien qu'étant classé dans les MARC, s'en distingue par deux éléments : le caractère juridictionnel de sa mission et le caractère obligatoire de la solution adoptée. De fait, l'arbitre détient son pouvoir des parties qui lui donnent mandat de trancher le litige en disant le droit[10], sauf si les parties en disposent autrement[11]. En ce sens, au même titre que le juge étatique, il est investi de la *jurisdictio*. De plus, ses sentences revêtues de

[7] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/juger/45115 consulté le 23/07/17 à 21h 25.
[8] G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 2001, v. Juridictionnel, p. 495.
[9] Encore nommé ADR (Alternative Dispute Resolution » en anglais. V. L. CADIET et *alii, Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution*, Litec. 2005
[10] Article 15, alinéa 1 de l'AUA qui dispose que *« le tribunal arbitral tranche le fond du différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. A défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte, le cas échant, des usages du commerce international ».*
[11] Sauf si les parties souhaitent un règlement à l'amiable. Dès lors, l'arbitre statuera en amiable composition.

l'autorité de la chose jugée[12] sont prises par un tribunal arbitral composé d'un ou plusieurs membres. Pour cela, l'arbitre est considéré comme un juge à part entière par une certaine doctrine[13].

L'action de la justice se réalise dans la tension entre le juste et l'injuste et dans l'acte par lequel on rend la justice. L'importance de cette assertion mérite que l'on s'attarde sur ces éléments notamment sur l'acte par lequel on rend justice. Le substantif acte peut renvoyer à diverses significations. Cependant, sur un terrain juridique, l'acte désigne « *une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit* »[14]. L'acte est ainsi pris dans sa dimension matérielle. En ce sens, il peut être entouré d'un formalisme particulier. Dans cette approche, on peut voir l'acte par lequel on rend la justice comme la solution découlant d'une instance judiciaire. En d'autres termes, il est question d'un jugement ou d'une sentence arbitrale.

Si le jugement ne trouve aucune peine à être mis en exécution forcée, la sentence elle, requière le concours d'un magistrat public. En cela, la justice étatique est considérée comme le garant de l'arbitrage. D'ailleurs, en droit romain classique[15], l'arbitre dépend du juge. De plus, plusieurs recours au juge sont possibles lors d'une procédure arbitrale pour accompagner l'arbitre dans son office judiciaire. L'arbitrage bien qu'étant une justice privée à la « *pratique fort ancienne dont l'origine paraît antérieure à l'organisation d'une justice étatique* »[16] peut recourir au juge étatique pour le déclanchement[17], la conduite[18] et même l'exécution de la sentence[19]. Cela peut paraître paradoxal avec le rôle de l'arbitrage puisqu'il s'agit d'un mode alternatif de

[12] Article 23 de l'AUA.
[13] Il existe un courant doctrinal qui pense le contraire dès lors qu'il associe la fonction de juger au pouvoir de contrainte d'exécution de la décision (*l'imperium*). L'arbitre étant dépourvu de cette prérogative, pour ces derniers, il ne peut être considéré comme un juge et l'arbitrage, comme une justice.
[14] R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16ème éd. 2007, p. 11.
[15] B. DE LOYNES DE FUMICHON et M. IMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb*. 2003, p. 26.
[16] P. MEYER, OHADA : droit de l'arbitrage, Brulant, 2001, p. 7.
[17] Le déclanchement de la procédure arbitrale commence par le choix des arbitres. Lorsque celui-ci ne peut être fait par les parties, le juge étatique est saisi pour pallier l'incident. Article 6, alinéa 3 de l'AUA.
[18] Le juge étatique est autorisé à apporter son concours au déroulement de l'instance dans le respect des articles 13.5 ; 14.9 de l'AUA.
[19] En cas d'exécution forcée de la sentence, une procédure d'*exequatur* est obligatoire devant le juge étatique. Article 30 de l'AUA.

règlement de différends, sensé éloigner les juges de la contestation des litigants. Toujours est-il qu'aujourd'hui, cette aptitude du juge lui vaut le qualificatif d' « *assistant technique* » à l'arbitrage.

Tout comme il est indéniable que de par ces prérogatives sur l'arbitrage, le juge étatique s'écarte davantage de sa mission originelle, il est tout autant indubitable que ces activités apportent un coût supplémentaire à l'activité judiciaire. Dans un monde où la rationalité, la modernisation et l'efficience deviennent les maîtres mots des économies et administrations nationales, les reformes conduisent à une redéfinition du système judiciaire étatique. Les modes de fonctionnement de l'institution judiciaire et l'appréciation de son action n'échappent donc plus aux gestionnaires et autres consultants budgétaires de tous poils. « *L'œuvre de justice est, elle aussi, désormais envisagée sous l'angle de son coût et par voie de conséquence, sa rentabilité, à un point tel que le justiciable en découvre seulement poindre les prémices d'un futur qui ne présage que de l'incompréhension et du questionnement* » fait remarquer un praticien du droit[20], car le constat est clair : la justice ploie sous le nombre et présente des signes d'inefficacité. Comme remède, on parle alors de déjudiciarisation.

Le concept de déjudiciarisation n'est pas nouveau. Il est déjà pratiqué dans plusieurs pays[21] et dans divers systèmes juridiques[22]. De nombreux Etats africains parties au Traité OHADA ont depuis peu entamé des états généraux de la justice. Ces réflexions sur la justice ont pour but de désengorger les tribunaux et redonner à la justice ses lettres de noblesse d'antan. Il n'est donc pas impossible qu'au sortir de ces assises, la déjudiciarisation soit recommandée aux différents gouvernements. En l'état actuel des choses, il est certain que la déjudiciarisation aura un impact sur l'arbitrage. Dès lors, une question mérite d'être posée : Est-il cohérent de laisser le juge être garant de la bonne tenue de l'arbitrage dans un contexte de recentrage de ces activités vers ses missions premières ? En conséquence, n'est-il pas temps de repenser l'arbitrage OHADA ? C'est justement les réponses à ces interrogations que vise la présente

[20] F. DAVID, avocat à la cour, Toulouse. « Justice d'aujourd'hui, ou le défi de juger sans juge », 30 juin 2017. https://www.david-avocat-toulouse.fr/justice-daujourdhui/ consulté le 07/09/2018 à 11h 18.
[21] Notamment en France et aux Etats-Unis.
[22] Le système romano-germanique et celui de la Common law

analyse consacrée à l'étude de **la déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA**. Le juriste averti est celui qui sait anticiper sur l'avenir. Aussi nous intéressons-nous à la déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA. Comment parvenir à une exclusion totale du juge au sein de cet arbitrage ?

« *Il est des mots nets recouvrant des notions insaisissables, des termes que le monde juridique emploie tous les jours clairement mais qui s'évanouissent quand on s'en approche : phénomène que l'enseignant rencontre souvent, confronté à la difficulté irritante d'expliquer ces usuels aux contours fuyants* »[23]. Ce peut être le cas des deux notions qui fondent l'objet de notre étude : Arbitrage et Déjudiciarisation. A première vue, elles peuvent susciter une aversion, un désintérêt, au regard de leur sens qui renvoie à une absence de juge. Cependant, la richesse de ces notions mérite que l'on s'y attarde à titre liminaire.

La mise en perspective selon les cas peut paraître comme difficile ou encore inutile. Cependant il convient de s'y atteler étant convaincu des enjeux de son intérêt (III). Pour ce faire, l'objet de la recherche ainsi que la méthodologie appliquée mérite d'être précisés (II) tout en apportant au préalable dans le cadre de définitions, un éclairage sur les principales notions du sujet (I). In fine, les deux grands points à suivre pour déconnecter l'arbitrage OHADA au juge national doivent être annoncés (IV).

I. ECLAIRAGE NOTIONNEL

En raison du rôle que le juge national peut être amené à jouer au sein d'une procédure arbitrale, il est indubitable que la déjudiciarisation impactera fortement le fonctionnement de cette institution qui pourtant nous est vendu comme « *une justice privée, détachée des ordres juridiques étatiques* »[24] et dont la Cour de cassation[25] a

[23] A. BENABENT, La provision. Essai d'une théorie générale en droit français, LGDJ, 2001.
[24] E. LOQUIN (dir)., propos introductif de l'ouvrage *L'ordre public et l'arbitrage*, actes du colloque des 15 et 16 mars 2013 à Dijon.
[25] 1° civ. 29 juin 2007, *JDI* 2007, 1236, note Th. CLAY.

reconnu le caractère de justice internationale. En effet, lorsque pour une quelconque raison, la procédure connaît un incident, et si les parties n'ont pas prévu la réparation de ce dernier dans la close arbitrale, sur saisine des arbitres (s'ils sont déjà nommés) ou de la partie la plus diligente, le juge prête son concours à la résolution de l'incident. La déjudiciarisation qui entraîne une réorganisation de l'appareil judiciaire entend retirer certaines compétences au juge national notamment son rôle d'assistant technique à la procédure arbitrale.

On peut se poser la question du choix de l'arbitrage OHADA et de son rapport avec la déjudiciarisation. En attendant la réponse à cette interrogation, il paraît impérieux d'apporter des précisions à titre préliminaire.

A. Présentation de l'arbitrage OHADA

La présentation de l'arbitrage OHADA passe nécessairement par la présentation de l'arbitrage en général (1) pour ensuite présenter cet institution sous le regard de l'OHADA (2).

1. Généralité sur l'arbitrage

L'idée d'arbitrage trouve indubitablement sa place dans la recherche sur les origines et le devenir de la notion même de justice. En effet, quel que soit le mode de résolution de conflit adopté, qu'il soit public ou privé, l'objectif visé est celui de rendre justice. Ainsi donc, tribunaux publics et instances privées poursuivent le même idéal, le même but.

L'arbitrage est connu et pratiqué depuis très longtemps. Sa présence est signalée dans certains livres religieux[26]. Certains auteurs n'hésitent pas à évoquer la période de la haute antiquité[27] voire même de l'époque archaïque[28]. C'est peut-être cette ancienneté qui à servie de fil conducteur à la thèse selon laquelle, la justice étatique découlerait de l'arbitrage[29]. S'il est très difficile de situer la première forme de justice entre ces deux formes dans certaines régions du monde, en Afrique, cela est plutôt aisé.

Le concept africain d'arbitrage trouve sans doute son sens dans la perception de la notion de justice, c'est-à-dire, un mécanisme pacifique de règlement de litiges. Les sociétés négro-africaines se sont construites sur des valeurs telles que le dialogue, la tolérance, le compromis, la coexistence, la paix… Le maintien de cet équilibre a conduit à l'élaboration de systèmes de justices basés sur l'équité, gage d'une paix sociale. La résolution des conflits dans les civilisations négro-africaines a toujours été influencée par des règles et coutumes endogènes aux traditions et cultures africaines[30]. L'arbitrage en Afrique est certainement la première forme de justice que les peuples ont connue. De fait, il n'y a pas si longtemps que les pays africains ont adopté la forme

[26] L'islam et le christianisme font mention de cette pratique dans leurs textes respectifs. Pour ce qui est de la première religion, deux versets dans le coran font mention de l'arbitrage : la *sunna* et le *fiqh*. Pour ce qui est du christianisme, le texte de référence dans la bible est Genèse 31-37. Que l'on soit sur l'une ou l'autre religion, on se rend compte que l'arbitrage y a la même fonction : le règlement de différends. Le droit canonique dans son canon 1446 prévoit que les fidèles doivent éviter les litiges ou les régler de manière pacifique, soit en faisant recours à la transaction, soit en recourant à l'arbitrage tandis que le coran le voit comme un mode de règlement de conflit.

[27] S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. Arb.*, 2000, pp. 557 à 590, cité par B. DE LOYNES DE FURNICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. Arb.*, 2003, pp. 285 à 348.

[28] J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, « L'arbitrage dans la Grèce antique-époques archaïque et classique », *Rev. Arb.*, 2000, pp. 9 à 26, cité par B. DE LOYNES DE FURNICHON et M. HUMBERT, *op cit*.

[29] V. B. MATTHIAS et B. WINDSCHEID, DIE ENTWICKLUNG DES ROMISCHEN SCHIEDSGERICHTS. Nabu press, octobre 2011, 162 Pages. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T.I, 6e éd., Paris, 1954, pp. 127 à 129. A. MAGDELAIN, « Aspect arbitraux de la justice civile archaïque à Rome », *RIDA*, 27, 1980, p. 205-281 ; *Jus imperium auctoritas*. Etude de droit romain, Rome, 1990, p. 591-652.

[30] B. SIDIBE, Résolution traditionnelle des conflits au Mali, *La revue*, http://larevue.squirepattonboggs.com/AFRIQUE-Resolution-traditionnelle-des-conflits-au-Mali_a641.html, consulté le 04/12/2016 à 11h 47.

étatique moderne ainsi que les institutions qui vont avec[31]. Avant, il était question de chefferies où les sages rendaient justice par le biais de l'arbitrage. Il faut avouer que le choix des anciens n'est pas le fruit du hasard. Les sociétés africaines sont gérontocrates. Pour elles, seuls les vieillards, détenteurs de la sagesse par le prix de nombreuses expériences sont à même de conduire la famille, la tribu, le clan… vers un avenir serein, meilleur. Aussi, leur revient-il le droit de résoudre tous litiges pouvant affecter l'harmonie sociale de la communauté. Dès lors, il est impossible de prétendre que l'arbitrage découlerait de la justice étatique mais encore qu'il y était considéré comme un MARC. Ce n'est que sous sa forme moderne actuelle que l'arbitrage est reconnu comme un mode alternatif de règlement de conflit[32], c'est-à-dire une sorte de justice privée, palliatif aux manquements des juridictions étatiques. Cette position n'est pas propre qu'à l'Afrique et son peuple. D'autre peuple ont connu l'arbitrage bien avant la justice étatique : c'est le cas des peuples juifs[33].

En effet, l'arbitrage rabbinique utilisé par les peuples juifs constituait le mode par excellence de résolution de litiges, non pas pour des raisons de désert juridique ou d'absence d'autorité judiciaire, mais simplement pour des raisons propres au droit talmudique. De fait, ce droit proscrit tout recours aux juridictions séculières. Cet état de fait est rendu possible par la conjugaison de deux facteurs : La nature religieuse de cet arbitrage et la clause d'*electio juris*.

Peu connu en France, l'arbitrage religieux ou confessionnel dans lequel s'inscrit l'arbitrage rabbinique, fait partie de ce pluralisme juridique théorisé par J. VANDERLINDEN[34]. Selon lui, « *le pluralisme juridique… postule l'existence d'une multiplicité d'ordres normatifs susceptibles de revendiquer la qualification de « juridiques » et de s'appliquer simultanément au comportement d'un individu. En ce*

[31] Nous considérons que le statut d'Etat est acquis dès lors que le territoire est déclaré indépendant. Fort de ce point de vue, les Etats africains sont relativement jeunes puisque la plus part d'entre eux accède à la souveraineté internationale dans les années 1960.

[32] C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op cit*, p. 9.

[33] F. X. LICARI, *L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations*, *Rev. Arb*, 2013, n°1, p. 57, spéc. p. 59.

[34] J. VANDERLINDEN, « vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *RRJ, Droit Prospectif*, 1993, p. 573 ; « L'utopie pluraliste, solution de demain pour les minorités *?* » *in L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités ? Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 665.

sens, le pluralisme ne s'inscrit pas… dans une société déterminée. Il se situe-et c'est capital-au niveau de l'individu en tant que point de convergence d'ordres qu'il considère comme juridiques et qui sont produits par des sociétés dont, à un titre ou à un autre, volontairement ou non, il relève. Il doit dès lors, être considéré non plus comme un sujet de droit, mais bien un sujet de droits »[35]. En d'autres termes, c'est à l'individu de choisir les normes juridiques qui lui seront appliquées en fonction de son appartenance à une société ou une communauté donnée. En pratique, cela signifierait qu'un croyant est enserré *à priori* dans deux ordres juridiques : Le système juridique étatique et celui relatif à son obédience religieuse.

S'agissant de la clause d'*electio juris,* elle permet le choix de règles spéciales susceptibles d'être appliquées au contentieux. C'est un moyen de prévisibilité en ce sens qu'elle permet d'éviter les conflits de lois et les difficultés auxquelles ils peuvent donner lieu, en permettant l'exclusion par les parties, des lois jugées inacceptables. Pour ce qui est alors d'un arbitrage confessionnel, les parties conviennent de l'application du système juridique propre à leur confession, par des juges adhérents aux mêmes convictions religieuses et selon leurs normes, en l'occurrence le droit talmudique en référence à l'arbitrage rabbinique.

Le mot arbitrage est sujet à plusieurs acceptions notamment à Rome. De fait, les romains ont connu différents types d'arbitrage ou du moins, le terme *arbiter* renvoyait à plusieurs acteurs qu'il convient de bien distinguer. Dans un premier temps, le mot *arbiter* renvoyait à un expert investit par l'autorité publique d'une mission judiciaire d'évaluation. Ensuite, était appelé *arbiter*, un tiers choisi par les parties aux fins de régler un litige dont ils ne souhaitent pas que la justice étatique puisse en connaitre. Enfin, ce terme désignait également un témoin privilégié (son témoignage suffit à confondre l'auteur d'une mauvaise action)[36] . Ainsi, les trois procédures explicitées étaient bien qualifiées d'*arbiter*. Cependant, dans le cadre de notre étude, seule la deuxième acception retiend notre attention.

---

[35] J. VANDERLINDEN, « L'utopie pluraliste, solution de demain pour les minorités ? » *op cit*, p. 665.

[36] Capt. 219 et 225 ; Mil. 158, 1137 , Cité par B. DE LOYNES DE FURNICHON et M. HUMBERT, *op. cit.*

Bien qu'étant ancien, l'étymologie de ce mot est encore sujet à controverse. La plus part des mots juridiques provenant du romain, d'aucuns pensaient qu'il avait une origine indo-européenne, c'est-à-dire italique au regard de sa composition (*ar-bit-er, ad+baeto(bito)+ter*)[37], *celui qui se rend vers, celui qui accourt*. Il aura fallu attendre les années 1980 pour qu'une anti thèse vienne contredire la première déjà bien ancrée dans la conscience collective des juristes[38]. Cette dernière énonçait plutôt des origines italo-sémitiques largement étayées par des linguistes[39]. Pour ces derniers, le mot *arbiter* serait un mélange sémantique oriental et occidental dans lequel le sens du mot serait *garant, de caution, de courtier*[40] et aucunement référence à un arbitre chargé de trancher un litige.

Qu'à cela ne tienne, le rôle de l'*arbiter* qui, implicitement renvoie à l'arbitrage moderne de notre époque ne souffre d'aucunes contestations du moins en ce qui concerne ses caractères car de définition légale, le mot n'en dispose pas. En effet, aussi improbable que cela puisse paraître et en dépit de ce que cette activité soit légiférée et codifiée dans plusieurs Etats, force est de constater qu'elle ne dispose d'aucune définition[41] légale. La zone OHADA ne déroge pas à ce constat : l'arbitrage OHADA ne dispose d'aucune définition législative que ce soit au sein de l'Acte uniforme, dans le règlement d'arbitrage CCJA ou encore au sein des législations nationale. Le constat de cette absence est également fait par M. MEYER qui écrit que « *ni l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, ni le règlement d'arbitrage de la CCJA ne contiennent la*

---

[37] *« La substitution du r a un d, dans la préposition ad, est bien connue en latin (arfuerint, arvorsum) ; les formes baeto et bito sont toutes deux attestées, et ter désigne l'auteur d'une action à accomplir, par rapport à tor, l'auteur d'une action accomplie »* tiré de B. DE LOYNES DE FURNICHON et M. HUMBERT, op cit p. 287.

[38] M. KASER-K. HACKL, DAS ROMISCHE ZIVILPROZESSRECHT, 2e éd, Munich, 1996, n°10, p. 57.

[39] R. VON PLANTA, *Grammatik der oskisch-umbrischen Dialekte*, Strasbourg, 1892, pp. 242, 337, 432 et 561 faisait remarquer que la valeur brève du *i* d'*arbiter* ne s'accorde pas avec la valeur longue de *baeto-bito*. A. ERMOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4e éd., Paris, 1985, p. 43 : « *Le seul rapprochement qui semble s'imposer, celui avec l'ombrien arputrati-arbitratu, n'éclaire pas le mot latin. Ar peut-être une forme dialectale de ad. Le rapprochement avec baeto est douteux* ».

[40] P. MARTINO, *Arbiter*, Rome, 1986.

[41] J.F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 1, p.1 citant M. JARROSSON selon lequel « *l'arbitrage n'a pas de définition légale* », tiré de C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 14.

moindre définition de l'arbitrage »[42]. En l'absence de définition législative, la doctrine s'est essayée à cet exercice pour le moins complexe. De cette initiative découle une pluralité de définitions *expressis verbis*. Plusieurs juristes ont alors exprimé ce qu'il entendait par l'arbitrage : MOTULSKY y voit « *le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention* »[43] ; Eric LOQUIN définit l'arbitrage comme étant un « *mode de résolution des litiges alternatifs à la justice étatique* »[44]. « *L'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »[45] était le point de vu de JARROSSON. MM POUDRET et BESSON estiment à leur tour que c'est « *un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets analogues à ceux d'un jugement* »[46]. Sur cette même problématique, MOULOUL affirme que « *l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement de litiges sans intervention du juge étatique* »[47] tandis que KENFACK-DOUAJNI déclare que « *l'arbitrage consiste dans le jugement d'une contestation par des particuliers, que l'on nomme arbitres et qui sont désignés par les litigants au moyen d'une convention* »[48]. Ce halo de définition est tributaire de « *la polysémie du vocabulaire juridique et le caractère approximatif que présente la terminologie de certains dispositifs juridiques* »[49].

Loin d'être identiques, ces différentes définitions doctrinales soulignent cependant l'idée commune à tous : C'est-à-dire un mode de règlement de conflit

[42] P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelle, 2001, p. 6.
[43] H. MOTULSKY, *Etudes et notes sur l'arbitrage, Ecrits, t*. 2, Dalloz, 1976, p. 5.
[44] E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Paris, Joly et Lextenso, 2015, p. 1.
[45] Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 785, p. 372.
[46] J.F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 3, p. 3.
[47] A. MOULOUL, *L'arbitrage dans l'espace OHADA*, conférence internationale sur le droit des affaires de l'OHADA, maison du droit vietnamo-française, Hanoi, le 28 janvier 2010, Ohadata D-10-12.
[48] G. KENFACK-DOUAJNI, « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n°12, Janvier-Février-Mars 2001, p. 1.
[49] M-C. RIVIER, « Arbitrage », *in* Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 54.

décidé par les parties, lequel litige est expressément soustrait aux juridictions étatiques, au profit de personne privées investies de la mission de juger.

Le concept d'arbitrage bien qu'étant universel, n'est pas pour autant uniforme. Il existe de par le monde une multitude de typologie d'arbitrage. En effet, l'arbitrage est constitué d'infinie variété. Il peut-être interne[50] ou international[51], *ad hoc*[52] ou institutionnel[53], généraliste ou spécialisé[54]. Signe de son essor et de sa parfaite santé, certains genres d'arbitrage voient le jour ou sont en perspectives[55] , tandis que d'autres à l'instar de l'arbitrage religieux, connaissent un regain d'intérêt[56]. D'ailleurs, M. PARK faisait remarquer à cet effet que « *L'arbitrage est en automne* »[57].

Le plébiscite de ce mode alternatif de règlement de conflit (MARC) fait de lui l'outil par excellence de règlement de litiges dans le commerce international au détriment de la justice étatique qualifiée de lente, procédurale, complexe et couteuse. C'est donc à juste titre que LAZAREFF déclarait que « *c'est devenu une banalité de dire que l'arbitrage est maintenant le mode normal de règlement des différends du commerce international. C'est un fait, il est indiscuté….* »[58]. Idem pour M. SERAGLINI qui affirme que l'arbitrage commercial international est devenu « *le mode de règlement des litiges du commerce international de droit commun* »[59].

---

[50] L'arbitrage interne est défini comme étant celui qui ne présente aucun élément d'extranéité, tant en ce qui concerne les parties en présence que le contrat principal objet du différend.
[51] L'arbitrage international est celui qui met en présence des sujets de droit international.
[52] Un arbitrage est dit ad-hoc lorsqu'il est réalisé en dehors de toute institution arbitrale permanente.
[53] Est institutionnel, l'arbitrage qui est administré par une institution permanente à l'instar d'un centre d'arbitrage. Il suppose trois caractères cumulatifs: l'existence d'une autorité chargée d'administrer l'arbitrage ; l'existence d'un règlement d'arbitrage qui régit l'instance arbitrale et l'existence d'un secrétariat qui assume les tâches d'ordre matériel
[54] Pour exemple : Le tribunal arbitral sportif (TAS) ; Le centre international pour le règlement de différends relatifs aux investissements (CIRDI)
[55] M. COURT DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, Thèse de droit privé. Université de Versailles-Saint-Quentin, 2011. L'auteur y démontre l'existence d'éléments pouvant conduire à la création d'un arbitrage en matière de consommation.
[56] Ch. LEBEN, « L'arbitrage par le tribunal rabbinique appliquant le droit hébraïque », *Rev. Arb.*, 1990. p. 281.
[57] W.W. PARK, « Arbitration Autumn », *J. Int. Dispute Settlement* , 2011, p. 287 et s. L'auteur soutient à travers cette expression que l'arbitrage fait preuve aujourd'hui d'une « robuste maturité ».
[58] S. LAZAREFF, « Les MARC en OHADA », *Journal africain du droit des affaires*, 2011-1, p. 7.
[59] Ch. SERAGLINI, J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Droit du commerce international, LexisNexis Litec 2005, p.847 n°2421 ; J.F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant , LGDJ, Schultess, 2002, spéc. p . 24 n° 22.

Selon les régions, l'arbitrage adopte une forme spéciale, particulière à l'espace dans lequel il est pratiqué. Il serait donc intéressant d'analyser les particularités de l'arbitrage OHADA.

2. Les particularités de l'arbitrage OHADA

Les enjeux du commerce international d'une part ainsi que les nombreux contentieux y inhérents d'autre part, ont conduit à la construction d'un nouveau corpus normatif, orienté vers « une gestion communautaire des intérêts nationaux »[60] dans la quasi-totalité des régions du monde. Aussi, emboitant le pas aux Etats Unis d'Amérique[61], au Moyen Orient[62], à l'Europe[63] mais également à l'Asie[64], l'Afrique, ou du moins 17 pays[65] des régions ouest et centrale de ce continent ont décidé d'harmoniser leurs différents droits internes pour n'en faire qu'un seul instrument juridique : L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Il faut dire que cet acte est en réalité l'expression matérielle, le fruit de l'OHADA[66] (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), crée le 17 octobre 1993 à Port-

[60] C. ABDOULLAH, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *Revue internationale de droit économique* ; 2004/2 (t. XVIII, 2), p. 197-225. DOI 10.3917/*ride*. 182.0197.

[61] American Arbitration Association (AAA) qui est la principale institution d'arbitrage en Amérique du nord via son centre d'arbitrage ICDR (Centre international pour la dispute résolution). https://www.adr.org/aaa/faces/home;jsessionid=-zc5ZzCogalkkpeVAd-Xij1lWkK5GEcjmYDhmWOshvi9l702kgyG!1034935591?_afrLoop=733754980447905&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=null#%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26_afrLoop%3D733754980447905%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1btzsy811w_4. Site consulté le 06/11/16 à 12h 31.

[62] Centre d'arbitrage commercial pour les Etats du conseil de coopération pour les Etats arabes du golfe. http://www.gcccac.org/ar/. Site consulté le 06/11/16 à 11h 41.

[63] P. MARINI et F. FAGES, « Le centre européen de règlement des différends financiers, Euroarbitrage », *Euredia* 2001-2002/1. Le centre a pour objectif, le traitement des litiges portant sur des instruments financiers. La Cour Européenne d'Arbitrage (CEA) http://www.cour-europe-arbitrage.org/index.php?lang=fr. Site consulté le 06/11/16 à 12h 15.

[64] Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), http://www.apragbali2016.baniarbitration.org/. Site consulté le 06/11/16 à 12h 27

[65] Benin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatorial, Mali, Niger, Rép. Dém. Congo, Sénégal, Tchad, Togo.

[66] Le traité de l'OHADA est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Il lie aujourd'hui, 17 pays d'Afrique noire francophone.

Louis, dans le but d'apporter aux investisseurs nationaux et internationaux une sécurité juridique.

Vantant le mérite de cette alliance, le professeur ABDOULLAH CISSE[67] faisait remarquer le caractère fondamental de l'intégration régional en Afrique comme facteur de développement et de croissance économique[68]. De fait, plusieurs pays avant la signature de cet accord, soit ne disposaient pas de règles codifiées en matière d'arbitrage, soit en disposaient mais totalement inadaptées aux exigences du commerce international. Cet état de fait constituait indéniablement un handicap pour les investisseurs qui voyaient en ces Etats, des risques financiers.

La construction d'une plateforme juridique communautaire moderne, répondant aux standards internationaux constituait donc un préalable à l'arrivée des investisseurs et à l'essor économique de l'Afrique noire francophone. Dès lors, l'OHADA peut être perçu comme étant un facteur d'intégration économique et d'accélération de croissance. A ce propos, d'aucuns affirment que : « *L'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique, pour servir l'intégration économique et la croissance* »[69]. En ce sens, il a fallu lui donner les spécificités propres à l'environnement juridico-économique de cette espace économique.

L'arbitrage OHADA est un arbitrage atypique. A la différence du droit français, il ne fait aucune distinction sur l'arbitrage interne ou international de même que sur le caractère civil ou commercial du litige. La participation d'une personne morale de droit public n'emporte également aucune particularité[70]. Les règles édictées s'appliquent à tous. Cette particularité lui a valu quelque réflexion de la part de la doctrine qui n'hésite pas à penser que « *la voie dans laquelle s'est engagée le législateur OHADA est une rupture conceptuelle et épistémologique nette avec le droit français et le droit antérieur à l'OHADA des Etats aujourd'hui parties à celle-ci* »[71] .

[67] Professeur, Doyen de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'université G. BERGER de Saint-Louis du Sénégal.
[68] C. ABDOULLAH., *op. cit*., p. 197-225.
[69] K. MBAYE. « Avant-propos sur l'OHADA », Recueil *Penant*, numéro spécial OHADA, n° 827, 1998, pp. 125-128.
[70] On parle aussi d'arbitrage mixte ou transnational.
[71] P.-G. POUGOUE, « L'arbitrage dans l'espace OHADA », *RCADI*, t. 380, 2016, p. 143.

Il faut dire que la distinction en droit OHADA entre ces différents aspects est totalement inutile dès lors que le but de l'OHADA est d'instituer un véritable droit commun de l'arbitrage. De plus, ce système permet de s'affranchir des difficultés que pourrait engendrer un pluralisme juridique, c'est-à-dire un conflit de lois. Précisons également que les règles de l'acte uniforme sur l'arbitrage ne sont pas appliquées dans le cadre de d'un arbitrage CCJA. Bien qu'émanant du même texte juridique[72], les deux arbitrages sont diamétralement opposés. L'acte uniforme régit les arbitrages *ad-hoc*, tandis que les arbitrages CCJA sont eux tranchés à la lumière du règlement d'arbitrage de cette institution. Notre étude reposera donc sur les règles de droit commun de l'arbitrage (AUA) et non sur celles du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage de l'OHADA (CCJA). Si la notion d'arbitrage paraît plus claire, explicitons celui de la déjudiciarisation.

B. Présentation du concept de la déjudiciarisation

La déjudiciarisation trouve ses origines aux Etats-Unis dans les années 1976 à la faveur des recommandations de la commission présidentielle sur le maintien de la loi et de l'administration de la justice[73]. Il faut dire que ces recommandations sont la réponse de l'exécutif aux difficultés que rencontrait la justice dans ce pays. En effet, le système juridique étasunien faisait face

- « au retour de la responsabilité communautaire, suite à la reconnaissance de la nécessité d'impliquer cette dernière et devant la constatation des déficiences du système de justice criminelle ;
- la surcharge des coûts ;

[72] Article 2 du Traité de l'OHADA.
[73] P. NEJLSKY, « Diversion : The promise and the danger », *Crime and Delinquency* 1976, XXII, 4, pp. 393-410 cité par Laplante Jacques. Actualités bibliographiques : la déjudiciarisation : sa portée au niveau communautaire (aux Etats-Unis). In: *Déviance et société*. 1977 - Vol. 1 - N°4. pp. 459-470. https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1977_num_1_4_966

- la dénonciation eu égards à la violation des droits de la personne aux différents stades du processus judiciaire et de l'incarcération ;
- ladite stigmatisation des personnes identifiées par l'appareil judiciaire et la récidive qu'elle entraîne »[74].

Avec plus d'une quarantaine d'année, l'arbitrage n'est guère un fait nouveau. Plusieurs pays la pratique[75] depuis bien longtemps dans différentes matières[76].

La question de la déjudiciarisation de l'arbitrage agite beaucoup les esprits. Elle emmène une cacophonie générale où les pires suspicions empêchent tout débat serein. Si le concept de déjudiciarisation suscite autant de passion c'est peut-être parce qu'il est utilisé à des fins variées de façons différentes par des personnes d'orientations diverses[77]. En réalité, on parle des déjudiciarisations car le mot renvoie à des pratiques différentes[78] :

- le législateur peut tout d'abord décider de retirer une compétence au juge, afin de la conférer à une entité extérieure, telle que l'officier d'état civil ou le notaire, ce qui constitue une déjudiciarisation doublée d'une déjuridictionnalisation ;
- il peut également transférer à une entité extérieure une compétence initialement dévolue au greffe, auquel cas la déjudiciarisation n'implique pas de déjuridictionnalisation puisque le traitement initial n'était pas juridictionnel ;
- enfin, il est permis de qualifier de « déjudiciarisation », l'opération consistant pour le législateur à transférer à une autorité administrative le règlement de certains aspects d'un litige jusqu'alors entièrement confié au juge judiciaire,

[74] J. Laplante. Actualités bibliographiques : la déjudiciarisation : sa portée au niveau communautaire (aux Etats-Unis). In: *Déviance et société*. 1977 - Vol. 1 - N°4. pp. 459-470. https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1977_num_1_4_966

[75] Etats Unis, Canada, France…

[76] Civil, Pénal…

[77] D. CRESSEY et R. Mc. DERMOTT, « Diversion : Background and définition », *in* R. CARTER et M. KLEIN, *Back on the street : The diversion of the juvenile offenders*, New-Jersey, Prentince Hall, inc., 1976. pp. 145-201.

[78] L. MAYER, « les déjudiciarisations opérées par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, n° 285c4, p. 59. On se rend compte que plusieurs opérations peuvent être qualifiées de déjudiciarisation, ce qui rend la tâche d'appréhension de la notion plus complexe.

auquel cas la déjudiciarisation consiste en un allègement de l'office du juge spécifiquement judiciaire, et ne s'accompagne pas vraiment d'une déjuridictionnalisation puisque c'est la nouvelle entité qui va désormais trancher ces aspects du litige.

- Une autre variable de la déjudiciarisation réside en ce que le transfert d'une question hors du périmètre judiciaire peut être définitif, le juge n'en étant plus saisi à aucun stade, ou bien, le plus souvent, temporaire, le juge recouvrant son office en cas de contestation de la décision prise par l'entité désormais compétente.

Sous le vocable unique de « déjudiciarisation » sont ainsi susceptibles d'être comprises des mesures en réalité très diverses.

Les réflexions menées par les différentes chancelleries et gardes des sceaux des Etats parties au Traité de l'OHADA penchent toutes vers la première approche du concept de la déjudiciarisation. De fait, il s'agit pour ces Etats, de ménager les juges en leur ôtant certaines prérogatives pouvant être effectuant par certains auxiliaires de justice ou personnes privées investies d'une mission juridictionnelles ou simplement par mandat. Il va sans dire que l'allègement des tâches du juge permettra un recentrage de ce dernier vers sa mission première. Ainsi, les Etats engrangeront des économies sur le fonctionnement de la justice mais également une meilleure qualité dans l'administration de cette dernière car disons-le, les Etats membres de l'OHADA ne respectent pas le ratio de magistrat par habitant définie par la norme internationale. Le cas du Benin est largement illustratif du malaise. Une étude de 2013 rapporte qu'il y avait 194 magistrats en service dans toutes les juridictions du pays, pour une population de 9.983.884 habitants, soit un ratio de 1 magistrat pour 51. 463 habitants[79]. Dans le cadre de cette étude, nous adopterons comme définition de la déjudiciarisation dans ce travail, le transfert de compétence du juge vers des entités extrajudiciaires.

[79] J. DJOGBENOU (dir.), *La gouvernance par l'exemple : contribution programmatique sur l'Etat de droit et de la justice*, Cotonou, COPEF, pp. 128 et s.

Que l'on analyse la déjudiciarisation comme une tendance de « *déconflictualisation* » de la société[80] ou plus largement comme l'avènement d'une société plus libérale permettant à des personnes de trouver des solutions aux litiges en dehors du juge[81], il est indéniable que l'idée séduit et entraîne inexorablement l'émergence des modes alternatifs de règlement de conflits dont l'arbitrage en est un composant.

De par sa définition, il est clair que la déjudiciarisation provoque des conséquences dans l'appareil judiciaire mais également extrajudiciaire. C'est le cas dans l'arbitrage OHADA où le juge intervient en tant qu' « assistant technique ». Il est indubitable que le retrait de certaines compétences du juge aura entre autre comme conséquence « *faire sortir du palais de justice* »[82] les affaires liées à l'arbitrage. C'est-à-dire pour le législateur OHADA, de dessaisir les juges nationaux de leurs compétences en matière arbitrale et ainsi rendre plus autonome et efficace l'arbitrage. En conséquence, l'exclusion du juge national dans l'arbitrage OHADA mérite d'être examinée.

II. OBJET ET METHODE DE LA RECHERCHE

Il est question dans cette partie, dans un premier temps, de présenter les principales questions suscitées entre la déjudiciarisation et l'arbitrage (A). Ensuite, dans un second temps, de préciser la démarche méthodologique à suivre pour apporter une réponse à ces questions (B).

[80] Rapp. IHEJ, « *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIe siècle* », mai 2013, consultable sur le site www.ihej.org.
[81] M. LAINE, « Contrat » *in Dictionnaire amoureux de la liberté*, 2016, Plon, p. 200 à 201.
[82] S. GUINCHARD. (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », 2008, *La Documentation française*, p. 48.

A. Objet de la recherche

La dure crise économique qui frappe le monde au sortir de la seconde guerre mondiale oblige les Etats à réfléchir sur des mécanismes créateurs de croissance. Le développement du commerce international est l'une des pistes évoquées. Le phénomène de la mondialisation vient accélérer celui du commerce international. En effet, la libre circulation des marchandises, des capitaux, des services, des personnes, des techniques et de l'information caractérise la mondialisation. Elle désigne le processus d'intégration des marchés et de rapprochement des hommes qui résulte de la libéralisation des échanges et des retombés des technologies de l'information et de la communication à l'échelle planétaire. Cette approche est semblable à la définition que Jacques ADDA en fait : *« l'abolition de l'espace mondial sous l'emprise du capitalisme, avec le démantèlement des frontières physiques et règlementaires »*[83].

La mondialisation est conduite par un courant de pensée libérale qui se matérialise par des politiques de libéralisation (traité et zone de libre-échange) et la déréglementation des marchés (limitation des monopoles d'Etats, installation et surveillance de la concurrence). Cependant, pour optimiser son rendement, il est nécessaire que des regroupements régionaux soient effectués. La conséquence directe de ces regroupements est la création de zones économiques communautaires[84] et des marchés communs[85] (les intégrations régionales). On assiste depuis, à la prolifération des accords internationaux à partir des années 1980[86]. Plusieurs regroupements régionaux[87] se créent. Théoriquement, l'intégration vise plusieurs buts :

- l'augmentation des échanges, qui permet la spécialisation et la localisation de la production là où elle est effectuée de la manière la plus performante ;

[83] J. ADDA, *La mondialisation de l'économie. Genèse et problèmes*, La Découverte, 7e ed. 2006.
[84] CEDEAO, CEEAC, CEE (devenu U.E), OUA (devenu U.A), SADEC, ALENA…
[85] UEMOA, CEMAC, MERCOSUR, ASEAN, IGAD
[86] C. DEBLOCK « 17. Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », *La question politique en économie internationale.* La Découverte, 2006, pp. 248-260.
[87] Communauté économique régionale (CER), Union du Maghreb Arabe (UMA), Marché commun de l'Afrique de l'Est et Australe (COMESA), Communauté des Etats sahélo-sahéliens (CENSAD

- l'augmentation de la taille des marchés qui permet la réalisation d'économies d'échelle, l'intensification de la concurrence (baisse des prix et incitation à l'innovation) ;
- la création d'un environnement économique favorable aux affaires[88].

L'Afrique n'échappe pas au renouveau économique mondial. La chute du mur de Berlin achève les derniers bastions du communisme. Désormais, le capitalisme tracté par le libéralisme s'installe sur le continent. On assiste à la première application des « plans d'ajustement structurel »[89] (PAS) notamment au Sénégal[90]. La contagion est rapide. La plus part des Etats en développement se retrouvent sous perfusion économique à tel enseigne que les PAS sont assimilés à un modèle économique. L'urgence est là, le continent a besoin d'investisseurs extérieurs pour faire face aux défis du futur. C'est dans ce contexte que se tient un colloque à Monrovia sur les perspectives de développement de l'Afrique par des personnalités africaines. Les recommandations de ce colloque sont adoptées lors du XVIe sommet des chefs d'Etats de l'OUA et rebaptisées plan d'action de Lagos.

Le 17 octobre 1993 à Port Louis (Ile Maurice) est signé par 16 Etats, le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique[91]. Ce même traité marque également la naissance de l'OHADA (organisation pour l'harmonie en Afrique du droit des affaires), organisation régionale à multiple facettes. L'objectif visé par le traité est clair : accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et la volonté de renforcer la sécurité juridique et judiciaire dans ce nouvel espace source de meilleure intégration juridique et économique. Pour ce faire, des outils sont mis en place, l'OHADA en tant qu'organisme international et la CCJA (Cour commune de justice et d'arbitrage). Au-delà de l'aspect économique et monétaire le traité constitutif de l'OHADA a mis l'accent sur la coopération juridique et judiciaire pour sécuriser les

[88] GBAGUIDI, A. OCHOZIAS. « Cinquante ans d'intégration régionale en Afrique : un bilan global », *Techniques Financières et Développement*, vol. 111, no. 2, 2013, pp. 47-62.
[89] Le programme d'ajustement structurel est un programme de réformes économiques mis en place par le FMI ou la Banque Mondiale pour sortir un Etat d'une crise économique. Il comporte deux phases : la stabilité macro-économique à court terme qui se traduit par la libéralisation de l'économie ; la libéralisation du commerce et du système bancaire, privatisation des entreprises et des sociétés d'Etat.
[90] Le Sénégal est le premier pays africain à connaître une PAS dès 1979 suite à une injonction du FMI.
[91] Révisé le 17/10/2008 à Québec au Canada.

échanges internationaux et rassurer les investisseurs. En ce sens, le traité fait de l'arbitrage le moyen de règlement de différends dans l'espace ohada. Il faut dire que l'arbitrage connaît un essor fulgurant dans les autres régions du monde. Son succès est tributaire de ses qualités : impartialité, confidentialité et célérité ; toutes choses compatibles avec la nouvelle idéologie du monde des affaires là où la justice étatique ploie sous le poids des nombreuses requêtes non traitées.

Si l'on dit de l'arbitrage que c'est une justice indépendante au même titre que la justice étatique, force est de constater que de nombreux pans à l'intérieur de la procédure d'arbitrage nécessitent l'intervention du magistrat afin de régularisé certains dysfonctionnement. Ainsi, parle-t-on du juge d'appui, chargé de faciliter l'office de l'arbitre dans sa quête justice. Aussi intriguant que cela puisse paraître, le juge est devenu l'acolyte de l'arbitre à telle enseigne qu'un auteur affirme qu'« *il n'y a pas de bon arbitrage, sans bon juge* »[92]. En ce sens, il est possible d'affirmer que l'arbitrage est en quelque sorte judiciariser. Un universitaire affirme d'ailleurs que « *l'arbitrage ne se situe pas dans une zone de non-droit ; ce n'est pas une institution en suspension dans un espace indéterminé, dématérialisé et déjudiciarisé qui échapperait à toute hétéronomie et qui ne serait gouvernée que par ses propres contingences : l'arbitrage est bien soumis à des règles d'organisation et de fonctionnement* »[93]. Le dictionnaire Larousse définit ce verbe comme le fait de « *confier à la justice, le contrôle d'une situation, l'exécution d'une procédure* »[94]. Il faut dire l'apport du juge dans la procédure arbitrale est plus que salutaire et disons-le, l'objet de cette étude n'est pas de remettre en question cette vielle collaboration.

Les rapports entre juge étatique et arbitre sont aussi anciens que l'existence de ces deux justices. Il semblerait d'ailleurs que ce couple a toujours existé à toutes époques et à toutes civilisations. Aussi, les historiens du droit[95] traitant la question de

---

[92] J.P. ANCEL *in* « Le contrôle de la sentence », Recueil des actes du colloque sur « *L'ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique* », Yaoundé 13-14 décembre 1999 éd. Bruylant – Bruxelles 2000 sous la direction de Ph. FOUCHARD, p. 189.

[93] B. OPPETIT, « Théorie de l'arbitrage », PUF, 1998, p. 83.

[94] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/judiciariser/45099

[95] V. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, p 1130 ; ROUSSEAU et LAISNEY, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure*, A. ROUSSEAU éd. 1983, p. 682.

la primauté entre la justice étatique et la justice arbitrale, notamment ceux adaptent de la thèse selon laquelle l'arbitrage aurait précédé la justice étatique est à présent délaissée.

Le ménage entre le couple juge public/juge privé[96] a été longtemps tumultueux[97] du fait de l'hégémonie du juge étatique sur l'arbitre. En droit romain classique[98], l'arbitre émane du juge. En effet, déjà dans la Rome antique, l'arbitre ne servait que de bras d'exécution au jugement. Seul le juge avait le monopole de l'exercice de la fonction juridictionnelle en disant le droit. Un auteur affirmait à ce propos que « *l'arbitrage prolonge ainsi la justice étatique. Il est en quelque sorte, l'auxiliaire du juge, le premier exerçant la mission noble de dire le droit, le second se noircissant les mains en jugeant les faits* »[99].

A partir du Moyen Age, la justice étatique tombe en disgrâce. Elle est victime de son organisation procédurière, notamment les nombreuses voix de recours qu'elle offre. Ce n'est pas tout, elle est également affaiblie par les multiples justices juxtaposées à l'exemple des tribunaux ecclésiastiques et seigneuriaux qui créent d'interminable conflit de compétence. A ce moment de l'histoire, l'arbitrage n'est plus le vassal de la justice publique mais en devient plutôt un concurrent[100]. Les justiciables y voient une solution idoine pour pallier la lenteur des tribunaux publics. Il est donc logiquement plébiscité et devient de fait, le premier concurrent du juge public.

Mais la relation juge public/juge privé n'a pas été que conflictuelle. L'histoire révèle aussi que le juge fut un bon ami, un complice de l'arbitrage. En effet, le juge public fut à un moment donné le promoteur de l'arbitrage. Les décisions de la Cour

---

[96] Expression d'E. LOQUIN, tiré de *Le juge et l'arbitre,* sous la direction de S. BOSTANJI, F. HORCHANI, S. Manciaux, A. Pedone éd. 2014, p. 20.

[97] V. E. LOQUIN, « Arbitrage, aperçu historique » *J. Classeur procédure civile*, fascicule 1010 (2013).

[98] B de LOYNES de FURNICHON et M. IMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb*, 2003. 26

[99] E. LOQUIN, *Le juge et l'arbitre, op. cit,*. p. 21.

[100] Y. JEANCLOS, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XIIe au XVe siècle. Thèse* Dijon, 1977.

d'Appel de Paris et celle de la Cour de Cassation[101] sur la clause compromissoire, en l'absence de toutes législations, ont largement concouru à l'essor de l'arbitrage. Loin d'être un obstacle à l'arbitrage, le juge public a été et demeure un acteur de son éclosion, de son émancipation.

En dépit de ses bons services envers l'arbitrage, l'intervention du juge dans ce domaine n'est pas toujours vue d'un bon œil. D'aucuns à l'instar de Philippe. FOUCHARD, estiment que l'arbitrage pourrait se passer du juge. D'autres fustigent le caractère cavalier de son intervention, dénudée de tout fondement légal. C'est peut-être cette dernière remarque qui serait à l'origine de la judiciarisation[102] de l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage par le biais des législations.

Bon nombre de dispositions normatives sur l'arbitrage consacre «l'*assistance technique* »[103] du juge dans une procédure arbitrale. L'arbitrage Ohada ne déroge pas à la règle puisque l'immixtion du juge est légalement consacrée. Cependant, ce qui est débattu aujourd'hui, c'est l'avenir de l'arbitrage au moment où ce fidèle partenaire tend à couper le cordon ombilical qui le lie à l'arbitrage. En effet, la déjudiciarisation sonne le glas de cette longue collaboration. On pourrait dire que c'est la une perche tendue aux ultra-libéraux qui estiment que l'arbitrage peut se passer du juge[104]. Il revient donc au juriste avertit d'entamer une réflexion sur cette piste pour amener à une déjudiciarisation de l'arbitrage sans pour autant diminuer le niveau de sécurité juridique et judiciaire qu'offre cet instrument nécessaire au développement des Etats membres de l'OHADA.

La déjudiciarisation de l'arbitrage suscite des passions et cristallise les positions. La complexité des rapports entre les deux acteurs et partant les deux justices

---

[101] J.P. ANCEL, « L'actualité de la clause compromissoire », *Travaux du comité français de droit international privé*. 1991-1992, p. 75 ; E. GAILLARD, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb*, 2007, 697.

[102] https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/judiciarisation/45098. Pris dans le sens où elle renvoie à l'intervention croissante des juges dans le contrôle de la régularité des actes de certaines autorités.

[103] Ph. FOUCHARD in « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb*, 1985, p. 9.

[104] Ce courant est largement dominé par les idées du professeur Philippe FOUCHARD. En ce sens, lire « Le juge et l'arbitrage », XI° colloque des Instituts d'études judiciaires, Dijon, octobre 1977, rapport général, *Rev. arb*, 1980. p.146.

suscite une interrogation fondamentale : est-il possible de déjudiciariser l'arbitrage ? En d'autres termes, est-il possible d'exclure l'intervention du juge national dans l'arbitrage *ad-hoc* OHADA ? Comment parvenir à une déjudiciarisation dans cet espace juridico-économique ? Telle est l'énigme que cache la déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA.

B. Méthodologie de la recherche

La qualité d'une démonstration scientifique repose sur l'efficacité de la méthode de recherche appliquée. Dès lors, cette dernière revêt un intérêt capital. Un auteur affirme à ce propos qu' « *il n'y a pas de recherche sans méthode* »[105]. En ce qui concerne notre étude, l'hypothèse de départ est la suivante : il est possible de parvenir à la déjudiciarisation de l'arbitrage *ad-hoc* OHADA. Pour ce faire, il est impératif de d'analyser deux aspects : le système législatif et juridictionnel entourant la pratique de cet arbitrage dans l'espace OHADA mais aussi l'environnement qui sied à une absence totale du juge dans une procédure arbitrale.

Pour le premier aspect, il convient de subdiviser cette partie en deux points : l'analyse du système législatif sur lequel repose l'intervention du juge national dans la pratique de l'arbitrage OHADA et déjuridictionnalisation qui découle de cette exclusion. De fait, l'intervention du juge procède des exigences législatives de diverses natures. A celles-ci s'ajoute des normes conventionnelles. Il est nécessaire de les relever pour ensuite les extirper des corpus normatifs de l'arbitrage OHADA. Une telle opération ne peut être entreprise sans qu'elle ne trouble l'équilibre de la matière. Raison pour laquelle nous proposons également des palliatifs sur les procédures auxquelles le juge était sollicité. Nous irons donc au-delà de la simple énumération et suppression de ces normes en proposant, suggérant de manière prospective, un régime juridique qui permette la pratique de cette justice sans réduire le niveau de sécurité qu'il offre avec la participation du juge.

[105] M. BEAUD, *L'art de la thèse*, Paris, La découverte, 2006, p. 6.

En outre, la déjudiciarisation telle qu'on l'appréhende dans cette étude s'accompagne d'une déjuridictionnalisation. Ce phénomène se matérialise par une incompétence des juridictions et une disparition des nombreux juges qui intervenaient durant la procédure arbitrale. Il est nécessaire de présenter et analyser cette nouvelle situation et d'en apporter les réponses appropriées. Cette situation n'est pas sans susciter des frustrations de certaines parties. En effet, l'arbitrage OHADA ne ferme pas la porte aux personnes morales de droit public et sachant que ces dernières ne poursuivent ni les mêmes intérêts que les personnes de droit privé et que par ailleurs, elles ne disposent pas du même régime juridique[106], il est évident que cette déjudiciarisation ne puisse pas recevoir leur assentiment. Dès lors, la déjuridictionnalisation se révèle complexe à atteindre et limiterait l'impact de la déjudiciarisation. Bien que l'idée émane des services de l'Etat, il est à craindre que ce dernier ménage ses efforts pour y parvenir. Nous serons alors amenés à analyser les différents obstacles que peut rencontrer cet ambitieux projet juridique.

Les Etats africains à l'inverse des pays développés, présentent certaines carences qui font courir un risque si jamais le juge venait à disparaitre de la procédure arbitrale. C'est la raison pour laquelle une analyse de l'environnement juridique s'impose afin de déterminer les exigences que requiert ce processus. Cette analyse nous permettra de détecter, cibler les failles actuelles des acteurs de l'arbitrage pour ensuite recommander un nouvel aménagement de prérogatives ou une réforme procédurale. Il sera également question d'adapter le nouvel arbitrage aux institutions de l'OHADA mais aussi aux intérêts des personnes morales publiques de droit public. Aussi, envisagerons-nous des propositions allant dans ce sens.

Au regard de ces idées, les enjeux du sujet sont aisément justifiables.

[106] Les personnes morales de droit public disposent d'un régime droit exorbitant incompatible avec le droit commun que propose l'AUA. En ce sens, V. J. ISSA-SAYEGH, *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005,* p. 197.

III. ENJEUX DE LA RECHERCHE

Le système juridique OHADA est considéré comme révolutionnaire[107] par certains auteurs. Il permet d'allier sécurité juridique et judiciaire tout en suscitant un sentiment de confiance et en développant un esprit entrepreneurial chez les usagers. Il est possible d'imaginer que cette révolution se poursuivra avec les transformations que nous souhaitons apporter. En effet, au système arbitral ad-hoc n'a pour le moment pu se défaire de l'étreinte du juge. Seul l'arbitrage institutionnel peut parvenir à un fonctionnement sans recours au magistrat. Y parvenir relèverait d'une prouesse juridique sans précédent. Ainsi, trois types d'enjeux peuvent être mis en lumière : des enjeux théoriques (A), des autres pratiques (B) et un dernier actuel (C).

A. Enjeux théoriques

De nombreux facteurs permettent de justifier les enjeux théoriques de cette étude. Nous citerons l'originalité du sujet, de la réforme du système d'arbitrage OHADA et aussi les suggestions qui y sont faites.

Primo, la déjudiciarisation de l'arbitrage n'a vraiment pas retenu l'attention des auteurs. Seuls certains sujets à l'instar de la coopération du juge étatique et déroulement de l'arbitrage[108], l'arbitrage et la coopération du juge[109], le juge étatique font dans l'arbitrage OHADA[110], les compétences du juge étatique dans l'arbitrage

[107] J.-M. TCHAKOUA, « Convention d'arbitrage », *in* P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 201, p. 576.
[108] A. BA, « La coopération du juge étatique dans le déroulement de la procédure arbitrale », *in Le nouveau droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, séminaire international Cour d'arbitrage Cote d'ivoire, Abidjan, 10-12 août 2000. 18 p.
[109] J. P. ANCEL, « L'arbitrage et la coopération du juge », Revue *Penant* numéro spécial, n° 833, mai à août 2000, p. 170.
[110] G. KENFACK DOUAJNI, Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 12, janvier-février-mars 2001, p. 3.

OHADA[111] font références aux liens qui existent entre les deux acteurs mais aucune étude ne s'est penchée sur la question principale d'exclusion définitive du juge dans une procédure d'arbitrage.

Il serait bien simple d'imputer l'originalité de cette étude à l'absence d'autre analyse sur cette problématique. Pour étayer cette originalité, nous pouvons rajouter la démarche scientifique adoptée et les solutions préconisées. En effet, à l'opposé des autres études, nous ne nous limitons pas à une simple énumération des normes autorisant le recours au juge dans la procédure arbitrale OHADA. Nous dépassons ce cap en apportant des solutions propres aux problèmes que pose cette exclusion. De plus, nous revisitons la philosophie de l'arbitrage en suggérant un nouveau type d'arbitrage lorsqu'une personne morale de droit privé est partie à l'arbitrage. Pour toutes ces raisons, il est permis de retenir la qualité originale du sujet.

Deuxio, la déjudiciarisation de l'arbitrage est loin de concerner la seule branche du droit privé. Le fait que l'OHADA encourage les personnes morales de droit public à être partie à cet arbitrage suppose que des règles de droit public, des régimes d'exception, puissent entrer en conflit avec celles de droit privé. De plus, des incohérences avec l'acte uniforme relatif aux suretés, recouvrement et voies d'exécution (AURSRVE) viennent allonger la liste des nombreuses disciplines qui se mêlent au problème de la déjudiciarisation. Le droit processuel n'est pas en marge de ce bouillon juridique, les nouvelles procédures suggérées nous y interpellant. A ce titre, ce sujet revêt une dimension interdisciplinaire. Par interdisciplinarité, nous comprenons le caractère de ce qui relève des rapports entre deux ou plusieurs disciplines[112].

Outre le conflit des règles de droit, le sujet dégage également une connotation sociologique. Il est important de revenir sur la conception et l'exercice de la justice et du pouvoir en Afrique pour expliquer certains pans de cette étude. En raison de tous ces facteurs, la pertinence de ce sujet est plus qu'évidente.

[111] F. NGUEGUIM LEKEDJI, *Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, mémoire master 2 contentieux et arbitrage des affaires.
[112] V. R. LANNEAU, « L'interdisciplinarité comme questionnement », *RRJ*, n° 2, 2014, pp. 557-562.

Tercio, les résultats de cette étude peuvent servir de fondement théorique à une révision du droit de l'arbitrage OHADA. De fait, nous portons un regard critique sur la fin de la coopération du juge national dans l'arbitrage OHADA. A cet effet, nous revoyons non seulement le dispositif juridique qui encadre l'activité dans cet espace, mais encore, nous suggérons un changement de philosophie d'arbitrage pour l'arbitrage d'investissement par exemple. Ceci, dans le but de garantir un climat de confiance et de sécurité[113].

Quatio, il a toujours été enseigné que l'arbitrage est une justice indépendante de celle rendue par les Etats. Dans les faits, cela n'est pas toujours vérifié. La déconnexion de ces deux justices par le biais des règles permet de couper le cordon ombilical qui les lie et permet à l'arbitrage de s'affranchir de son ancien compagnon de route.

Au regard de la pertinence théorique de ce sujet, nul doute que l'enjeu pratique soit tout aussi captivant.

B. Enjeux pratiques

Il est important de garder à l'esprit la finalité de l'OHADA : rendre attractif l'économie des pays membres. A ce titre, les règles que nous suggérons doivent être empreintes de cette logique. Raison pour laquelle nous pensons que le sujet recèle un intérêt pratique à deux égards.

D'abord, il permet de donner plus d'attractivité au marché de l'espace OHADA. En effet, l'Afrique est considérée comme étant le continent de l'avenir. Cette affirmation de plusieurs personnalités publiques[114] cadre parfaitement avec les

[113] Sur la nécessité permanente de l'adaptation du droit des affaires OHADA aux réalités économiques de la zone franc, V. R. MASSAMBA et P.-G. POUGOUE, « Attractivité économique du droit OHADA », *in* P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, p. 384.

[114] H. BOURGES, http://www.rfi.fr/emission/20170422-herve-bourges-journaliste-afrique-continent-avenir ; M. VALLS, http://www.lepoint.fr/monde/manuel-valls-l-afrique-c-est-le-continent-de-l-

constatations de nombreuses organisations internationales[115] mais aussi celles de certains médias[116] et institutions politiques étrangères[117]. Aussi, booster l'économie africaine au travers les investissements directs étrangers (I.D.E), trouver des moyens d'unir le continent, tels sont les deux défis que s'étaient lancés les dirigeants africains face au nouveau challenge qu'est la mondialisation.

Il est inéluctable que la réalisation de ces objectifs passe nécessairement par la reconstruction architecturale juridique adaptée aux exigences des investisseurs. Ces derniers sont en quête d'espace enclin à beaucoup plus de liberté. En ce sens, l'OHADA ôte les dernières barrières étatiques qui pourraient freiner les potentiels investisseurs. Désormais, le marché se régule par la *lex partes* pour le plus grand bonheur des usagers de l'arbitrage.

Les conclusions et les recommandations de cette étude entrent dans la droite lignée des objectifs que s'est donné le Traité constitutif de l'OHADA du 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice). De fait, le traité a pour vocation le renforcement de la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace des pays de la zone francophone, gage d'une sérénité pour les investisseurs impliqués dans le processus de développement de l'Afrique ainsi que le rappelle son article premier[118].

Ensuite, il offre une meilleure sécurisation des intérêts de toutes les parties puisqu'il aborde des problèmes tels que le recouvrement des créances des personnes

---

avenir-20-02-2016-2019851_24.php . http://www.gouvernement.fr/l-afrique-est-le-continent-d-avenir ; E. MACRON, http://www.france24.com/fr/20170829-macron-france-afrique-conseil-presidentiel-cpa .

[115] M. DIOP, Y. LI, L. YONG, H.E. ATO. A. SHIDE, http://www.banquemondiale.org/fr/news/opinion/2015/06/30/africa-still-poised-to-become-the-next-great-investment-destination . http://www.africandiasporanetwork.eu/fr/publications/28-l-afrique-est-le-continent-de-l-avenir.html .

[116] http://www.economiematin.fr/news-afrique-developpement-emploi . http://as-afrique.org/afrique-continent-avenir.

[117] J. LORGEOUX, J-M. BOCKEL, L'afrique est notre avenir, Rapport d'information n° 104 (2013-2014), *commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat*. http://www.senat.fr/rap/r13-104/r13-104_mono.html .

[118] Art 1er. Le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

morales de droit public parties aux arbitrages OHADA, la garantie d'exécution des sentences des sentences et les obligations des arbitres et des parties à l'arbitrage. La justice arbitrale étant une exigence contemporaine du développement économique des Etats de l'espace OHADA, il est important qu'elle garde toute sa crédibilité. Ce qui nous conduit à l'enjeu actuel du sujet.

C. Enjeu actuel

Les débats sur l'administration de la justice sont légions, ceux sur l'administration de l'arbitrage *ad-hoc* le sont davantage. Son mode de fonctionnement est constamment discuté par les universitaires, les parties et même la société civile. En prenant comme prétexte le désengagement futur des juges des différentes tâches qui leur étaient adjointes, la possibilité nous est donnée de repenser une justice privée, totalement libérée de la pression du juge mais renforcée par de nouvelles règles procédurales et exécutives qui lui renforceront son armature judicaire. Ce souhait est aussi celui d'une partie de la doctrine[119] qui estime que l'intrusion du juge dans la procédure arbitrale dénature la notion d'arbitrage et foule au pied la volonté des parties qui est de soustraire leur litige à la juridiction étatique.

IV. PLAN D'ETUDE

L'intervention du juge nationale dans l'arbitrage OHADA repose sur la volonté des législateurs de fournir à ce mode de règlement de différends une sécurité supplémentaire en plus des mécanismes juridiques dont la justice privée est dotée.

[119] Doctrine emmenée par Ph. FOUCHARD qui estime que l'arbitrage peut bien se passer de l'assistance du juge.

Ainsi, par parallélisme des formes[120], l'exclusion du juge de l'arbitrage n'est possible que par la même forme qui l'y a autorisée en l'occurrence l'appareil législatif. Il s'agit d'une épreuve pour le système juridique de cette institution, de pallier l'absence du juge en édictant de nouvelles règles et procédures. En sens, nous aboutirons au *détournement des systèmes juridiques et juridictionnels* (première partie).

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que le juge a été de tout temps le compagnon de l'arbitre. Ainsi, sa disparition soudaine laissera indubitablement des stigmas dans l'appareil judiciaire privé. Il nous revient alors de déceler toutes les anomalies pouvant freiner l'aboutissement de ce processus dans le cadre du *respect des exigences de la déjudiciarisation* (deuxième partie).

[120] Sur cette question en droit privé, v. S. BECQUE-ICKOWICZ, Le parallélisme des formes en droit privé, Thèse, Panthéon-Assas, Paris II, 2004, 490 p.

Première partie :

Le nécessaire détournement des systèmes juridiques et juridictionnels.

« (…) lorsqu'ils ne répondent pas efficacement aux besoins des sociétés, les dogmes les plus ancrés sont écartés ou réinterprétés »[121].

[121] J.-M. TCHAKOUA, « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : Regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais », *RASJ*, Vol. VI, n° 1, 2009, p. 10.

« *L'intégration progressive… des relations économiques internationales dans le cadre de la mondialisation des échanges a constitué… un facteur décisif de généralisation du recours à l'arbitrage… comme de voie de solution des différends* »[122] affirme le professeur Bruno OPPETIT. L'étude du développement de l'arbitrage en Afrique vient confirmer sa thèse. En Afrique et principalement en Afrique subsaharienne[123], il faut attendre fin 1999 pour qu'un acte uniforme sur l'arbitrage[124] et un règlement d'arbitrage CCJA[125] voient le jour. Ils sont l'émanation de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Ces deux instruments juridiques qui régissent la pratique de l'arbitrage en dans l'espace OHADA ont été révisés récemment[126]. Ces textes sont qualifiés de novateurs et modernes par de nombreuses personnes[127] et organisations[128], au regard des techniques nouvelles et procédures qu'ils offrent à ses utilisateurs.

Les nombreux déboires attribués à la justice étatique ont fini par jeter l'opprobre sur l'institution et son acteur principal, le juge. Désormais, les justiciables pour le règlement de leurs différents se tournent vers l'arbitrage, qualifié de justice alternative. Ce qualificatif tient du fait des nombreuses similitudes entre les deux modes de justice. En effet, ces dernières ayant la même mission juridictionnelle, partagent le même but, les mêmes principes dans l'administration de la justice et dans certains cas, les mêmes pouvoirs. Ce « nouveau » mode d'administration de la justice consiste selon Gaston KENFACK DOUAJNI, au « *jugement d'une contestation par*

[122] B. OPPETIT, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », *JDI*, 1993, p. 811, spéc., p. 814.
[123] Non pas dans sa dénomination géographique mais plutôt sous sa forme d'intégration régionale (Afrique de l'ouest et Afrique centrale) ou encore Afrique francophone
[124] Droit commun de l'arbitrage s'appliquant au 17 pays qui constituent l'espace OHADA.
[125] Corpus juridique régissant l'arbitrage sous l'empire de la Cour commune d'arbitrage et de justice de l'espace OHADA.
[126] Les 2 textes ont été révisés le 23 novembre 2017 à Conakry (Guinée Conakry) par le conseil de Ministres de l'OHADA lors de sa session du 23 au 24 novembre 2017.
[127] M. OKILASSALI, «L'arbitrage dans le droit du Congo Brazzaville, à l'intérieur de l'espace OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n°20- janvier-février-mars 2003, p. 3, ohadata D-08-49.
[128] « *L'espace OHADA* », CEFAREA-ARIAS, n°19-2017, p. 21.
http://www.cefarea-arias.fr/offres/doc_inline_src/795/CEFAREA-ARIAS-REVUE-N19-2017.pdf

des particuliers, que l'on nomme arbitre, et qui sont désignés par les litigants au moyen d'une convention »[129] .

Si l'on dit de l'arbitrage que c'est une justice indépendante au même titre que la justice étatique, force est de constater que de nombreux pans à l'intérieur de la procédure d'arbitrage nécessitent l'intervention du magistrat afin de régularisé certains dysfonctionnement. Ainsi, parle-t-on du juge d'appui, chargé de faciliter l'office de l'arbitre dans sa quête justice. Aussi intriguant que cela puisse paraître, le juge est devenu l'acolyte de l'arbitre à telle enseigne qu'un auteur affirme qu' « *il n'y a pas de bon arbitrage, sans bon juge* »[130].

Bon nombre de dispositions normatives sur l'arbitrage consacre «l'assistance technique[131] » du juge dans une procédure d'arbitrage. L'arbitrage OHADA ne déroge pas à la règle puisque l'immixtion du juge est une émanation des législations. Par ailleurs, le fait que l'arbitrage, en dépit de tous les mérites qu'on lui vante et de l'autonomie qu'on lui reconnait soit sous « tutelle » du juge étatique peut se justifier par l'hégémonie, la prééminence de la justice étatique sur la justice arbitrale.

L'arbitrage de nos jours connait un développement sans précédent. Cet essor est tel que l'assistance judiciaire que lui accorde le juge est légitimement remise en question. Désormais, les néolibéraux parlent d'une déjudiciarisation de l'arbitrage. Si cette idée séduit plus d'un, encore faut-il en définir les contours. Ainsi, pour nous, la déjudiciarisation qui est le fait d'exclure du regard du juge la procédure arbitrale, passe par un changement du système juridictionnel (**Titre** 2) que précède la modification du corpus législatif régional, national et des actes conventionnels (**Titre** 1).

---

[129] G.K. DOUAJNI, « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, janvier, février, mars 2001. n° 12.

[130] J.P. ANCEL *in* « Le contrôle de la sentence », Recueil des actes du colloque sur « L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Yaoundé 13-14 décembre 1999 Edition Bruylant – Bruxelles 2000 sous la direction de P. FOUCHARD, p. 189.

[131] Ph. FOUCHARD *in* « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb,* 1985, p. 9.

Titre I. La modification du corpus législatif régional, national et actes conventionnels.

« Les normes juridiques pour être efficaces, doivent d'abord être utiles, tant il est vrai que les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »[132]

[132] MONTESQUIEU, dans *L'esprit des lois, live XXIX*, chapitre XVI « chose à observer dans la composition des lois » cité par M-L. B. GAINCHE, *in gouvernance et efficacité des normes juridiques, l'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 89.

Le Traité OHADA adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) et révisé le 17 novembre 2008 à Québec (CANADA) pose les bases juridiques ainsi que les instruments juridiques de l'organisation. L'arbitrage OHADA est arbitrage dualiste. Il comprend deux régimes d'arbitrage différents : un régime sous l'empire de l'acte uniforme sur l'arbitrage et un autre sous l'empire du règlement d'arbitrage dévolu à la Cour commune de justice et d'arbitrage. Ces trois textes composent l'armature juridique régionale de l'institution. Cependant, comme nous l'avons déjà annoncé, notre étude ne portera que sur le droit commun de l'arbitrage c'est-à-dire l'acte uniforme sur l'arbitrage.

Outre les règles régionales, coexistent les normes nationales. En effet, l'acte uniforme n'a pas abrogé toutes les législations internes sur l'arbitrage des Etats membres. Seules les dispositions contraires font l'objet d'une abrogation. La conséquence de ce fait est donc la juxtaposition d'un droit interne à l'arbitrage propre aux Etats parties, au droit commun applicable à l'ensemble de la communauté OHADA.

L'arbitrage est un mode de règlement de conflit qui repose sur un fondement conventionnel, c'est-à-dire l'accord de volonté des parties à recourir à cette forme de justice en cas de litige. Cet accord de volonté peut-être implicite ou explicite. Dans tous les cas, il est question de la convention d'arbitrage ou de compromis. L'arbitrage OHADA puise donc ses fondements sur des normes régionales, nationales et conventionnelles. Ce sont également ces mêmes normes qui dans leurs textes, prévoient l'immixtion du juge dans la procédure arbitrale parfois à titre subsidiaire parfois à titre principal. Aussi, la modification du corpus législatif doit être appréhendée d'une part à travers les normes régionales, en l'occurrence la réécriture de l'acte uniforme (**chapitre** 1) et d'autre part selon les règles nationales et les actes conventionnels (**chapitre** 2).

Chapitre I. La réécriture de l'acte uniforme

« *Améliorer la qualité de la loi, c'est redonner à la loi toute sa signification et sa valeur, toute son autorité* »[133]

[133] J.-M. SAUVE, Vice-président du Conseil d'Etat, Audition du 6 mai 2010 auprès du groupe de travail sur la qualité de la loi. www.conseil-etat.fr.

L'acte uniforme sur l'arbitrage régit la pratique de l'arbitrage *ad-hoc* dans l'espace OHADA ainsi que celui pratiqué dans les différents centres d'arbitrage. A cet égard, il paraît moins structuré qu'un arbitrage institutionnel qui se déroule sous l'égide d'une structure spécialisée indépendante et administre la procédure de bout en bout. Aussi, parce qu'il est soudain en comparaison avec le caractère permanent de l'arbitrage via une institution, l'acte uniforme prévoit le recours au juge dans bien de cas de figure pour pallier l'insuffisance que connaîtrait la procédure.

En effet, dans plusieurs articles, le législateur prend position en énumérant les cas dans lesquels un juge peut intervenir dans l'instance arbitrale. L'étude de ces différentes séquences nous permet de faire deux constats.

Primo, en réalité, l'intervention du juge ou du moins les pouvoirs qu'il exerce au cours de la procédure sont soit concurrentiels avec l'arbitre, c'est-à-dire que ce dernier peut également prendre les mêmes mesures, soit ces pouvoirs sont exclusifs, donc à l'usage personnel du juge.

Secondo, nous notons que le constituant africain admet cette immixtion à différent moment. L'assistance peut être pré arbitrale, c'est-à-dire avant que le tribunal arbitral ne soit constitué ; pendant l'instance arbitrale, c'est-à-dire tout au long du déroulé du procès et post arbitrale, après l'instance. La réécriture de l'acte uniforme vise essentiellement à consacrer l'exclusion du juge judiciaire dans la gestion de la procédure arbitrale, c'est-à-dire dans tous les actes pré arbitraux et ceux durant l'arbitrage (**section** 1) puis en second lieu dans le contentieux inhérent à l'arbitrage c'est-à-dire les actes post arbitraux (**section** 2).

Section 1. La consécration de l'exclusion du juge judiciaire dans la gestion de la procédure arbitrale

« *L'immense majorité des arbitrages n'est jamais en relation avec le juge étatique. Lorsqu'un tribunal judiciaire est saisi d'un arbitrage, à quelque niveau de la*

procédure que ce soit, c'est que l'arbitrage n'a pas pu fonctionner correctement, naturellement »[134]. Plus de 40 ans plus tard, cette assertion est vérifiable dans plusieurs systèmes juridiques d'arbitrage y compris celui de l'OHADA via l'acte uniforme sur l'arbitrage. L'arbitrage permet d'occulter les litiges arbitrables à la justice étatique. Aussi, l'immiscer c'est faire une entorse à cette procédure ; fouler, violer la volonté des parties.

Certaines législations[135] ont compris le malaise et ont tenté de l'atténuer en confiant les problèmes relatifs à l'arbitrage à des hauts magistrats[136]. En France, en arbitrage interne, le nouveau décret de 2013 est allé jusqu'à retirer des compétences au juge d'appui et aux présidents des tribunaux de commerce[137] pour les confier aux présidents des tribunaux de grande instance. Cela ne résout pas pour autant le problème puisque même si désormais ce sont des hauts magistrats qui sont en charge de connaître les litiges relatifs à l'arbitrage, il n'en demeure pas moins qu'ils restent des juges.

En droit OHADA, le juge est co-gérant dans la procédure arbitrale. La gestion dont il est fait allusion ici renvoie à l'administration de la procédure et non pas à une connotation pécuniaire. La procédure arbitrale comme toute instance de justice, nécessite pour son parfait déroulement, une conduite des affaires. Dans cette perspective, des actes peuvent être pris à divers moments et peuvent revêtir deux natures. Nous savons que l'intervention du juge peut se faire avant, pendant et après l'instance arbitrale. La nature des actes quant à elle peut être de deux formes : soit administrative soit contentieuse. C'est à l'aune de ces caractéristiques que s'articule notre analyse. La réécriture de l'acte uniforme obère d'un inventaire des mesures prises par le juge dans la phase administrative. Ces mesures sont généralement

---

[134] Ph. FOUCHARD, « Le juge et l'arbitrage », XI° colloque des institutions d'études judiciaires, Dijon, octobre 1977, rapport général, *Rev. arb*. 1980, p. 146.
[135] A l'exemple de celle de la France relative à l'arbitrage.
[136] « *En France, l'intervention du juge dans l'arbitrage international n'est confiée qu'à des juges particulièrement sages, particulièrement prudents : le président du Tribunal de grande instance de paris, une chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris, la première chambre civile de la Cour de cassation* ». E. LOQUIN, « Le juge et l'arbitre », *in* « *Le juge et l'arbitrage* », S. BOSTANJI, F. HORCHANI et S. MANCIAUX (sous dir) colloque de Tunis, Pédone, 2013, p. 20.
[137] Art. 1459 CPC.

exemptes de tout recours sauf dans l'hypothèse où le juge aurait agi en outrepassant ses pouvoirs[138]. La plus part du temps on les retrouves dans la constitution et la reconstitution du tribunal arbitral (§1) et dans d'autres mesures divers et variées (§2).

§1. L'abandon des prérogatives de constitution et de reconstitution du tribunal arbitral par le juge

L'arbitre n'est pas un juge permanent. Cette caractéristique implique que pour tout litige soumis à un arbitrage, un tribunal arbitral composé d'arbitre doit être constitué. « Le tribunal arbitral constitue l'organe essentiel et propre de l'arbitrage »[139]. En conséquence, la désignation de l'arbitre se révèle alors comme une opération essentielle puisque ce dernier doit revêtir plusieurs qualités et compétences. Il n'existe donc aucune place pour le hasard dans cette opération. La constitution du tribunal arbitral est en principe une question réglée par les parties au travers la convention d'arbitrage. Cette prérogative découle du principe de liberté des parties attaché à la notion d'arbitrage. D'ailleurs, plusieurs législations modernes[140] en la matière épousent cette idéologie. Juge contractuel, l'arbitre puise son pouvoir juridictionnel de la volonté des parties[141].

Toutefois, il peut arriver que les parties échouent dans l'érection de cette structure. Dès lors, il revient au juge d'assumer cette tâche. L'exclusion du juge dans l'arbitrage nous invite à gommer son intervention tant dans la constitution (A) que dans la reconstitution du tribunal arbitral (B).

[138] Recours pour excès de pouvoir.
[139] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec-Delta, 1996., n° 742.
[140] Article 9 du GICAM (Groupement inter patronal du Cameroun) ; Articles 10 et 11 de la loi type de CNUDCI.
[141] Civ. 1re, 22 nov. 2005, *bull. civ.* I, n° 421 ; Civ. 1re, 19 mars 2002, *JDI* 2003, p. 139, note E. LOQUIN.

A. La constitution extrajudiciaire du tribunal arbitral

L'arbitrage est un mode alternatif de règlement de différends. C'est une voie juridictionnelle parallèle pour les justiciables de trouver une solution à leur litige loin du regard de l'autorité judiciaire. L'arbitrage puise sa légitimité des parties qui, sur la base d'un volontariat décident de soustraire le litige à la justice étatique pour la confier à un tiers privé. La volonté exprimée par les parties doit obliger les parties à trouver un compromis (1). Dans l'hypothèse où elles ne parviennent pas à s'entendre, l'intervention d'un tiers peut être sollicitée (2).

1. La nécessité pour les parties de trouver un compromis

Bien qu'étant un mode juridictionnel de règlement de conflit, l'arbitrage ne détient pas les mêmes procédés que la justice étatique. Il est considéré comme un instrument pacifique de règlement de litige. Il se démarque de la justice étatique notamment par sa souplesse et sa procédure négociée par les litigants. L'un des atouts de l'arbitrage réside aussi sur le fait qu'au-delà du conflit qui les oppose, les belligérants continuent à garder le contact. La communication n'est point rompue. La sociologie négro africaine sur les conflits démontre qu'ils naissent d'une rupture de communication entre les parties. Ainsi, est-il important pour les différents protagonistes de se parler, d'échanger leurs points de vue. L'objectif primordial était donc pour eux, de renouer le dialogue. L'arbitrage se révèle donc être un cadre de négociation entre les parties représentées par des responsables souverainement désignés.

Cet élément est très important dans la mesure où il peut permettre le règlement de conflit à l'amiable. En effet, la communication entre les parties évite que celles-ci se radicalisent. L'échange constant favorise la décrispation des tensions et participe ainsi à l'apaisement entre les protagonistes. Les parties se doivent alors lorsque la

difficulté réside sur une insuffisance des textes, de se réunir et discuter sur les moyens pouvant entraîner le déblocage de la situation et aboutir à une paix social que garantie l'arbitrage[142].

Un modèle coercitif peut être utilisé pour forcer une partie à nommer un arbitre. Ce modèle vient pallier les nombreuses manœuvres dilatoires que certaines parties pratiques pour ralentir ou paralyser l'instance. Il s'agit de faire démarrer l'arbitrage nonobstant l'absence de l'arbitre d'une des parties. Cette solution est contenue dans l'arbitration ACT de 1996. Le texte préconise le démarrage du procès arbitral en décidant que l'arbitre nommé par le demandeur siègera seul si le défendeur sommé de nommer son arbitre dans un délai précis refuse de le faire. Cette solution qui a le mérite de faire l'économie de moyens reste cependant fortement critiquée car elle affecte le principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral[143]. Nous concernant, puisqu'il s'agit d'une manœuvre dilatoire, le principe d'égalité n'est pas affecté. Il s'agit d'une réponse à la violation du principe de bonne foi des parties dans l'exécution des contrats.

Ainsi connectées, les parties se doivent de trouver un compromis pour l'érection rapide du tribunal arbitral. Malheureusement, les difficultés de constitution du tribunal arbitral ne sont pas que le fait d'une carence ou une insuffisance des textes. Elles peuvent également être le fait d'une manœuvre dilatoire d'une partie.

---

[142] Le droit vise à assurer la paix sociale et à amender le primat de la force. H. COINT écrit : « *Die Rechtsordnung ist Friedensordnung. Das zeigen uns vor allem ihre Anfänge. Der Friede und das Recht kommen gemeinsam ; das Recht bringt den Frieden, und Herstellung des Friedens ist Voraussetzung für die Entfaltung des Rechts. Überall, wo Recht sich entwickelt, löst es den gewaltsamen Kampf ab und setzt eine friedliche Lösung an seine Stelle. Rechtsverfahren tritt an die Stelle von Selbsthilfe. In diesem Sinn kann man sagen, dass das Verbot der Eigenmacht der Beginn und die dauernde Grundlage der Rechtsordnung ist* ». Voir H. COINT, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4ème éd, Berlin/New-york, 1985, p. 142.

[143] N. GARA, « Les difficultés de constitution du Tribunal Arbitral », in *Le juge et l'arbitrage*, S. BOSTANJI, F. HORCHANI et S. MANCIAUX (sous la dir.), Pedone, 2014, p. 64.

2. L'intervention d'un tiers dans la constitution du tribunal arbitral

Dans l'arbitrage, la volonté des parties est l'élément primordial. C'est elle qui est mis en avant dans toutes les procédures inhérentes à l'instance arbitrale. Il peut arriver que les parties ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente. La discorde peut émaner d'une insuffisance dans les textes ou encore d'une des parties de mauvaise foi. Cette dernière usera de manœuvres dilatoires en vue de paralyser l'érection du tribunal arbitral. Dans cette hypothèse, l'intervention d'un tiers peut être tolérée. Cependant, ce tiers doit être extérieur au monde judiciaire étatique.

L'intervention de tiers à la constitution du tribunal arbitral est consacrée dans la législation française. En effet, les parties peuvent renoncer à leur liberté de choix au profit d'un tiers auquel elles confient la charge de constitution du tribunal arbitral. Ce tiers peut être une personne morale ou une personne physique et le droit français ne pose pas d'obligation qu'il soit nominativement désigné.

Cependant, la pratique voudrait pour prévenir toute ambigüité les parties puisse lui donner une nomination. Le tiers en droit français peut être un magistrat. Toutefois, en acceptant cette mission, le juge perd sa qualité de magistrat et endosse celle de mandataire des parties chargée de la désignation des arbitres. De fait, lorsqu'il n'assure que la mission de désignation, sans être chargé de celle d'organisation de l'instance arbitrale, le juge ou le tiers participe à un contrat de mandat. C'est au nom et pour le compte des litigants qu'il effectue sa mission. Il participe ainsi à la formation d'un contrat d'arbitrage[144]. La désignation effectuée par le tiers n'est pas un acte juridictionnel. En conséquence, aucun recours contre sa décision n'est recevable. Dans sa mission de nomination, l'autorité de nomination est tenue de prendre en compte les aptitudes et qualités[145] des arbitres qu'il nomme en fonction du litige qu'ils auront à trancher. Comme une institution arbitrale, il devra veiller à ce que les arbitres désignés

[144] L'origine de la désignation voir Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, spéc. n° 612, p. 491.

[145] Civ. 1re, 20 févr. 2001, *Rev. arb*. 2001, p. 511, note Th. CLAY, qui relève que le centre d'arbitrage contracte une obligation de moyens quant à la garantie des qualités essentielles d'indépendance et d'impartialité des arbitres, « éventuellement sanctionnée par sa responsabilité ».

soient qualifiés pour le litige à trancher. Par ailleurs, il devra respecter les délais que lui auront fixés les parties. Le non-respect de toutes ces règles engage sa responsabilité contractuelle. En effet, le tiers et les parties sont dans une relation contractuelle. Il s'agit d'un contrat *sui generis*[146].

L'acte uniforme sur l'arbitrage peut également adopter le contrat d'arbitrage comme palliatif au recours du juge d'appui. Toutefois, certaines précisions doivent être faites. La volonté de soustraire le juge de la procédure d'arbitrage sous l'empire de l'acte uniforme doit nous conduire à ne pas confier le contrat de mandat à une autorité judiciaire. Même s'il n'agit pas en tant que magistrat, sa présence dans la procédure suffit à dénaturer l'arbitrage. Il rentrera en contact avec les éléments du litige qui à la base doivent lui être méconnus.

Comme dans la législation française, le tiers peut être une personne physique ou une personne morale. Que l'on soit dans l'un ou l'autre cas, plusieurs choix s'offrent au législateur. Dans l'hypothèse où le tiers est une personne physique, les parties peuvent solliciter l'aide des médiateurs, d'un conciliateur. Ces deux personnes ont des missions semblables à l'arbitre. La différence fondamentale entre elles réside sur la fonction juridictionnelle dont jouit l'arbitre. Elles seraient chargées au regard des difficultés de constitution du tribunal arbitral, de désigner l'arbitre en cas d'arbitre unique.

En effet, l'AUA prévoit qu'en cas d'arbitrage par un « juge » unique, à défaut d'accord entre les litigants, celui-ci est nommé par le juge compétent dans l'Etat partie[147]. Ceci nous conduit à penser que dans les mêmes circonstances, le recours au juge peut être substitué par le tiers qui procédera dans les mêmes conditions que le juge, à la nomination de l'arbitre unique. Dans l'hypothèse où le litige doit résolu par trois arbitres et que l'une des parties ne nomment pas son arbitre, celle-ci est également faite par le tiers. Le choix du troisième arbitre est opéré par les deux premiers arbitres désignés par les parties. S'il advient que ces arbitres ne s'entendent

[146] Paris, 13 déc. 2001, *Rev. arb*. 2003, p. 1312 (2e esp., 2e déc.), note H. LECUYER.
[147] Art 5 AUA « *En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé sur demande d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat partie* ».

sur sa désignation dans le délai imparti, au lieu de recourir au juge, l'acte uniforme peut confier cette tâche au tiers comme il l'a fait pour le juge étatique[148]. L'intervention judiciaire peut également être évitée lorsqu'il s'agit de compléter le tribunal arbitral. Dans le droit OHADA, ce dernier se compose soit d'un arbitre soit de trois arbitres[149]. Le principe retenu est celui du nombre impair des arbitres. Aussi, si les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral, à défaut des prévisions des parties ou d'accord entre elles, il est complété par le juge. Cette disposition peut être modifiée en nommant le tiers comme autorité compétente pour connaître de ce genre de complication.

Par ailleurs, se pose la question de la régularité de la convention d'arbitrage irrégulière du point de vue de la composition du tribunal arbitral. Certaines juridictions[150] ont admis que dans une telle hypothèse, la convention d'arbitrage devait être annulée. La CCJA, dans un arrêt[151] estime que cette clause ne doit pas être annulée puisque l'acte uniforme autorise la régularisation d'une telle convention en complétant la juridiction arbitrale.

Être arbitre d'un litige sous-entend avoir les qualités et les compétences pour trancher le conflit. L'AUA prévoit que les arbitres doivent avoir le plein exercice de leurs droits civils et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties[152]. C'est pour cette raison que les avocats des parties ne peuvent pas être désignés comme arbitre. La jurisprudence l'a d'ailleurs confirmée dans un arrêt[153]. Une autre conséquence de cet article est la révélation aux parties par l'arbitre avant le début de l'instance, de tout fait pouvant remettre en cause son impartialité ou son indépendance[154]. Sa mission juridictionnelle ne pourra être acceptée qu'avec l'accord des parties. Dans l'hypothèse où les faits sont découverts durant l'instance, si les

[148] Art 5 a. « *en cas d'arbitrage par trois arbitres, … ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours, à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur demande d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat partie* »
[149] Art 8 AUA.
[150] Tribunal de première instance de première classe de Cotonou
[151] CCJA, arrêt n° 044/2008, 17 juill. 2008 ; *Rev. arb*. 2010, p. 588. Ohadata J-10-15.
[152] Art 6 de l'AUA.
[153] CCJA, arrêt n° 001/2002, 10 janv. 2002 ; Ohadata J-02-23.
[154] Art 7 de l'AUA.

parties n'ont pas prévue la procédure de récusation, celle-ci revient au juge compétent de l'Etat partie. La procédure de récusation qui en principe incombe au juge étatique peut être détournée au profit du tiers. Il aura ainsi à se prononcer sur les griefs d'impartialité ou de non indépendance reprochés à l'arbitre. Là encore, la décision du tiers n'est susceptible d'aucun recours. La suppression de recours contre ces décisions évite que la procédure s'enlise à travers plusieurs recours qui n'auront que pour but de paralyser l'arbitrage. En outre, ces décisions sont dénudées de tout caractère juridictionnel. Difficile alors de d'intenter un recours contre de telles décisions. Les actes accomplis antérieurement à la récusation deviennent nuls dès que la récusation est définitivement admise[155]. On présume que les choix qui ont guidés l'arbitre lors de ces prises de décisions étaient motivés par d'autres considérations partisanes. Or, l'arbitre doit justement être au-dessus de tout soupçon de dépendance et de partialité.

Les décisions du tiers ne peuvent pas faire l'objet d'un recours car dénuder de tout caractère juridictionnel. Sur un tout autre plan, afin d'assurer la diligence de l'arbitrage, le tiers doit exécuter sa mission dans un délai assez court. Comme en droit français le délai de 1 mois nous semble raisonnable. De fait, le tiers doit procéder à divers vérifications avant de nommer l'arbitre. Il doit entre-autre vérifier les qualités et les compétences des arbitres par rapport au litige à trancher. Pèse alors sur lui, une obligation de moyen.

A défaut de personne physique, le tiers peut être une personne morale. Dans cette posture, la fonction du tiers peut être assumée par un centre d'arbitrage. L'acte uniforme sur l'arbitrage a vocation à s'appliquer comme loi des parties aux litiges soumis dans les centres d'arbitrage des Etats parties au Traité OHADA. Dans le cadre d'un arbitrage *ad-hoc*, il n'est donc pas impossible que l'une des parties sollicite un centre d'arbitrage pour la désignation d'un arbitre. A côté des centres d'arbitrage nationaux, le législateur pourrait mettre la Cour commune de justice et d'arbitrage à contribution dans la constitution du tribunal arbitral. Cette institution régionale spécialisée est toute indiquée pour accomplir ce rôle. De fait, dans le règlement de

[155] D. MEKOBE SONE, « le rôle du juge », *in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, P. FOUCHARD (sous la dir.), Bruyant, Bruxelles 2000. p. 187.

procédure arbitrale CCJA, la cour nomme les arbitres après désignation par les parties. En cas de défaut de désignation, la cour se réserve le droit de nommer le tribunal arbitral. Habituée à la pratique, la cour n'aurait aucun mal à procéder à la nomination d'un arbitre dans le cadre d'une procédure arbitrale sous l'empire de l'AUA. Le rôle de la cour dans cette hypothèse se limitera juste à un contrôle des références des arbitres par rapport au litige. Elle agira en tant que mandataire des parties et ne pourra en aucun cas administrer la procédure. Ainsi, nous resterons dans la limite du contrat de mandat et éviterons une substitution de l'arbitrage *ad-hoc* en arbitrage institutionnel CCJA.

Par ailleurs, nous remarquons que la fonction du tiers peut ne pas se limiter à la désignation de l'arbitre. Sa fonction étant conventionnelle, les parties peuvent bien lui confier également l'organisation de l'arbitrage. Cette option était applicable en France[156] mais n'a pas été reconduite sous le nouveau décret de 2011. Le danger de la pratique réside dans le fait que nous glissons peu à peu dans un arbitrage institutionnel. Le fait qu'aucun texte législatif ne règlemente de manière détaillée la désignation des arbitres par une institution d'arbitrage renforce de plus en plus cette crainte. Certains auteurs se sont d'ailleurs interrogés sur la validité du choix effectué par le tiers[157] à partir d'une liste. « *Mais sauf peut-être une hypothèse très particulière, le choix de l'arbitre à partir d'une telle liste ne constitue pas une circonstance de nature à affecter son jugement et à faire naître un risque de prévention à l'égard des parties dans la désignation des arbitres* »[158] répondent d'autres auteurs. « *C'est seulement lorsque l'une d'elles est étrangère à la branche d'activité relevant de la fédération, du syndicat ou de l'association qui gère le centre d'arbitrage, ou n'en est pas membre, que cette partie pourrait douter de l'indépendance des arbitres figurant sur la liste « fermée »* »[159]. Cette problématique induit le fait que les parties ayant sollicité le concours d'un tiers personne morale, en l'occurrence un centre d'arbitrage, souscrivent

[156] Sous l'empire du décret du 4 mai 1980.
[157] Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, n° 477, p. 399 ; E. LOQUIN, « Arbitrage-Institutions d'arbitrage », *J. Cl. Proc. Civ.*, fasc. 1002, n° 38 et s.
[158] Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 257.
[159] Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit*, p. 257.

implicitement aux règles de désignation dudit centre. Le tiers puisera le ou les arbitres à nommer dans sa liste d'arbitre inscrit dans son centre.

Les difficultés ne sont pas réservées qu'à la construction du tribunal arbitral. Elles peuvent également survenir après que celui-ci soit créé.

B. La reconstitution extrajudiciaire du tribunal arbitral

Pendant l'instance arbitrale, il peut arriver que survienne un incident. Ce peut être la découverte d'un fait nouveau au sujet des qualités de l'arbitre ou encore la démission, l'indisponibilité de l'arbitre pour des raisons telles que la maladie, le décès… . Dans tous les cas, ces différents incidents ont pour conséquence l'arrêt de l'instance arbitrale. La reprise de celle-ci est subordonnée à la reconstitution du tribunal. Dans l'un ou dans l'autre des cas, il s'agira de révoquer ou de remplacer l'arbitre. La révocation ou le remplacement de l'arbitre, à la différence d'un arbitrage institutionnel, sont des procédures dans le cadre de l'arbitrage *ad-hoc* laissées à la compétence du juge judiciaire en l'absence de stipulations des parties. En France également, le code de procédure civile prévoit que « *tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui* »[160] La reconstitution telle que doit le prévoir les nouvelles dispositions de l'acte uniforme doit inclure une réforme extrajudiciaire des procédures de révocation, d'incapacité(1) et de remplacement (2) des arbitres.

[160] Article 1454 du Code de procédure civile français.

1. La réforme extrajudiciaire de la procédure de révocation et d'incapacité des arbitres

Pour des raisons endogènes ou exogènes à sa volonté, l'arbitre peut être amené à interrompre sa participation à l'instance arbitrale. On parle alors d'incapacité pour l'arbitre de continuer sa mission. Cette incapacité peut résulter de facteurs physiques (maladie…) ou moraux (incapacité juridique). On y retrouve donc la maladie, l'empêchement, la démission, l'abstention… Cependant, pour éviter que certains arbitres paralysent l'instance en utilisant cette procédure abusivement, il est imposé que l'arbitre puisse disposer d'une cause légitime pour se délier de son obligation contractuelle. Si la maladie constitue véritablement un motif sérieux et légitime, les autres causes peuvent être discutées. La jurisprudence et la doctrine françaises traitent la cause légitime au cas par cas. Ainsi, il est légitime qu'un arbitre démissionne ou s'abstienne en cas de comportement condamnable des autres arbitres[161].

Toutefois, lorsqu'il s'agit de faits liés à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, il est automatiquement admis son retrait. Toute procédure abusive engage la responsabilité de l'arbitre[162].

L'arbitre est un mandataire des litigants. En effet, il est investi par ces derniers d'une mission : trancher le litige qui les oppose. A cet égard, existe donc des obligations contractuelles entre les parties. Le non-respect de celles-ci peut entraîner la rupture du contrat. C'est ce qui se produit lorsque l'arbitre manque à ses obligations. On parle alors de révocation. La révocation se présente dans ce cas de figure comme une sanction. De façon générale, l'arbitre sanctionné pour une faute contractuelle peut voir sa responsabilité engagée[163]. Il peut se voir condamner à verser des dommages et intérêts, voire aux tiers si jamais, sa faute leurs a causé un préjudice. Notons tout de

[161] *Contra*, Th. CLAY, *L'arbitre*, *op cit*, n° 788, p. 609.
[162] Paris, 1er juill. 1997, *Rev. arb* 1998, p. 31, note H. HASCHER ; TGI Paris, 15 févr. 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 503 ; E. GAILLARD et P. De LAPASSE, « Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. arb.* 2011, p. 263, spéc. n° 43.
[163] Ph. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.* 1996, p. 325.

même que l'action en responsabilité relève du droit commun et donc de la justice étatique.

Il est des cas où la procédure de récusation ne manifeste aucun caractère correctionnel[164]. Dans un tel scénario, l'arbitre doit être rémunéré pour le travail accompli. La révocation de l'arbitre doit être en principe consensuelle, c'est-à-dire souhaitée par les deux parties[165]. De fait, la désignation de l'arbitre étant consensuelle, il est logique que la révocation soit tout unanime. C'est le désaccord sur cette question qui conduit à la saisine du juge après échec des parties et des arbitres.

L'article 8 de l'acte uniforme sur l'arbitrage régit les procédures de révocation, d'incapacité des arbitres. A la lumière de ce texte, il est dit que le juge n'est compétent qu'à défaut de prévisions des parties dans la convention d'arbitrage, à défaut de telles prévisions par les arbitres ou faute d'accord entre ces derniers. Tel que conçu, le législateur marque le caractère doublement subsidiaire de l'intervention du juge. Cette position n'est pas toujours partagée des autres législations. En effet, en France par exemple, la procédure de révocation[166] , de maintien[167], d'empêchement ou d'abstention de l'arbitre en droit de l'arbitrage interne, est du ressort exclusif du juge. A ce stade, l'acte uniforme est plus libéral que le droit français. Toutefois, en matière internationale, les deux droits se rejoignent. Le droit OHADA pourrait être davantage plus libéral en supprimant le concours du juge même en cas de carence des parties et des arbitres. Tout comme dans la constitution du tribunal arbitral, la question de la reconstitution de cet organe peut être appréhendée par un tiers.

Le tiers on l'a vu dans la constitution du tribunal arbitral, est parfaitement capable de régler cette phase. Il l'est également pour la reconstitution du tribunal arbitral notamment en statuant sur la révocation et l'incapacité de l'arbitre. Dans la pratique, pour un cas de révocation, à l'instar de la saisine du juge qui peut se faire par l'une des parties, le tribunal arbitral ou encore l'un de ses membres[168], le tiers peut

[164] Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, spéc. n° 893, p. 680.
[165] Art. 1458 CPC français.
[166] Art 1458 du CPC français.
[167] Art 1456 du CPC français.
[168] TGI Paris, (Ord. réf.), 29 nov. 1989, *Rev. arb*. 1990, p. 525.

aussi être saisi par les mêmes acteurs. La demande adressée au tiers devra présenter un caractère contradictoire puisqu'il s'agit pour les parties d'opposer leurs points de vue. La demande doit être orientée vers les autres litigants de même que le ou les arbitres incriminés. Le tiers doit alors instruire et juger comme en matière de référé. Le défaut de contradictoire doit être considéré comme une désignation irrégulière du tribunal arbitral au même titre que le défaut de saisine du juge par voie d'assignation. La jurisprudence française[169] a déjà retenu cette solution lorsque saisi par une partie, le juge n'a pas tenue à saisir le juge par cette voie.

L'incapacité peut se régir sous la même forme processuelle que la révocation à la différence que c'est l'arbitre qui saisit le tiers pour présenter sa nouvelle situation. Le tiers saisi doit analyser la cause évoquée par l'arbitre. Il jugera par la suite de la légitimité ou non de cette dernière et pourra enfin se prononcer. Dans le cas où il ne trouve aucun fondement sérieux et légitime à l'incapacité de l'arbitre, il transmet ses conclusions aux parties qui peuvent éventuellement décider d'ester en justice l'arbitre pour procédure abusive. En effet, l'arbitre dispose du droit de s'abstenir ou de se rétracter. L'exercice de ce droit est encadré pour éviter que des manœuvres dilatoires puissent bloquer ou ralentir l'instance.

2. La réforme extrajudiciaire de la procédure de remplacement

« *Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties* »[170]. Il résulte de cet article que ces opérations sont avant tout purement conventionnelles. Lorsque la convention ne les a pas prévues, elles sont traitées sur la base des règles légales. Ces dernières font références par exemple aux règlements d'arbitrages des centres d'arbitrage. S'il s'agit d'un arbitrage *ad-hoc*, une assistance judiciaire est sollicitée. La réforme extrajudiciaire de la procédure de remplacement vise à sortir le juge de cette opération. En effet, les différents alinéas de

[169] Civ, 2e, 19 mai 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 593, note A. HORY.
[170] Art. 5 de l'AUA.

l'article 5[171] prévoient que le juge intervienne faute de convention d'arbitrage ou si elle est insuffisante. La nouvelle mouture doit prévoir le remplacement de l'arbitre par un tiers autre que le juge. Il s'emploiera à chercher dans le panel d'arbitre à sa disposition celui qui répond aux spécificités du litige. Le tiers peut être la CCJA qui dans ces condition aura un contrat de mandataire. On pourrait également solliciter les services de l'administration des chambres de commerce et d'industrie qui généralement disposent de centre d'arbitrage avec en leur sein, des listes d'arbitre.

§2. L'exclusion du juge dans l'administration des mesures

La gestion de l'instance arbitrale s'effectue au moyen d'actes d'instruction qui peuvent intervenir à différents moments de la procédure. Ces décisions qui ne sont pas des sentences, sont d'ordre procédural et visent l'organisation du déroulement de l'instance. En conséquence, elles ne peuvent faire l'objet d'un recours dans les mêmes conditions que la sentence[172]. Cependant, la doctrine admet qu'on pourrait attaquer ces décisions dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir[173]. En effet, il ne s'agit que de simples mesures d'administration qui se matérialisent sous la forme d'ordonnance de procédure[174] , bien loin du but de la sentence puisque leur objet ne vise qu'à faire avancer l'instance[175]. Toutefois, certaines mesures peuvent prendre la forme de sentence arbitrale pour assurer l'efficacité de la décision. Dès lors, ces sentences sont susceptibles d'être attaquée devant le juge compétent.

L'arbitrage est une justice conventionnelle qui se base sur le principe de loyauté des parties. En principe, les parties doivent exécuter de bonne fois les sentences et décisions prisent par les arbitres. Malheureusement, ce n'est pas souvent le cas.

[171] « *… la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat partie* ».
[172] Paris, 4 et 11 avril 2002, *JCP* G 2009, I, n° 12, *obs*. J. ORTSCHEIDT.
[173] Civ. 1re , 17 juin 2009, *JCP* G 2009, I, 2167, n° 3, *obs*. J. ORTSCHEIDT.
[174] S. JARVIN, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb*. 1998, p. 611.
[175] D. HASCHER, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », *Rec. Cours La Haye*, 1999, spéc. p. 133.

Dépourvu du pouvoir de contrainte, l'exécution de leur mesure s'avère difficile lorsque les protagonistes refusent de coopérer. Reste donc à faire intervenir le juge, détenteur du pouvoir de contrainte. Cependant, le recours au juge n'est pas nécessairement la solution. L'arbitrage peut se passer de ses services dans l'administration de sa justice. C'est notamment le cas dans l'administration des mesures provisoires ou conservatoires (A), dans les mesures de prorogation de délai, rectification d'erreur matérielle et interprétation de sentence (B).

A. L'administration des mesures provisoires et conservatoires sans le juge

L'essor de l'arbitrage dans la société a conduit à ce qu'on s'intéresse davantage à son acteur principal ainsi qu'à ses pouvoirs. Il en ressort des différentes études menées à ces sujets que l'arbitre détient dans la pratique, des pouvoirs similaires à ceux du juge étatique.

La batterie de normes régissant cette activité vient le confirmer un peu plus chaque jour. D'ailleurs, plusieurs législations reconnaissent le droit qu'ont les parties à pouvoir expressément rejeter toute intervention du juge[176] dans leur procédure et ce, en dépit des difficultés qui pourraient subvenir avant, pendant et parfois après le litige. Autorisation expresse, notifiée dans la clause compromissoire est alors donnée à l'arbitre pour par exemple prendre le genre de mesures, d'actes généralement laissés à la compétence du juge parce que considéré comme plus efficace: c'est le cas des mesures provisoires et conservatoires.

Les mesures provisoires et conservatoires sont des notions assez complexes à en juger par l'amalgame de certains auteurs qui les prennent pour des synonymes d'une part et par le manque de définition législative aussi bien nationale qu'internationale d'autre part. A défaut d'une telle définition, la doctrine et la jurisprudence se sont alors employées à différentier ces notions voisines. Ainsi, une mesure provisoire est « *une*

[176] CIRDI, OHADA…

décision prise par le juge de l'urgence, généralement appelé juge des référés, pour la durée d'un procès […] ces mesures concernent la nature de la décision qui est ainsi considérée comme ayant un caractère provisoire et non définitif »[177].

La définition jurisprudentielle qu'on pourrait utiliser émane de la Cour de justice des Communautés européennes. Cette haute juridiction estime que « *les mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application de la convention, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond* »[178].

Quant aux mesures conservatoires, « *ce sont celles qui ont pour vocation de conserver un droit, ou un bien. Ces mesures concernent l'objet de la décision d'autant que celles-ci tendent à préserver une situation, des droits ou des preuves* »[179]. L'amalgame entre ces deux notions résulterait certainement du fait qu'une mesure conservatoire a bien souvent un caractère provisoire mais à *contrario*, une mesure provisoire n'est pas toujours conservatoire. Il existe une kyrielle de mesures provisoires et conservatoires qui peuvent être prise à divers moments. Certaines d'entre elles, ne sont d'ailleurs possibles que par le truchement du juge. Et même lorsqu'elles le sont par l'arbitre, ce dernier demeure impuissant lorsque la partie récalcitrante refuse d'exécuter la décision. C'est dans ce contexte difficile que nous envisageons un renforcement des stipulations des parties (1) et la difficile mise en œuvre des mesures (2).

1. Le renforcement des stipulations des parties

L'arbitrage est une justice conventionnelle où les parties choisissent librement les règles devant guider la résolution de leur différend. A ce titre, elles peuvent décider

[177] N. AKA « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », *revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 93. OHADA D-11-37.
[178] CJCE, 26 mars 1992, affaire. C- 261/90.
[179] N.AKA, *op. cit*, p. 93.

de soustraire au juge la prise de mesure provisoire ou conservatoire et d'en confier le pouvoir à l'arbitre. Les parties décidant d'un tel choix, doivent en tirer toutes les conséquences. En effet, la convention d'arbitrage est un contrat, et comme tout contrat, il produit des effets envers les parties contractantes. En rejetant le concours du juge dans l'octroi des mesures provisoires et conservatoires, les parties donnent de manière implicite, ce pouvoir à l'arbitre. A charge pour elles de ne plus solliciter le juge pour ces mesures. Quand bien même l'une d'elle essaierait, l'autre partie devra *in limine litis*, soulever l'incompétence du juge. L'intervention de la partie adverse est nécessaire car le juge ne peut s'auto exclure.

En stipulant que l'arbitre peut prendre toutes les mesures provisoires et conservatoires dans la convention d'arbitrage et plus largement en choisissant l'arbitrage, pèse désormais sur les parties, une obligation de loyauté. Cette dernière est consacrée par de nombreuses jurisprudences[180] et agit tant en arbitrage interne qu'en arbitrage international. De fait, faute d'*imperium*, l'instance n'a aucune chance d'efficacité si les parties adoptent un comportement déloyal. Les parties doivent se faire mutuellement confiance et s'engagent à exécuter de bonne foi les décisions des arbitres notamment les mesures d'instruction ordonnées par les arbitres[181]. C'est d'ailleurs l'émanation de la règle *pacta sunt servanda*[182] qui appelle au respect de la parole donnée qui se matérialise par l'obligation d'exécuter.

L'arbitre a les moyens de faire plier la partie récalcitrante en assortissant sa décision d'une astreinte. Ce pouvoir lui est reconnu par la jurisprudence[183] et la doctrine[184]. Il peut par ailleurs, tirer toutes les conséquences du refus de coopération d'une des parties.

---

[180] Civ. 1re , 6 mai 2009, *JCP* G 2009, I, 2167, n° 7, *obs*. J. BEGUIN.
[181] On parle aussi de devoir de collaboration. Voir. Sent. CCI n° 1434 (1975), *JDI* 1976, p. 979 ; S. JARVIN, « L'obligation de coopérer de bonne foi, Exemple d'application au plan de l'arbitrage international », *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, *Pub*. CCI, n° 440/1, 1986, p. 157, spéc. p. 175.
[182] J.B. WHITTON, « *la règle pacta sunt servanda* », *R.C.A.D.I.*, vol, 49, 1934-III, p. 250. Pour lui, le principe de bonne foi comprend, domine et fonde la règle de *pacta sunt servanda*.
[183] Paris, 7 octobre 2004, *Rev. arb*. 2004, p. 982.
[184] *JDI* 2005, p. 341, note A. MOURRE et P. PEDONE ; *JCP G* 2005, I, 134, n° 5 et 7, obs. J. ORTSCHEIDT, qui affirme que « *le prononcé d'astreintes ou d'injonctions constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel, et ne caractérise aucun dépassement de la mission de l'arbitre* ».

La difficulté de contourner le juge pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires se manifeste un peu plus, lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué. De fait, avant l'érection du tribunal, des situations urgentes peuvent nécessiter une intervention immédiate. En l'absence de l'arbitre, le juge saisi par une partie peut prendre de telles mesures. Cette décision se justifie entre autre par les dispositions de la convention de Genève qui affirment qu' « *une demande de mesure provisoire ou conservatoire adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage* »[185]. L'intervention ou du moins l'assistance du juge dans la prise de mesures provisoires et conservatoires est guidée par le souci de préserver les droits ou les intérêts d'une des parties. Le droit OHADA relève deux conditions alternatives : l'urgence reconnue et motivée ou l'exécution de la mesure dans un Etat autre que ceux parties à l'organisation[186]. Plusieurs jurisprudences[187] vont dans ce sens, c'est-à-dire « *toutes les fois qu'un retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts d'une des parties* »[188].

Toutefois, on pourrait solliciter une fois de plus la CCJA pour qu'elle puisse mandater un arbitre d'urgence qui prendra toutes les mesures nécessaires avant la constitution du tribunal arbitral. Cela permettrait de pallier à l'intrusion du juge et de garder la nature originelle de l'arbitrage.

---

[185] Article 6 de la convention de Genève du 21 avril 1961.

[186] Art 13, al. 4 de l'AUA *« Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence, reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent ».*

[187] CA Douala, arrêt n° 81/réf., 15 mai 2000 : *Rev camerounaise arb*. 200, n° 12, note G. KENFACK DOUAJNI, ohadata J-02-31 ; TPI Cotonou, ord. n° 135, 10 déc. 1999 ; CA Niamey, arrêt n° 142, 24 déc. 2003, OHADAta J-04-75.

[188] CA Douala, arrêt n° 81/15 mai 2000 *op cit*.

2. Les limites de l'exclusion du juge dans les mesures provisoires ou conservatoires

Si la question de l'autorité capable de prendre les mesures lorsque le tribunal n'est pas encore constitué semble réglée, reste que celle inhérente à l'exécution de la mesure dans un Etat autre qu'OHADA demeure entière. De fait, se pose la problématique de l'exécution de la sentence OHADA à l'échelle internationale. Il est évident que la partie qui souhaite faire exécuter de force la décision du tribunal arbitral n'a d'autre choix que de solliciter l'*exequatur* de la sentence par le juge étatique. Le défaut d'*imperium* de l'arbitre est un principe commun à tous les systèmes d'arbitrage. Ce défaut a pour conséquence l'absence de pouvoirs contraignants. Ses décisions ne peuvent donc être contraignantes pour les parties ou un tiers. Seul le concours du juge s'avère donc efficace. Le juge est détenteur du pouvoir de contrainte. Il le met à exécution en demandant le concours de la puissance publique en mobilisant les forces de l'ordre. Par ailleurs, le juge saisi par une partie ou par le tribunal arbitral, procède au contrôle de la sentence, notamment sur le respect de l'ordre public.

Autre difficulté : il existe certaines mesures exclues par le législateur de la compétence de l'arbitre. En effet, le législateur a donné compétence exclusive au juge pour la prise de mesures telles que la saisie conservatoire ou encore la sureté judicaire. C'est dire si avant ou pendant l'instance, devant l'exigence de la prise d'une de ces mesures, les parties ou le tribunal arbitral est obligé de saisir le juge afin qu'il les prenne. Chassé par la porte, le juge revient par la fenêtre[189]. A ce niveau, il paraît quasiment impossible de se passer de l'assistance du juge.

[189] N. RACHDI, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », *in le juge et l'arbitrage*, acte de colloque de Tunis, S. BOSTANJI, F. HORCHANI et S. MANCIAUX (sous la dir.), Pedone, 2013, p. 69.

B. Le dessaisissement du juge sur la prorogation des délais d'arbitrage et les autres mesures

Il peut arriver que pour diverses raisons, le litige ne soit pas tranché durant la période qui lui était consacrée[190]. En principe, l'expiration du délai d'arbitrage met un terme à l'instance arbitrale[191]. Une sentence prononcée à l'expiration de celui-ci est nulle[192] et peut engager la responsabilité du tribunal arbitral[193]. Toutefois, il existe une subtilité à ce niveau : Si la convention d'arbitrage est composé d'un compromis, l'expiration du délai met également fin au compromis d'arbitrage. En revanche, si la convention d'arbitrage reposait sur une clause compromissoire, le terme du délai n'éteint pas la clause compromissoire qui continue de produire ses effets. Dès lors, il convient de proroger le délai afin que les arbitres finissent leur mission.

L'article 12 al 2 de l'acte uniforme règlemente la prorogation du délai d'arbitrage. De fait, il dispose que « *le délai légal ou conventionnel peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'entre elles ou du tribunal arbitral, par le juge compétent dans l'Etat partie* ». L'initiative de la prorogation est laissée alternativement, premièrement aux parties ou à la partie la plus diligente et enfin au tribunal arbitral. A défaut d'accord des parties, la procédure de prorogation est soumise au juge étatique compétent de l'Etat partie. Lui seul détient le pouvoir de proroger le délai d'arbitrage. Généralement, le juge compétent est le même qui susceptible d'être sollicité lors des difficultés à la constitution du tribunal arbitral. Nous sommes donc à l'évidence, en présence d'une compétence partagée du juge étatique en matière d'arbitrage. La prorogation des délais d'arbitrage n'est pas la seule procédure dans laquelle le juge est l'autorité compétente. Nous proposerons des mesures sur son éviction dans la prorogation du délai (1) ainsi que dans les autres mesures (2).

[190] Les parties ont le choix de la durée de l'instance. A défaut de leur choix, l'acte uniforme prévoit une durée de 6 mois à compter du jour où le dernier arbitre a accepté sa mission. Notons par ailleurs que la législation française sur l'arbitrage international ne prévoit pas de délai.
[191] Article 16 de l'AUA.
[192] CA Centre (Cameroun), arrêt n° 52/ civ., 6 fév. 2008 : ohadata J-10-249
[193] TGI Paris, (Ord. réf.), 29 nov. 1989, *Rev. arb*. 1990, p. 525.

1. La prorogation du délai d'arbitrage sans le juge

L'empêchement de la prorogation du délai d'arbitrage par le juge peut se faire par le biais de la clause compromissoire. Celle-ci tient lieu de loi des parties. Aussi, si les parties conviennent de ce que la prorogation soit faite par l'arbitre et non le juge, il devrait en être ainsi dans l'application. Cette idée a longtemps été d'actualité en France[194]. Il s'agissait pour les parties, dans l'acte de mission des arbitres, de conférer aux arbitres le pouvoir de proroger le délai. Cependant, la durée devait être précisée et déterminée dans la convention d'arbitrage au risque d'être caduque. Mais dans un arrêt[195], la Cour de cassation a estimé que « *le principe selon lequel le délai fixé par les parties ne peut être prorogé par les arbitres eux-mêmes traduit une exigence de l'ordre public aussi interne qu'international en ce qu'il est inhérent au caractère contractuel de l'arbitrage* ». Logiquement, elle s'est donc opposée à tous les arbitrages ayant recouru à cette pratique[196].

La doctrine n'épouse pas ce point de vue. Elle estime que même si le nouveau décret de 2011 n'est pas revenu dessus en infirmant cette position notamment en légiférant, cette solution est discutable[197]. « *La possibilité pour les parties d'accepter par avance et pour un temps limité la prorogation du délai de l'arbitrage, tout comme la mise en œuvre de cet accord par l'arbitre, ne trahissent en rien le caractère contractuel de l'arbitrage. Bien au contraire, en faisant application de la clause figurant à la convention d'arbitrage, l'arbitre exécute purement et simplement la convention des parties et ne déroge pas seul le délai de l'arbitrage* »[198]

Le droit OHADA peut adopter cette solution puisque l'esprit de celle-ci fusionne avec la volonté de l'arbitrage de se défaire de tout lien avec la justice étatique. La convention d'arbitrage peut mentionner la procédure, la durée ainsi que

[194] Civ. 2e , 20 juin 1996, *Bull. Civ*. II, n° 167.
[195] Civ. 1re , 15 juin 1994, *Rev. arb*. 1995, p. 88 (2e esp.), note E. GAILLARD.
[196] Civ. 2e , 7 nov. 2002, Rev. arb. 2003, p. 115, note E. LOQUIN.
[197] Ch. JAROSSON, *Rev. arb*. 2008, p. 88. ; E. LOQUIN, *Rev. arb*, 2003, p. 115.
[198] Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 301.

l'autorité compétente devant connaitre d'une prorogation du délai d'arbitrage. Ainsi inscrit dans la convention, l'arbitre ne fera qu'appliquer la volonté des parties.

Une autre solution s'offre au droit OHADA : le recours à la CCJA. En effet, un tiers peut parer à l'intervention du juge pour la prorogation du délai d'arbitrage. La pratique est admise dans plusieurs pays comme le démontre la jurisprudence[199]. LA CCJA en tant que centre d'arbitrage paraît bien placée pour accomplir cette mission. Comme dans les autres tâches, elle agira sous mandat des parties ou du tribunal arbitral. Sa mission ne consistera qu'à prolonger la mission des arbitres afin que le litige soit épuisé dans le fond. Sa décision n'étant pas de nature juridictionnelle[200], elle est dépourvue de l'autorité de la chose jugée et ne peut faire l'objet d'aucun recours devant le juge.

A défaut de recours à un tiers, la prorogation du délai d'arbitrage peut se faire de manière tacite par les parties. L'acte uniforme ne relève pas de formalisme particulier pour proroger le délai de l'arbitrage. Il résulte de cette liberté que la prorogation peut être tacite ou exprès. Si les parties la font de manière tacite, il conviendra pour l'une des parties de démontrer au juge la volonté de l'autre partie à proroger le délai. La jurisprudence est libérale sur ce point. L'acceptation peut être perçue derrière la participation active et sans réserve des parties à l'instance arbitrale, où à des mesures d'instruction, après l'expiration du délai normal[201]. En revanche, si la prorogation est faite de manière expresse, aucune des parties ne peut attaquer la sentence sur le moyen de l'expiration du délai d'arbitrage.

[199] Civ. 1re , 16 juin 1976, bull. civ. I, n° 217, qui constate que « *les prorogations décidées par un tiers préconstitué par les parties s'imposent à celles-ci au même titre que si elles les avaient consenties elles-mêmes* ».
[200] Paris, 17 mai 1983, *Rev. arb.* 1987, p. 309.
[201] Civ. 2e , 4 avril. 2002 et 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 899, note J. –G. BETTO.

2. Les autres mesures excluant l'intervention du juge

La prorogation du délai d'arbitrage n'est pas la seule mesure d'instruction dans laquelle le juge intervient. Il existe une autre série de mesures dans laquelle il est amené à intervenir. C'est notamment le cas des incidents relatives à la preuve, l'incident de faux.

L'effet relatif de la convention d'arbitrage empêche à l'arbitre d'adresser des injonctions aux tiers extérieur à ladite convention[202]. En conséquence, il ne peut enjoindre un tiers à produire un document ou à témoigner devant le tribunal arbitral, quand bien même son apport serait capital à la manifestation de la vérité. Devant cette impasse, seul le recours au juge a été admis. En droit français de l'arbitrage interne, « *la partie à l'arbitrage qui souhaite faire état d'un document détenu par un tiers peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la production du document* »[203] explique un auteur. Aucune référence n'est faite à la comparution du tiers devant le tribunal arbitral. Cette solution nous paraît être aux antipodes de la notion d'arbitrage. En effet, il illustre parfaitement la violation de la volonté des parties de soustraire leur litige au juge. En procédant à l'interrogatoire du tiers, le juge prend connaissance de l'affaire dont les parties avait tenu à l'extraire.

Aujourd'hui, le droit OHADA peut compter sur la CCJA pour assurer le travail des juges nationaux. Pour pallier l'intervention du juge pour ce qui est de la production de la preuve, la Cour statuera dans sa formation juridictionnelle et bénéficiera de son statut de Cour communautaire dont les décisions sont applicables dans les Etats parties. Elle notifiera au tiers sont obligation de coopérer avec le tribunal arbitral dans une affaire où il détient des éléments. Le tribunal arbitral pourra alors l'interroger ou recevoir les documents sollicités. En cas de refus de ce dernier, sur présentation de l'ordonnance de la Cour, le tribunal arbitral peut faire recours dans les mêmes

[202] Excepté en cas d'extension de la convention d'arbitrage aux tiers.
[203] Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *le droit de l'arbitrage interne et international,* Montchrestien, 2013, p. 204.

conditions que le juge étatique, à la force publique. Par ailleurs, la partie qui a sollicitée son concours pourra l'attaquer devant un tribunal de droit commun pour obstruction à la justice. Il est évident que nous assistons là à de nouveaux pouvoirs du tribunal arbitral qui le transporte dans une autre dimension.

L'incompétence matérielle qui frappe l'arbitre, l'empêche de statuer sur l'inscription de faux contre les actes authentiques. Même si la législation autorise une compétence concurrente entre le juge étatique et l'arbitre, dans la pratique, ce dernier ne peut pas s'y employer. L'incident de faux est une procédure dirigée contre un acte authentique quel que soit sa nature[204]. Il se caractérise par la dénégation ou encore la méconnaissance d'écriture d'un acte rédigé sous seing privé. La non reconnaissance de l'acte entraine de la part de la partie désireuse de l'utiliser au cours de l'instance, une procédure d'authentification vis-à-vis de la partie adverse. Le faux peut être matériel mais aussi intellectuel. Il est dit matériel lorsque soit il est fabriqué par une des parties soit lorsque est altéré, c'est-à-dire que des éléments y ont été soit ajoutés soit retranchés bien qu'ayant un caractère original. Le faux est dit intellectuel lorsque l'acte, dressé par un officier d'état civil, ne reproduit pas à l'exactitude les déclarations que ce dernier devait comporter, ou les faits qu'il devait constater.

L'acte uniforme relatif à l'arbitrage donne compétence aux arbitres de connaitre et de trancher ces incidents. Toutefois, cette compétence est supplétive, puisqu'elle reste assujettie au choix des parties de ne pas confier la résolution de l'incident au juge. La vérification d'écriture ne pose pas de problème majeur puisqu'il s'agit simplement de regarder si les caractéristiques d'un document A sont identiques au document B rédigé à l'instant. Dans le doute, l'arbitre peut recourir aux services d'un calligraphe et plus tard, prendre une sentence partielle pour se prononcer sur l'incident. En revanche en ce qui concerne l'incident de faux, il en est tout autrement. En effet, si l'arbitre constate le faux, il lui est difficile dans la pratique d'agir. L'inaction de l'arbitre dans cette posture est tributaire d'une raison principale : la nature délictuelle de l'incident de faux en écriture. De fait, la falsification d'un document relève en

[204] Il peut s'agir de décision de justice, de décision arbitrale, des actes de notaires, des actes d'huissier de justice, d'officier d'état civil…

principe du droit pénal. Or cette branche est du domaine exclusif du juge étatique. Le choix du juge étatique se justifie dans la mesure où il est le juge naturel de ces incidents, surtout s'il s'agit du faux en écriture publique pour lequel d'ailleurs des sanctions pénales peuvent être appliquées[205]. Ainsi, même si l'arbitre est compétent, dans la pratique, il est incapable d'agir. Il ne peut prendre aucune mesure visant à sanctionner pénalement l'auteur du faux. Généralement, au regard du caractère délictuel de l'acte qui en principe relève du droit pénal, la partie lésée opte pour la saisine du juge étatique. Cet ensemble de situations fait que dans la pratique, l'arbitre ne tranche pas des incidents de faux.

Dans le système OHADA, on pourrait imaginer que la CCJA puisse pour le compte de l'arbitre, statuer sur l'incident de faux. Cela reviendrait à donner des pouvoirs en matière pénale à la CCJA. Or celle-ci ne dispose pas de telles prérogatives. Le droit pénal est réservé à la seule appréciation souveraine des Etats. L'avantage que gagne l'arbitre est que la décision de la CCJA a la même force de loi que celle du juge étatique dans les Etats membre de l'organisation. Idem à l'extérieur de l'espace OHADA où le juge compétent ne fera qu'exequaturer la décision de la Cour. Cette solution n'est pas envisageable pour le moment. Aussi, devant un faux document, l'arbitre doit tirer toutes les conséquences et en tenir compte dans sa sentence. Par ailleurs, la partie ayant été trompée peut engager des poursuites pénales à l'encontre de son adversaire après l'arbitrage au risque de paralyser l'instance.

Section 2. Le contentieux extrajudiciaire dans l'acte uniforme

L'instance arbitrale est marquée par de nombreuses décisions de nature différentes. Il peut s'agir de sentence partielle ou intérimaire, d'ordonnance de procédure ou encore de sentence définitive qui, contrairement aux premières, tranche le litige dans le fond et a pour effet le dessaisissement de l'arbitre. Chacune de ces

[205] F. NGUEGUIM LEKEDJI, *les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, mémoire master 2 droit des affaires, https://www.memoireonline.com/02/09/1984/m_Les-competences-du-juge--etatique-dans-l--arbitrage-OHADA15.html

décisions a un régime particulier en matière de contentieux. Cependant, cette étude ne traite que celui relatif à la sentence arbitrale définitive. L'acte uniforme[206] prévoit que le recours en annulation est déféré devant le juge étatique mais ne règle pas la procédure de recours en annulation contre la sentence arbitrale. L'article 25 al. 1[207] dudit acte se borne à énumérer les recours admis et ceux non admis contre la sentence d'une part et désigner l'autorité compétente en cas de recours d'autre part. En effet, aux termes de ce texte, seul le juge a compétence pour connaître d'un recours en annulation qui, par ailleurs, demeure le seul recours ordinaire accepté contre la sentence auprès du juge en droit OHADA. La décision de justice au sujet de l'annulation de la sentence arbitrale est susceptible de recours. Ce principe de droit repris par plusieurs législations[208], est la conséquence de l'effet dévolutif reconnu à certains jugements et arrêts. L'acte uniforme énonce à ce propos que « *la décision du juge compétent dans l'Etat partie n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage* »[209]. Nous n'aborderons cette phase contentieuse puisqu'elle épouse notre idée d'isoler le juge étatique de la procédure.

L'acte uniforme reste muet sur la juridiction compétente. En effet, sur cette question, le texte communautaire laisse le soin aux législations nationales de désigner la juridiction compétente pour connaître de ce recours. Il est évident qu'une telle liberté conduit à des positions différentes.

De fait, certains Etats dotés de législations sur l'arbitrage[210] organisaient ce recours devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence avait été remise. En revanche d'autres Etats à la traine, tardent à compléter les dispositions de l'acte uniforme sur ce point. Dans l'attente de règles sur ce point, la pratique veut qu'on se réfère à une juridiction de droit commun. Cependant, ce flou a installé un quiproquo. Tandis que la cour d'appel du Burkina[211] se déclare compétente pour connaitre d'un tel

[206] Art 25 al. 1 dudit acte.
[207] Art 25, al. 1 « *la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation. Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation, qui doit être porté devant le juge compétent dans l'Etat partie.* »
[208] Notamment le droit français et OHADA.
[209] Art 25 al. 2
[210] Loi ivoirienne n° 93-671, art. 42 et 44 ; Décret sénégalais n° 98-492, art. 819-17 et 819-19.
[211] C.A. Ouagadougou, 19 mars 2010.

recours, le tribunal de grande instance du Bénin[212] lui, voit sa compétence. Saisie de la question, la CCJA a dû trancher en prenant position.

Dans un arrêt du 1 avril 2008, la haute juridiction a estimé qu' « *en droit processuel, toutes les fois qu'un texte particulier n'attribue pas à une juridiction déterminée la connaissance exclusive de certaines matières, ladite connaissance de celles-ci échoit aux juridictions de droit commun* ». La conséquence de cet arrêt est que les Etats où les tribunaux de première instance ou de grande instance sont des juridictions de droit commun, les recours contre les sentences doivent être portés devant elles.

Les parties ayant décidé de recourir à l'arbitrage pour régler leur différend ont à priori rejeté l'idée qu'un juge puisse connaitre du litige. Et ce, d'autant plus que l'arbitrage est une justice à part entière dont l'efficacité n'est plus sujet à caution. Dans cette perspective, autant dire que les recours contre la sentence ne sont pas un principe puisqu'ils font intervenir le juge. Nous en déduisons que l'intervention du juge est illégitime (§1).

Cependant, soucieux de son image et surtout dans un souci d'efficacité, les voies de recours contre la sentence arbitrale sont maintenues. Nul doute que cela participe à crédibiliser davantage cette justice privée puisqu'on voit bien qu'elle intègre des éléments de droit à la défense, l'une des valeurs cardinales à la justice étatique. D'ailleurs, la législation française suivie par un arrêt de la Cour de cassation en a fait une règle d'ordre public[213]. Ainsi, « *le principe des voies de recours est de pouvoir remettre en cause une décision juridictionnelle par des voies de droit* »[214] comme l'atteste maître N'GOUIN CLAIH. Le but étant d'offrir aux justiciables autant de moyens pour exprimer ses arguments jusqu'à ce qu'il soit à court d'arguments ou qu'il soit convaincu de la justesse de la décision prise. Si le juge est extrait des recours,

[212] CCJA, arrêt n° 044/2008, 17 juillet 2008 : *Rev. arb*, 2010, p. 588 et s. ohadata J-10-15.
[213] Civ, 1ère, 6 avr. 1994, *Rev. arb* 1995, p. 263, note P. LEVEL ; Paris, 11 juin 2009, *Rev. arb* 2009, p. 652.
[214] L.M. N'GOUIN CLAIH, « *l'exécution des sentences arbitrales et les voies de* recours », ohadata D-07-11, p. 6.

reste ceux-ci doivent demeurer. Il s'agira de trouver une formule extrajudiciaire pour maintenir ces procédures (§2).

§1. L'illégitimité de l'intervention du juge dans les voies de recours contre la sentence

La sentence dès son prononcé est revêtue de l'autorité de la chose jugée et est prête pour son exécution. Sauf que la partie ayant succombé à l'instance peut refuser d'exécuter la décision et l'attaquer en raison d'une supposé irrégularité. La loi prévoit dans certains cas que ces recours soient soumis au juge étatique. Un tel choix constitue une violation du choix des parties (A) d'autant plus que même dans les recours soumis à l'arbitre, le juge peut intervenir à titre principale ou accessoire (B).

A. La violation du choix des parties

En choisissant l'arbitrage, les parties souhaitent soustraire le litige né ou à venir des radars du juge étatique. Le fait que la législation l'y renvoie par le biais des voies de recours biaise l'impact de l'arbitrage et tant à rabaisser la justice arbitrale en justice de seconde main. L'impossibilité de renoncer aux voies de recours (1) est un frein à la liberté contractuelle (2) qui somme traduit la violation du choix des parties.

1. L'impossibilité de renoncer aux voies de recours

Le droit OHADA fait barrage au recours en opposition et au pourvoi contre la sentence arbitrale. Seules les procédures en annulation, en tierce opposition et en

révision trouvent grâce devant le législateur OHADA. Certaines législations[215] offrent la faculté aux parties de renoncer à ces recours[216]. D'autres, à l'instar de l'OHADA n'envisagent pas cette possibilité. Un arrêt de la CCJA[217] vient d'ailleurs confirmer cette position. L'intérêt du recours en annulation est justifié par le fait que l'arbitre à l'instar du juge étatique n'est pas infaillible. Il pourrait s'être trompé dans le rendu de sa décision. Par ailleurs, exclure tout recours en annulation c'est prendre le risque de laisser une sentence irrégulière produire ses effets et donc fausser le jeu de la justice. Pourtant, la possibilité de fermer des voies de recours à une décision est admise en droit commun. Une partie peut décider de ne pas faire appel ou encore se pourvoir en cassation suite à une décision qui lui est défavorable. En revanche, en droit commun, le plaideur ne peut y renoncer au début de l'instance. Il ne peut le faire qu'après le jugement au moyen d'un abandon : cela s'appelle acquiescer la décision. Les voies de recours dans l'arbitrage ne sont pas d'ordre public. On s'interroge alors sur les réelles motivations du législateur à les prévoir et encore pire, à refuser que les parties puissent y renoncer d'autant plus que certaines sont exclusivement portées devant le juge judiciaire.

Par ailleurs, la tendance actuelle des législations est de laisser aux parties la latitude de pouvoir de choisir si oui ou non, elles souhaitent garder des voies de recours. L'OHADA dans la révision de l'acte uniforme intervenue en 2017 pris en compte les revendications de la doctrine en revenant sur sa position initiale. Désormais, les parties ont le droit de renoncer au recours en annulation sauf pour un cas précis.

[215] Notamment la France avec le décret du 13 janvier 2011 ; l'article 1522 du code de procédure civile dispose que *« par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* »

[216] Du moins au recours en annulation.

[217] CCJA, arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003 ; ohadata J-04-108.

2. Un frein à la liberté contractuelle

L'arbitrage est une justice conventionnelle, c'est-à-dire basée sur un consentement mutuel des parties sur les éléments devant concourir à la résolution de leur différend. Comme tout contrat, il fait foi de loi des parties. Il est alors incompréhensible que l'Etat, par le biais du législateur vienne mettre sa main dans les relations contractuelles pour qui plus est, des qui questions qui ne relève pas de l'ordre public.

En effet, l'Etat règlemente les contrats en indiquant aux parties les éléments pouvant conduire à une annulation relative ou absolue. L'annulation est relative lorsque ce sont des éléments de formes qui sont violés. En revanche, elle est absolue quand il s'agit d'une violation de la loi. Dans le cadre de l'arbitrage, les voies de recours ne sont pas un élément d'ordre public. Les parties peuvent donc à leur aise, vouloir s'en passer puisqu'elles font confiance à l'arbitre que ce même pouvoir législatif a consacré « juge » dans ses textes. Où réside le problème de l'Etat si l'une des parties souhaite exécuter de son plein gré une décision entachée d'irrégularité ? La collectivité est-elle impactée pour nécessiter une intervention du juge judiciaire ? En disposant que les parties ne peuvent renoncer au recours en annulation, le législateur OHADA vient porter atteinte à la liberté contractuelle des parties qui leur donne la latitude de choisir toutes les procédures et aspects pouvant constituer leur corpus juridique. Le législateur remet en cause le principe même de justice conventionnelle basée sur la volonté des parties.

B. L'intervention du juge à titre principal ou accessoire

Les recours dans l'espace OHADA sont organisés pour les uns devant le juge[218] et pour les autres devant l'arbitre[219]. Sauf qu'il peut arriver que pour ceux portés devant l'arbitre, le juge intervient à nouveau. Nous sommes donc en présence d'une compétence tantôt à titre principal (1) tantôt à titre accessoire (2).

1. Le recours, compétence principale du juge

L'article 25, alinéa 2 dispose que la sentence « *peut faire l'objet d'un recours en annulation, qui doit être porté devant le juge compétent de l'Etat partie* ». En disposant de la sorte, le législateur est clair quant à sa volonté de soustraire l'arbitre, pourtant « juge » de l'affaire, au recours contre sa décision. On assiste à une inversion du principe de l'efficacité de la convention d'arbitrage. En effet, l'efficacité de la convention d'arbitrage commande que le juge se déclare incompétent face au litige visé dans ladite convention. De nombreuses décisions judiciaires vont dans ce sens[220]. Le tribunal de grande instance de Ouagadougou l'a explicitement exprimé en affirmant que dès lors que « *les parties ont prévu la voie de l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, les juridictions étatiques doivent se déclarer incompétentes en application de l'article 13 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* »[221]. A notre entendement, le litige constitue tout ce qui émane de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire de la constitution du tribunal arbitral, de l'administration des mesures d'instruction… jusqu'à la sentence et donc le dessaisissement du tribunal arbitral. Or, nous remarquons que le juge s'immisce dans la procédure et bafoue le principe puisqu'il va dessaisir l'arbitre de son litige pour en avoir lui connaissance. Certains

[218] Le recours en annulation contre la sentence.
[219] C'est notamment le cas de la tierce opposition et du recours en révision.
[220] CA Abidjan, arrêt n° 1032, 30 juillet. 2002 ; ohadata J-03-28.
[221] CA Abidjan, arrêt n° 1032, 30 juillet. 2002 ; ohadata J-03-28.

auteurs diront que le recours en annulation ne fait pas partie du litige puisque le juge ne tranche pas le différend dans le fond. A cet argument nous répondons quand bien même il ne tranche pas dans le fond, il prend tout de même connaissance du litige qui lui était à la base occulté. En cela, il viole déjà la volonté des parties.

A l'instar du jugement qui symbolise le terme d'un procès, la sentence arbitrale dessaisit l'arbitre[222] et marque également l'aboutissement de la procédure en général[223]. Cependant, si le droit est dit, reste qu'il doit être fait. La matérialisation de la décision de justice fut-ce-t-elle publique ou privée passe donc impérativement par l'exécution de la décision. Si pour le juge étatique cette phase n'a rien d'exceptionnelle ou de complexe parce que doté de l*'impérium*, en revanche pour l'arbitre, privé de ce pouvoir, cela relève du parcours du combattant.

De fait, en dépit de ce que les parties se soient accordées dans le cadre de l'arbitrage à exécuter de bonne foi la décision qui en résulterait, dans la pratique, il n'est pas toujours courant de voir la partie ayant succombé, s'exécuter immédiatement. Aussi, l'efficacité de la sentence arbitrale est grandement tributaire de l'action du juge étatique sur cette dernière. Pour qu'une sentence arbitrale soit applicable il faudrait qu'au préalable, cette dernière fasse l'objet d'une reconnaissance. Hormis la reconnaissance, la partie victorieuse peut également faire recours à une procédure d'*exéquatur* pour enjoindre la partie adverse à exécuter la sentence. La compétence du juge est donc exclusive lorsqu'il s'agit du contrôle, de la reconnaissance et l'*exequatur* des sentences arbitrales ou mêmes de certaines mesures. Le juge détient le monopole de la contrainte publique. Certes l'arbitre peut ordonner l'exécution provisoire d'une sentence mais pour ce qui est de contraindre une partie ou un tiers à s'exécuter, le juge privé reste désarmé. Aussi, les arbitres doivent faire recours au juge étatique pour une exécution forcée. Le juge dans ce cas, fait usage de ses prérogatives en sollicitant le concours de la force publique.

---

[222] Article 22 de l'A.U.A.

[223] C. GAVALDA et C.L de LEYSSAC, *in* « *L'arbitrage* », Dalloz, 1993, p. 69, cité par G. KENFACK DOUAJNI, « Le contentieux de l'exécution provisoire dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 16-janvier-février-mars 2002. p. 1, ohadata D-08-96.

L'acte uniforme doit couper tout lien avec le juge que ce soit pour le contrôle de la sentence, la reconnaissance ou encore l'exequatur de la sentence. Certains systèmes juridiques[224] lui ont déjà emboité le pas en déniant au juge le contrôle de leurs sentences arbitrales[225]. Cette tâche est laissée à un comité ad-hoc pour ce qui est de l'arbitrage CIRDI. Le droit OHADA peut s'inspirer de cette méthode en confiant le contrôle de sa sentence à la CCJA. Cette solution est rendue possible d'autant plus que la CCJA admet quasiment les mêmes critères d'annulation de sentence que l'acte uniforme. Quand bien même ils ne seraient pas identiques, la Cour apprécierait la validité de la sentence à travers les critères de l'acte uniforme. Pour ce qui est de la reconnaissance et l'*exequatur* des sentences, le droit commun de l'OHADA doit permettre une saisine de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Cette dernière assure déjà ces fonctions dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. Elle peut donc tout aussi bien *exequaturer* les décisions émanant de l'arbitrage *ad-hoc*. L'avantage de la démarche réside sur le fait que la CCJA est un organe judiciaire reconnu par les Etats parties aux Traité de 1999. Les décisions de cet organe sont donc applicables sur l'ensemble de l'espace sans besoin de l'assistance d'un juge étatique. Dans la pratique, la sentence munie de son exequatur devient un titre exécutoire que la partie qui souhaite s'en prévaloir transmet à un huissier de justice qui en assurera l'application en recourant à l'assistance de la force publique si nécessaire.

On peut être dubitatif quant à l'implication de la CCJA. On peut évoquer l'argument selon lequel cet organe est composé de magistrat et donc ce n'est pas régler la question de l'exclusion du juge dans la procédure arbitrale OHADA. Nous pensons que les juges de l'OHADA n'appartiennent à aucun système juridique national puisqu'ils sont déconnectés des droits nationaux des Etats. Ces juges supranationaux sont en conséquence moins partisans que ceux appartenant à un ordre juridique national. De plus, ils utilisent un droit spécial qui ne relève d'aucune législation nationale. Cette précision vaut tout son pesant d'or car désormais, suite à la nouvelle réforme de l'acte uniforme de 2017, l'arbitrage des investissements est aussi régit par

[224] Arbitrage CIRDI.
[225] Articles 53 et 54 de la convention de Washington

cet acte. La Cour peut statuer en toute quiétude sans avoir à se soucier des questions d'indépendance de ces membres.

2. Le rôle accessoire du juge dans la tierce opposition et le recours en révision

L'arbitrage est une procédure privée administrée par un juge privé. Le choix des parties requérantes à ce mode de juridiction vise essentiellement à soustraire le litige aux yeux de la justice étatique. Justice à part entière, l'arbitrage a su développer des techniques et mécanismes garantissant la crédibilité de son office. Il en est ainsi des voies de recours contre la sentence arbitrale. S'il est vrai que le recours en annulation est de la compétence exclusive du juge, il est tout aussi vrai que certains recours à l'exemple de la tierce opposition ou du recours en révision sont de la compétence de l'arbitre. Toutefois on constate que cette compétence n'est pas exclusive à l'arbitre puisque le juge peut être amené à connaitre de la tierce opposition et du recours en révision.

La tierce opposition est une procédure de voie de recours qui permet à une personne morale ou physique de solliciter du juge, un nouvel examen du litige déjà jugé par ce dernier lorsque d'une part le jugement affecte les droits ou les intérêts de cette personne et d'autre part lorsqu'elle n'a pas été appelée à l'instance. Cela induit donc que la personne dont les intérêts ni les droits n'ont été atteints ne peut engager une tierce opposition. De même que la personne qui, ayant été conviée à l'instance, ne s'est pas présentée perd son droit à agir dans le cadre de cette procédure.

En droit OHADA, le principe retenu est la compétence de l'arbitre pour connaitre de cette procédure[226]. Ce principe est le même retenu en droit français mais uniquement s'agissant de l'arbitrage interne. De fait, la législation française exclue la tierce opposition pour les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international et

[226] Art 25 al. 3 de l'acte uniforme.

pour les sentences rendues à l'étranger[227]. Plusieurs décisions de justices[228] vont dans ce sens en dépit de l'appel de certains doctrinaires à l'ouverture de la tierce opposition aux sentences rendues en France[229].

Nous l'avons dit, en droit OHADA en cas de tierce opposition, la compétence échoit à l'arbitre. Toutefois, il est des situations où ce dernier ne peut connaître à nouveau du litige[230]. Dans ce cas de figure, le juge est qualifié pour diriger cet instance. L'OHADA prévoit que c'est la juridiction étatique du siège du tribunal arbitral vers qui devra être porté le recours. Par ailleurs, aucun délai n'est prévu pour agir dans le cadre d'une tierce opposition relevant de l'arbitrage. En revanche, s'il doit être porté devant la juridiction étatique, les délais règlementaires prévus par le code de procédure civile de l'Etat dans lequel le recours est porté s'appliquent. Le juge n'intervient pas que dans la procédure de tierce opposition. Il peut également être présent dans d'autre recours extraordinaire dont la compétence est attribuée aux arbitres.

Le recours en révision est une voie de recours extraordinaire au même titre que la tierce opposition. Elle permet de saisir à nouveau le tribunal arbitral dès lors que l'une des parties ou encore l'arbitre à connaissance de faits nouveaux relatifs au fond du litige et dont la connaissance au moment du rendu de la sentence aurait modifié la décision rendue. Elle a donc pour but, de « *faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* »[231].

Elle est admise par plusieurs législations[232]. En France, ce sont les articles 1502 et 1495 ancien du code de procédure civile qui l'institut. Dans le droit OHADA, il en est fait mention à l'article 25 al 4 de l'acte uniforme. Il faut dire qu'il est fortement

[227] L'art 1501 du code de civile organise la tierce opposition en France. Cependant, en matière d'arbitrage international, l'art 1506 ne fait pas référence à l'art 1501. On déduit donc que les sentences internationales rendues en France et les sentences étrangères ne sont pas susceptibles à la tierce opposition.

[228] Civ. 1re, 8 octobre, 2009, n° 07-21990 ; D. 2009, pan., p. 2959, *obs*, Th. CLAY.

[229] E. LOQUIN, « Perspectives pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.* 1992, p. 321, spéc, n° 28, p. 333 cité par Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 855.

[230] Incapacité du tribunal de se réunir…

[231] Art 593 du code de procédure civile français.

[232] Néerlandaise, française et OHADA notamment.

inspiré par la jurisprudence française[233] et de la loi néerlandaise[234]. Ce même article donne compétence au tribunal arbitrale de connaitre de ce recours. Cependant, cette compétence de l'arbitre tout dans la tierce opposition, n'est pas exclusive.

De fait, le juge peut suppléer l'arbitre et connaitre d'un recours en révision sous certaines conditions : il s'agit notamment du cas où le tribunal arbitral serait dans l'incapacité de se réunir à nouveau. Cet empêchement pourrait résulter de divers causes, la maladie, le décès… de ou des arbitres ayant statué à la procédure initiale. Dès lors, le juge étatique est autorisé à se saisir du recours en révision et à statuer dessus. Comme dans la tierce opposition, c'est la juridiction étatique du siège du tribunal arbitral devant laquelle être porté le recours.

L'argumentaire qui consiste pour certaines doctrines de dire que le juge ne connait pas le fond du litige, dans ce cas de figure tombe puisqu'il s'agit pour le juge de rejuger l'affaire en fait et en droit. L'efficacité de la convention d'arbitrage est donc remise en question : c'est le fondement même de l'arbitrage qui est ainsi fragilisé.

§2. Une nouvelle politique des voies de recours par de nouveaux droits et des procédures extrajudiciaires

Les voies de recours ne constituent pas un principe dans l'arbitrage puisqu'elles font ressurgir le spectre de l'intervention du juge dans la procédure. Cependant, elles concourent à une meilleure expression des droits de la défense et partant, de cette justice privée. L'objectif des voies de recours est de remettre en cause la décision passée en autorité de la chose jugée. Toutefois, nous pensons qu'il est impératif de revisiter la politique des voies de recours en accordant de nouveaux droits aux parties (A) et rendant extrajudiciaire les différents recours (B).

[233] Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Fougerolle c/Procofrance, JDI, 1992. 974, note E. LOQUIN ; *Rev. crit. DIP*, 1992. 699, note B. OPPETIT.
[234] Art 1068 du code de procédure civile néerlandais.

A. De nouveaux droits pour les parties à l'arbitrage

Il est impossible de déroger aux voies de recours en droit français de l'arbitrage. La doctrine considère qu'il s'agit d'une matière indisponible[235]. La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer en énonçant que « *le régime interne ou international de l'arbitrage détermine, notamment, celui de des voies de recours à l'égard des sentences qu'il n'appartient pas aux parties de modifier, fût-ce par un accord exprès conformément à l'article 12 du Code de procédure civile* »[236]. Autrement dit, les voies de recours ont un caractère impératif[237]. Toutefois, une exception est faite pour le recours en annulation. L'acte uniforme paraissait obsolète lorsqu'il refusait aux parties le droit de renoncer au recours en annulation. Aussi était-il nécessaire d'offrir cette possibilité aux parties (1) qui devront l'exprimer de manière expresse ou tacite (2).

1. Le droit pour les parties de renoncer au recours en annulation

L'acte uniforme relatif à l'arbitrage a toujours dénié le droit aux parties de renoncer au recours en annulation de la sentence. Cette décision nous était absurde. Si un argument tel qu'il est déraisonnable de laisser appliquer une décision irrégulière peut-être entendu, on peut lui opposer le fait que litige est d'ordre privé et que l'exécution de la décision « irrégulière » n'affecte nullement la communauté nationale. Idem en ce qui concerne le contrôle de la sentence via l'*exequatur*. L'intervention du juge est infondée puisqu'il ne contrôle pas l'opération de base qui est généralement le commerce. Or, l'objet du contrat pourrait être contraire à l'ordre public. Il préfère opter pour un contrôle de la sentence.

---

[235] Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2001, spéc. n° 375, p. 181.
[236] Civ. 1re , 6 avr. 1994, *Rev. arb.*, 1995, p. 264, note P. LEVEL ; Paris, 11 juin 2009, *Rev. arb.*, 2009, p. 652.
[237] *JCP* G 2007, Act. 135, *obs.* J. ORTSCHEIDT.

Nous pensons que pour garder l'esprit de l'arbitrage durant toute la procédure, les parties doivent avoir le choix de recours ou non aux voies de recours puisque celles-ci se passent pour certaines devant le juge et pour d'autres, peuvent le voir surgir sous certaines conditions. Le fait pour l'OHADA d'interdire la renonciation au recours en annulation tout en le déférant devant le juge étatique paraissait comme une volonté voilée d'immiscer le juge dans une procédure dont les parties lui ont fermées l'accès. L'acte uniforme sur l'arbitrage dans sa version révisée du 23 novembre 2017 a pris en compte les remarques de la doctrine en autorisant les parties à pouvoir renoncer au recours en annulation sous réserve qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public[238]. Cette précision a pour conséquence l'inefficacité de la renonciation en cas de recours en annulation contre la sentence. De fait, si l'une des parties estime que la sentence enfreint l'ordre public, en dépit de ce qu'elle ait renoncé au recours en annulation, elle pourra attaquer la sentence. En revanche, pour les cinq autres motifs d'annulation, son action restera sans suite en raison de sa renonciation. Restera à déterminer forme de cette dernière.

2. Le caractère exprès ou tacite de la renonciation

L'acte uniforme ne doit pas enfermer la renonciation dans une forme particulière. N'oublions pas que nous sommes dans un arbitrage qui plus est *ad-hoc*. Les parties doivent avoir un éventail de choix devant eux pour régler la procédure de leur différend. A ce titre, nous pensons que la renonciation au recours en annulation peut prendre deux formes : tacite ou exprès.

Elle est tacite lorsque la partie ayant perdu le procès refuse de saisir la juridiction compétente dans les délais impartis à la procédure. Cela revient à acquiescer la sentence arbitrale. En revanche, elle devient expresse lorsque les parties la mentionnent dans la convention d'arbitrage. En d'autres termes, les parties doivent manifester leur refus d'aller vers le juge dans le cadre d'un recours, avant la fin de

[238] Art 25. Al. 3 de l'AUA.

l'instance arbitrale. Dès lors, aucune partie ne pourra plus saisir une autorité pour un éventuel recours en annulation. Ceci étant, les arbitres sont toujours tenus à leurs obligations et donc tranchent le litige avec professionnalisme et responsabilité. Un manquement à ces obligations conduit à leur récusation ou révocation et peut même engager leur responsabilité personnelle.

B. La nécessité de garder des voies de recours

Faut-il rappeler que les voies de recours participent à la crédibilité de l'arbitrage en tant que justice privée ? Hormis ce fait, notons que la sentence est une décision juridictionnelle qui produit des effets sur des individus. L'arbitre n'étant pas infaillible, il est normal que puisse être conçu des procédures visant à se rassurer quant à la justesse de la décision rendue. Cela participe à la bonne administration de la justice. Cependant, les voies de recours de recours contre la sentence peuvent être appréciées soit par l'arbitre lui-même (1) ou par un tiers (2).

1. Les voies de recours portées devant l'arbitre

Une fois le principe de voies de recours acté, il s'agit de trouver l'autorité compétente pour connaître de ces recours. Nous sommes d'avis que l'arbitre est capable de gérer les réclamations portées contre la sentence aussi bien dans le recours ordinaire qu'extraordinaire qu'il a prononcées.

L'acte uniforme sur l'arbitrage énumère six conditions alternatives qui peuvent entrainer l'annulation de la sentence[239]. Il s'agit de l'irrégularité du tribunal arbitral ou l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ; le caractère contraire à l'ordre public international de la sentence arbitrale ; le défaut de motivation de la sentence arbitrale ;

[239] Art 26 de l'AUA.

le non-respect du principe de contradictoire ; la non-conformité du tribunal arbitral à la mission qui lui a été donnée et enfin le défaut ou la nullité de la convention d'arbitrage. La partie qui réclame une annulation de la sentence allègue à sa prétention, un si non plusieurs motifs dessus mentionnés. L'arbitre peut alors revenir sur le point qui lui est reproché et procéder à un nouvel examen. Par exemple, si l'annulation de la sentence est réclamée pour un défaut de motivation de cette dernière, l'arbitre peut effectivement constater l'absence de motivation. Il peut alors annuler la sentence et dans la foulée, reconvoquer le tribunal arbitral. Si l'arbitre ou le tribunal arbitral ne peut plus être reconstitué, les parties devront procéder à la désignation d'un nouvel arbitre ou à défaut, saisir la CCJA qui se prononcera sur l'irrégularité ou non de la sentence. Dans l'hypothèse où elle est annulée et que le tribunal arbitral est indisponible, les parties choisiront un nouvel arbitre qui motivera la sentence. Il ne s'agira pas pour ce dernier de rejuger le litige mais juste corriger l'élément défaillant de la sentence. Toutefois, pour certains motifs d'annulation, le litige devra être à nouveau tranché dans le fond[240]. En revanche, l'arbitrage doit être abandonné si l'annulation découle d'un défaut ou de la nullité de la convention d'arbitrage[241]. Plusieurs jurisprudences consacrent cette posture[242] Dès lors, à défaut de pouvoir réunir à nouveau le tribunal arbitral, les parties devront choisir un ou des nouveaux arbitres pour trancher le litige. Il est vrai que cette solution présente des frais supplémentaires pour les parties, mais elle a le mérite de préserver le litige des juridictions étatiques.

S'agissant des voies de recours extraordinaires, le principe est la compétence de l'arbitre[243]. Cependant, si ce dernier est dans l'incapacité de pouvoir de nouveau connaître du litige, le juge peut se substituer à lui[244]. Nous pensons que cette solution

[240] Le non-respect du contradictoire par exemple. De fait, on peut penser que la partie qui n'a pas pu s'exprimer avait peut-être des arguments à faire valoir qui, auraient pu faire pencher la balance de la justice de son côté.
[241] Art 29 de l'acte uniforme sur l'arbitrage.
[242] C'est ce qui ressort en substance des décisions de justice puisque dans ce cas, la compétence est donnée au juge. Voir CA Abidjan, arrêt n° 1032, 30 juillet 2002 : ohadata J-03-20 ; CA Ouagadougou, arrêt n°116, 19 mai 2006 : ohadata J-09-25 ; T. com. Kayes, 5 juillet 2007.

[243] Art 25. Al. 5 et 6. de l'acte uniforme sur l'arbitrage.
[244] Art 25 *op. cit.*

n'est pas la bonne. A défaut de pouvoir réunir le tribunal arbitral, une reconstitution de ce dernier doit être envisagée. Ce palliatif est déjà utilisé dans d'autres législations et ne pose aucun problème procédural majeur.

En outre, il est nécessaire d'ôter au juge étatique son pouvoir d'évocation des affaires soumis à l'arbitrage. En effet, lorsqu'il est saisi d'un recours contre la sentence, le juge peut être amené à trancher le litige dans le fond. Une telle situation dénature profondément l'arbitrage. Le juge précédemment exclue de la procédure, en devient le maître au détriment du juge privé investi par les parties.

2. Le recours contre la sentence porté devant un tiers

A défaut de confier l'examen des recours contre la sentence arbitrale à la même autorité qui a failli-si on l'entend ainsi-, ces derniers peuvent être examinés par un tiers non partie au tribunal arbitral.

Ce tiers peut être une personne morale ou une personne physique. Nous pensons que cette tâche peut être dévolue soit à la CCJA ou à un autre centre d'arbitrage en ce qui concerne la personne morale et à un arbitre neutre choisi par les parties en ce qui concerne la personne physique. Si la désignation d'une personne morale ne pose pas grand problème, en revanche, celle de la personne physique peut être sujette à polémique. L'hypothèse est celle d'une mésentente entre les parties pour la désignation de cet arbitre unique chargé d'examiner les différents motifs de demande d'annulation de la sentence. Dans ces circonstances, en cas de désaccord, la CCJA saisie par la partie la plus diligente, nomme un arbitre. Celui-ci a comme mission unique, de vérifier si le motif allégué par la partie demanderesse est avéré. Une fois sa mission terminée, le tribunal arbitral en cas de cause réelle d'annulation tranche à

nouveau le litige[245]. Si le tribunal arbitral est dans l'incapacité de se réunir à nouveau, les parties devront en désigner un nouveau.

On peut envisager que le tiers puisse être investi du pouvoir d'évocation. Dès lors il faudra penser au principe d'égalité des parties cher à la justice. Si le tribunal arbitral était composé de trois membres, il est difficile d'accepter que le litige soit à nouveau tranché par un juge unique. A cela s'ajoute le fait qu'il existe des litiges dont la résolution demande plusieurs arbitres[246]. Techniquement, il est difficile de conférer au tiers personne physique, le pouvoir d'évocation lors d'un recours contre la sentence. En revanche, cette possibilité est envisageable concernant un tiers, personne morale. Disposant d'un vaste réservoir d'arbitre, le centre peut rapidement désigner les arbitres qui remplaceront valablement le juge et trancheront le litige sans problème. Toutefois, ils ne s'appuieront pas sur le règlement d'arbitrage de leur institution mais plutôt sur la convention d'arbitrage des parties.

Ce mécanisme peut également s'appliquer sur les voies de recours extraordinaires. De fait, lors de l'indisponibilité du tribunal arbitral ou de l'arbitre, le tiers désigné peut suppléer cette carence en statuant sur le fond du litige. Une question se pose sur ce mode d'intervention lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Dans le cas d'un centre d'arbitrage, la règle est que dès lors que les parties confèrent à ce dernier un mandat porté sur le fond du litige, les règles applicables sont celles du centre d'arbitrage. Autrement dit, le règlement du centre d'arbitrage a toutes les chances de se voir appliquer. Nous estimons que dans une telle situation, l'arbitre désigné par le centre d'arbitrage ne doit pas appliquer les règles de l'institution mais plutôt s'appuyer sur celles contenues dans la convention d'arbitrage. En effet, ce sont elles qui font foi de loi des parties. L'arbitre qui se substitue au juge épouse sa fonction d'assistant technique. A ce titre, il ne doit pas appliquer ses règles à lui, mais celles que les parties ont choisies. Ce devrait être là, la limite de l'application du règlement d'arbitrage d'une institution d'arbitrage.

[245] Excepté en cas de nullité ou défaut de la convention d'arbitrage.
[246] Toujours en nombre impair selon l'AUA.

Conclusion chapitre 1.

En somme, l'exclusion du juge passe inéluctablement par une nouvelle approche des difficultés dans la constitution et la reconstitution du tribunal arbitral, un aménagement d'un nouveau modèle d'administration des mesures d'instruction mais aussi des mesures provisoires ou conservatoires. Il ne faudra non plus oublier son éviction des voies de recours où parfois il est l'autorité compétente pour connaître de ces recours.

Chapitre II. La modification des corpus législatifs nationaux et instruments contractuels

« *Chaque jour apporte le fruit de réflexions nouvelles en matière d'arbitrage (...). Chaque jour, la nouveauté repousse, par l'effet d'une créativité diversifiée dans l'espace, un rapprochement des règles et des pratiques* »[247]

[247] F. TERRE, « L'internationalité du juge dans l'arbitrage », *in L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis, Mélanges Alain Plantey*, Paris, A. Pedone, 1995, p. 232.

Le premier fait intriguant qui nous interpelle est celui de la présence de normes nationales en dépit d'une loi régionale. Il est communément admis que les actes supra nationaux se substituent aux droits nationaux relatifs à la matière qu'ils traitent. Ce débat a longtemps divisé la doctrine.

En l'espèce, la question était de savoir si les textes de l'OHADA abrogeraient systématiquement les lois nationales en la matière[248]. On pourrait y répondre par l'affirmatif d'autant plus que les normes communautaires ont vocation à s'appliquer de facto dans les Etats parties en dépit des dispositions de droit interne. Cette position est défendue entre autre par Gaston KENFACK DOUAJNI[249] qui s'agissant du cas l'OHADA, pense que réfléchir autrement serait annihiler les efforts de l'institution qui a justement été créée pour pallier la multitude de législations qui constituaient une insécurité juridique pour les investisseurs. Accepter que les actes uniformes ne se substituent pas aux lois nationales replonge l'espace OHADA dans sa position initiale. Il est soutenu dans cette approche par le professeur Philippe. FOUCHARD qui souligne que « *les actes uniformes tels qu'ils sortent doivent se suffire à eux-mêmes. Le reste sera l'affaire d'interprétation de la CCJA et tant pis pour les anciennes lois. Tous les domaines couverts par les actes uniformes ne devraient plus laisser subsister de dispositions nationales. Et qu'on ne nous dise pas qu'on a besoin sur certains points, de dispositions supplémentaires. En matière d'arbitrage, certainement pas […]* »[250].

Sauf qu'en ce qui concerne l'OHADA, le seul article qui traite de la question est flou dans son libellé. En effet, l'article 10 du Traité dispose que « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties,*

[248] T. LAURIOL, « Débat : la naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement *?* », *in Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 52. ohadata D-08-42, p. 6. « *Il est ainsi demandé si l'acte uniforme relatif à l'arbitrage a, ou non abrogé, et si oui, dans quelle mesure, les dispositions nationales antérieures existantes en matière d'arbitrage* ».

[249] G. K. DOUAJNI, « Débat : la naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement ? », *in Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 52. ohadata D-08-42, p.7.

[250] Ph. FOUCHARD, « Débat : la naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement ? », *in Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 52. ohadata D-08-42, p. 8.

nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieures ou postérieures ». A ce stade, trois interprétations peuvent être faites comme le note le professeur ISSA-SAYEGH[251] :

Primo, on peut percevoir cette disposition comme étant une disposition qui affirme le caractère supranational des actes uniformes en prohibant à tout Etat partie d'adopter des dispositions internes, contraire à l'application et aux obligations découlant des actes uniformes.

Secondo, le texte peut être perçu comme interdisant toutes dispositions internes, contraires ou pas aux actes uniformes. D'ailleurs la formule finale des actes[252] semble soutenir ce point de vue.

Tercio, on pourrait comprendre à la lecture du texte que les actes uniformes abrogent les législations internes, antérieures ou postérieures en leurs dispositions contraires. L'on se pose alors la question de savoir s'il s'agit de tout le texte interne ayant le même objet (dans le cas d'espèce, les textes de l'arbitrage) ou alors juste les règles contraires à celles de l'acte uniforme ayant le même objet (sur la désignation des arbitres par exemple). Prenant le contre-pied de ses collègues, le professeur ISSA-SAYEGH estime qu'en analysant l'article 35 de l'acte uniforme sur l'arbitrage qui dispose que « *le présent acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats parties* », nous n'apprenons rien d'autre que le fait que les actes uniformes entre dans le corpus juridique des Etats partie. « *Mais en aucun cas, sauf à forcer ce texte, on ne peut y voir une disposition par laquelle l'OHADA affirme que cet acte uniforme se substitue totalement aux lois nationales sur l'arbitrage y compris en leurs dispositions qui enrichissent l'acte uniforme sans le contrarier. Dès lors, on peut en conclure que les dispositions des lois nationales relatives à l'arbitrage, non contraire à celles de l'acte uniforme, doivent être maintenues […]* »[253] conclue-t-il.

---

[251] J. ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999-12, p. 5 et s., not. n° 46 à 49.

[252] « *[…] sont abrogées, toutes dispositions de droit interne contraires […]* »

[253] J. ISSA-SAYEGH, « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage OHADA », texte d'une communication paru *in revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 22, OHADAta 02-20, p. 3.

Nous partageons le point de vue du professeur SAYEGH puisque l'acte uniforme présente des vides que les législations nationales comblent. Il en est ainsi pour les questions relatives à la désignation du juge d'appui en matière de mesures provisoires ou conservatoires…

Saisie de la question, la Cour commune de justice et d'arbitre dans sa fonction d'organe consultatif, chargé de l'interprétation et de l'application du traité et des actes uniformes s'est prononcée[254]. La haute juridiction a estimé que l'abrogation dont il est question concerne toutes les dispositions internes ayant le même objet que l'acte uniforme, qu'elles soient contraires ou identiques. Pour les juges de cette institution, doit s'entendre par loi contraire, un texte de droit interne ayant le même objet qu'un acte uniforme ; une loi ou décret dont tout ou une partie du dispositif est contraire à l'acte uniforme. Dans cette dernière formulation, les dispositions de droit interne non contraires à l'acte uniforme demeurent applicables. En conclusion, les actes uniformes se substituent aux lois internes existantes en la matière, «*sous réserve des dispositions non contraires susceptible d'exister en droit interne* »[255].

Il est désormais établi que les textes nationaux ont toute leur place dans le dispositif juridique de l'OHADA sur l'arbitrage. L'acte communautaire[256] nettoyé de toutes dispositions visant à l'intervention du juge, une mise en conformité des normes nationales s'imposent pour éviter leur abrogation (**section** 1).

A l'instar de la justice publique qui, pour sa saisine requiert une requête[257], l'arbitrage ne peut être mis en place qu'à la suite d'une convention d'arbitrage ou d'un compromis. Ce contrat a vocation à encadrer le déroulement de l'instance dans tous ces détails. Il n'est pas rare que cet instrument puisse lui aussi consacrer l'intervention du juge dans la procédure arbitrale. La convention d'arbitrage étant la matérialisation de la volonté des parties d'une part, et l'arbitrage se fondant sur le respect de cette volonté d'autre part, il est normal que les prescriptions contenues dans ce contrat soient respectées.

[254] CCJA, avis n° 1/2001/EP. ohadata J-02-04.
[255] CCJA, avis du 30/04/2001.
[256] L'Acte Uniforme sur l'arbitrage.
[257] A l'exception de l'auto saisine du ministère public pour des faits d'ordre public.

Par ailleurs, l'immixtion du juge au cours du procès arbitral est due à certains manquements observés dans la rédaction de ce document. Dans le silence, le juge intervient pour éviter une paralysie de la procédure. C'est donc tous ces points qu'il faut améliorer sur la convention d'arbitrage pour bannir le juge de l'arbitrage (**section** 2).

Section 1. La nécessaire conformité des règles nationales à l'acte uniforme

Le fait pour les Etats d'adhérer à une organisation supranationale, de ratifier les différents textes servant de support juridique au fonctionnement de cette entité n'empêche en rien ces derniers de produire des normes propres à leurs pays. Tout au contraire, ces normes sont souvent très attendues pour encadrer dans les détails, l'application des règles communautaires. Le droit OHADA sur l'arbitrage ne fait pas figure d'exception en la matière. Il autorise la subsistance des règles internes non contraires aux siennes. Cependant, son corpus législatif ayant été toiletté, il est impératif que les règles nationales épousent l'esprit de la nouvelle mouture.

Les textes nationaux en matière d'arbitrage sont de diverses natures et varient selon les Etats. Ce peut être des décrets[258] pour certains, des lois[259] pour d'autres, et parfois même des chartes[260]. Reste que quel que soit leur dénomination, ils ont l'obligation de consacrer la fin de l'assistance technique du juge aussi bien dans la constitution du tribunal arbitral, l'administration de la procédure (§1), que dans les recours contre la sentence (§2).

[258] A l'exemple du Togo, décret du 15 mars 1982 sur l'arbitrage interne ; du Sénégal, décret du 5 juin 1998 ; du Mali, décret du 28 juin 1994 ; de la France, décret du 13 janvier 2011-48.
[259] Côte d'Ivoire, loi du 9 août 1993 ; Congo, loi n° 51/83
[260] Gabon, loi n° 15/98 instituant la charte des investissements.

§1. Le rejet de la constitution judiciaire du tribunal arbitral ainsi que les mesures d'administration de la procédure

La nouvelle mouture de l'acte uniforme sur l'arbitrage telle que nous le proposons fait disparaître l'assistance du juge étatique dans les différentes phases de constitution du tribunal arbitral. Nous en répertorions essentiellement deux : l'érection (phase initiale) et la reconstruction s'il survenait un incident au cours de la procédure (A). Par ailleurs, le juge est susceptible de prendre d'autres mesures judiciaires (B) qu'il faudra également l'en exclure.

A. Les nouvelles dispositions nationales en matière de construction et reconstruction du tribunal arbitral

Le tribunal arbitral est la pièce maîtresse de l'arbitrage. Il est donc normal que sa constitution soit étroitement encadrée puisqu'il en va de la viabilité de la sentence qu'il produira. C'est conscient de cet enjeu que les Etats ont chacun dans les divers textes nationaux qui composent leurs dispositifs législatifs en matière d'arbitrage, inclus la possibilité pour le juge étatique, d'apporter son aide à l'arbitrage en l'assistant pour l'érection du tribunal. Libérale comme se veut la procédure d'arbitrage *ad-hoc*, nous pensons que la construction du tribunal arbitral doit être extrajudiciaire (1). Dans la même veine, nous soutenons que sa reconstruction doit également se faire de manière extrajudiciaire (2).

1. La construction extrajudiciaire du tribunal arbitral

Le juge intervient dans la procédure de construction du tribunal arbitral lorsque les parties n'ont pas pu trouver d'accord, que les arbitres ont échoué face aux différents blocages que peut connaître la construction du tribunal arbitral. De

nombreux textes suivent cette logique. Il apparaît dans cette configuration que l'intervention du juge est salvatrice de l'arbitrage. Cependant, nous pensons qu'il est possible de parvenir à une érection du tribunal sans avoir recours au juge. Pour se faire, les divers documents juridiques qui marquent son implication dans la constitution du tribunal doivent dans un premier temps, soustraire les dispositions qui l'autorisent pour les remplacer dans un second temps, par la compétence d'un tiers.

En effet, dans la mesure où l'acte uniforme autorise que les arbitres puissent être nommés par un tiers, les législations nationales doivent lui emboiter le pas afin que leurs dispositions soient en phase avec la norme supérieure. La disparition des normes visant l'implication du juge pour la constitution du tribunal n'est pas suffisante. Laisser les textes dans cet état créerait davantage de polémiques et ouvrirait la porte à un énorme contentieux autour de l'arbitrage. Il est donc impérieux que la disparition des normes discutées soit couverte par des dispositions invitant les parties à se référer à un tiers qui accomplira la constitution du tribunal arbitral.

Dans notre analyse sur la modification de la règle régionale[261], nous soutenions que cette faculté peut être du ressort d'une personne physique[262] ou encore d'une personne morale[263]. Les différentes législations internes sur l'arbitrage, devront reprendre ces facultés. Elles devront mentionner qu'en cas de difficulté dans la constitution du tribunal arbitral, les parties pourront se tourner vers un tiers qui aura mandat de faciliter cette érection.

2. La reconstitution extrajudiciaire du tribunal arbitral

Il peut arriver qu'au cours du processus arbitral, survienne un incident qui paralyse le tribunal arbitral. Il peut s'agir de la démission d'un arbitre, de sa révocation, son décès… toutes choses qui emportent comme conséquence, son

[261] Voir chapitre 1.
[262] Un huissier ou même un médiateur.
[263] La CCJA par exemple.

remplacement. Les juridictions étatiques sont compétentes sous réserve de certaines conditions pour pallier ces incidents. Notre projet d'acte uniforme interdit l'immixtion du juge même pour la reconstruction du tribunal arbitral. Tout comme pour la construction, nous pensons que la reconstruction peut être faite par un tiers à défaut d'accord entre les parties et les arbitres. Dans cette optique, un toilettage des normes nationales s'impose. De fait, actuellement, elles militent toutes en faveur de l'intervention du juge pour le remplacement ou la récusation de l'arbitre. Cette mission peut être dévolue à un médiateur. Il s'attellera dans la limite de son mandat, à trouver un accord entre les parties afin de trouver une sortie de crise aux belligérants. Sa décision sera insusceptible de recours et engagera les parties.

La désignation du médiateur se fait comme celle de l'arbitre unique : c'est-à-dire que les parties choisissent de commun accord un médiateur pour traiter de la question. L'avantage d'un tel mécanisme réside sur le fait que la médiation est proche de l'arbitrage. Ils partagent les mêmes valeurs et ne sont différents qu'au regard de la mission juridictionnelle dont est investie l'arbitre.

Si les belligérants ne s'accordent pas sur l'option de la médiation, la partie la plus diligente peut saisir la CCJA pour statuer sur l'incident. La haute juridiction devra soit choisir un arbitre pour vérifier l'incident et le trancher soit elle-même procéder à l'analyse du problème. Notons que la CCJA sous cette bannière opère en tant que tiers sous mandat des parties. A l'exemple du tiers, personne physique, la décision de la CCJA n'est pas susceptible de recours devant les juridictions. Ainsi, les normes nationales doivent prévoir le recours au tiers et plus au juge pour la reconstruction du tribunal arbitral.

L'érection ou la reformation du tribunal arbitral ne sont pas les seuls instants où le juge est amené à intervenir dans l'instance arbitrale. Il y intervient à la faveur d'autres moyens.

B. Les autres moyens et règles nécessitants des modifications

Le juge étatique, au gré des dispositions législatives des différents Etats membres de l'OHADA, peut intervenir à divers moment d'une procédure arbitral. Il serait prétentieux de pouvoir tous les répertorier surtout au regard des 17 législations. Cependant, des similitudes sont observables sur certains aspects tels que l'octroi des mesures provisoires ou conservatoire, la prorogation des délais d'arbitrage (1). Durant son office, le juge privé est tenu de respecter les lois de police de l'Etat dans lequel se trouve le siège de l'arbitrage mais également celles dans lequel la sentence devra s'appliquer.

Cette exigence nous invite à penser à une modification des lois de police des Etats qui, s'opposent à l'exclusion du juge ou encore à l'exclusion d'une procédure relevant du juge (2).

1. L'octroi de mesures provisoires ou conservatoire et la prorogation des délais d'arbitrage

L'arbitrage OHADA *ad-hoc* prévoit que l'arbitre a compétence pour prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoire qu'il estime nécessaire pour garantir la bonne administration de la justice. De nombreux textes modernes sur cette matière le prévoient également. Toutefois, la loi ne lui donne pas le pouvoir de prendre les mesures telles que la saisie conservatoire…

Par ailleurs, les parties elles-mêmes peuvent choisir de recourir directement au juge pour l'octroi de ces procédures[264]. Autant de possibilité qui permettent un accès à la procédure par le juge. On peut s'interroger sur cette volte-face des parties lorsqu'on sait que se sont ces dernières qui ont optées pour la soustraction de leur litige à la

[264] Art. 1449 du code de procédure civile français ;

juridiction étatique. La raison principale de cet état de fait réside dans l'absence d'*imperium* de l'arbitre. En effet, ce dernier lorsqu'il prend une mesure provisoire ou conservatoire et lorsque la partie condamnée refuse de s'exécuter, la partie victorieuse ou le tribunal arbitral est obligé de solliciter l'exequatur de la décision auprès du juge de l'exequatur qui confère à la sentence, sa force exécutoire. Cette procédure est parfois jugée longue par les parties d'autant plus que les mesures sollicitées sont souvent urgentes ou qu'elles nécessitent la surprise d'une des parties. En passant par le juge, les parties vise un gain de temps que la procédure d'exequatur ne permet pas de gagner. Quant aux stipulations de la loi sur certaines mesures réservées à la seule compétence du juge[265], cela relève de la nature de ces dernières. De fait, dans l'une ou l'autre des procédures, il s'agit d'exécuter par la force la décision. Or nous le savons, seul l'Etat détient le monopole de l'exécution forcée. Il est donc normal que ces mesures soient du ressort du juge étatique.

La suppression du recours au juge dans l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral n'est pas d'ordre public[266]. Cependant, la norme permet de pouvoir recourir à l'un comme à l'autre. La rupture de l'intervention du juge par le biais des législations nationales nécessite que l'on puisse en amont régler le problème de l'exécution forcée des décisions arbitrales lorsque l'on sait que l'arbitre ne dispose pas de pouvoir de contrainte. Certaines corporations se sont penchées sur la question et ont trouvé comme solution, l'exclusion de la partie vaincue qui refuse d'appliquer la décision de l'arbitrage qu'elle a souhaité. Cet argument est très dissuasif dans le monde des affaires.

De fait, les opérateurs économiques redoutent plus que tout un bannissement définitif de leur cercle. La mauvaise réputation qui s'en suit suffit à le discréditer auprès de ses compères. Point besoin de rappeler l'importance d'une bonne réputation pour une entreprise. De plus, même si la condamnation est prononcée, la partie ayant succombé au cours de l'instance, peut encore négocier les conditions de sa

[265] Saisies conservatoires, sûretés judiciaires
[266] Cass. 1re civ. , 18 nov. 1986 (Atlantic Triton c. République populaire révolutionnaire de Guinée), 114 *JDI* 1987, p. 125, note E. GAILLARD.

condamnation. C'est dire si le refus d'exécution de la sentence n'est pas un suicide pour les parties.

L'OHADA étant une plateforme d'intégration économique et de promotion de l'arbitrage comme moyen de résolution de conflits, nous pensons que d'une part, toutes les entités qui adhèrent à cette organisation et d'autre part toutes les entreprises qui acceptent de recourir à cet arbitrage constituent un réseau, une corporation. A ce titre, elles doivent respecter les engagements de fidélité, de bonne foi et de coopération à l'aboutissement de la procédure. L'inapplication des décisions de l'arbitrage doit conduire à l'exclusion du récalcitrant du monde des affaires dans cet espace. Ce procédé peut remplacer l'*exéquatur* des sentences arbitrales puisqu'il marque une forme de contrainte envers la partie perdante. L'*imperium* dont dispose le juge dans cette circonstance ne sert à rien.

Ainsi, puisque la compétence du juge dans l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires ne se justifie plus, il est bien plus facile de l'exclure de la procédure. A cet égard, les textes nationaux doivent supprimer la mention pouvant donner aux parties, la latitude de faire appel au juge pour l'octroi de ces mesures.

L'arbitrage, à la différence d'un procès étatique, est enfermé dans une durée déterminée. Il appartient aux parties de la définir ou à la loi en cas de manquement des parties[267]. Il peut arriver que le ou les arbitres n'arrivent pas à remplir leur mission dans le laps de temps imparti. Dans ce cas de figure, il s'agit donc de proroger le délai d'arbitrage. Cette faculté appartient au juge lorsque les parties ne sont pas tombées d'accord sur la prorogation. L'acte uniforme prévoit que la prorogation est faite soit par accord des parties, soit sur requête de l'une d'entre elle, ou encore par le tribunal arbitral auprès du juge[268]. Ce mécanisme ne nous satisfait pas, nous pensons que l'arbitre peut juger de la pertinence ou de l'opportunité de proroger ou pas sa mission. S'il peut être juge de sa propre compétence, il peut également être juge du temps qui

[267] Les législations françaises (art 1463. 2 CPC) et OHADA (art 12. 2 de l'AUA) retiennent 6 mois pour trancher un litige soumis à un arbitrage. Si le litige n'a pas pu être tranché dans ce délai, une prorogation peut être demandée.
[268] Art. 12. Al. 2 de l'AUA.

lui est imparti. Dans d'autres systèmes d'arbitrage[269], le tribunal arbitral est compétent pour la prorogation du délai d'arbitrage. L'article 37.c du règlement d'arbitrage de l'OMPI dispose à cet effet qu'«*il peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, proroger un délai fixé par le présent règlement, ou par lui-même, ou convenu entre les parties. En cas d'urgence, cette prorogation peut être accordée par le président du tribunal, agissant seul* ». Cette prérogative résulte de la confiance et des pouvoirs que les parties accordent au tribunal.

Au sein de l'arbitrage OHADA, les parties peuvent envisager de donner compétence au tribunal arbitral pour pouvoir juger de la prorogation ou non de l'instance arbitrale. Cette éventualité doit être mentionnée dans l'acte uniforme afin de garantir son application. A défaut, les parties en désaccord sur cette question peuvent recourir soit à un tiers qui peut être un arbitre extérieur à la procédure pendante, ou encore à la CCJA qui donnera un avis consultatif sur la question. L'avis rendu par la Cour ne lie pas le tribunal arbitral à condition que les parties n'aient pas exclu le recours en annulation dans la convention d'arbitrage. Si c'est le cas, elle s'impose au tribunal arbitral pour éviter d'exposer la sentence à un recours en annulation pour expiration des délais.

Dans ces conditions, la prorogation du délai d'arbitrage peut se substituer du recours au juge étatique. Les lois nationales peuvent alors noter l'abandon de la prorogation judiciaire du délai par une prorogation extrajudiciaire opérée par un tiers ou par le tribunal arbitral.

2. Les lois de police étatiques

Le corpus juridique des Etats se compose entre autre des lois de police étatiques. Le vocabulaire désignant ces lois est dense. Les expressions telles que lois d'application immédiates, lois d'application nécessaire, lois d'ordre public renvoient à

[269] Règlement d'arbitrage OMPI.

cette même notion de lois de police étatique. Ces dernières se définissent comme étant « *les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* »[270]. On peut donc dire que la définition de ces lois est tributaire du but qu'elles poursuivent[271] même si cette approche demeure contestée[272].

Face à elle, s'oppose une définition fonctionnelle qui s'emploie davantage à décrire le phénomène plutôt qu'à définir le contenu exact des lois qui y répondent. D'après cette définition fonctionnelle, dans le domaine de conflit de lois, « *les lois de police constituent une méthode dérogatoire au raisonnement conflictuel de type savignien, qui conduit le juge à appliquer une loi en fonction de sa volonté d'application aux situations qu'elle définit* »[273]. La loi de police « *est applicable même si l'ordre juridique auquel elle appartient n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'Etat qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situation présentant avec lui un certain rattachement* »[274] explique un auteur. « *On parle de lois de police pour désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit* »[275] renchérit-il.

En adoptant cette définition, s'y incluent, les règles d'ordre public. En effet, sans vouloir raviver la controverse relative à la distinction entre la loi de police de la règle d'ordre public, nous constatons que tout comme la loi de police, cette dernière est d'application impérative même dans les relations de droit privé. L'exemple sur la loi relative au contrôle de change en est l'illustration parfaite.

De fait, le contrat ayant pour objet, ou pour effet de contourner la règlementation impérative est considéré comme nul et le juge ainsi que l'arbitre sont tenus de l'application de cette disposition. La règle d'ordre public s'applique au

[270] Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit*. 1966, p.1.
[271] Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, p. 1.
[272] Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 6e éd., Dalloz, 1999, n° 130 et s., p. 128.
[273] Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit*., p. 2.
[274] B. AUDIT, *Droit international privé*, 2e éd., Economica, 1997, n° 112 et s., p. 97.
[275] B. AUDIT, *Droit international privé*, *op. cit*, p. 97.

contrat litigieux peu importe la loi qui lui est normalement applicable. Le but est visé est le respect de l'intérêt général, dans le cas d'espèce, le respect de la politique monétaire du pays. Ainsi, comme les lois de police, les règles d'ordre public visent à protéger les intérêts nationaux et particularistes d'une société donnée.

Même s'il évite au maximum[276], l'arbitre dans sa mission de juge, doit vider le contentieux en appliquant les règles de droit[277]. Le refus pour ce dernier de les appliquer peut conduire à un rejet de l'exequatur de la sentence arbitrale.

A l'instar des tous les autres pays, ceux constitutifs de l'espace OHADA disposent de règles d'application immédiates. Certaines d'entre elles recommandent l'implication de l'autorité judiciaire dans certaines opérations d'arbitrage comme le recours contre la sentence. La modification des normes nationales que nous prônons doit permettre aux législations desdits Etats de modifier ces outils législatifs afin de permettre à l'arbitrage de réaliser ses opérations loin du juge sans avoir la crainte que l'exécution de sa décision soit remise en cause pour défaut de respect de règles d'application immédiate ou encore règle d'ordre public sur l'implication du juge dans l'arbitrage. Car oui, l'arbitre est tenu de respecter ou du moins de prendre en compte dans le rendu de sa sentence, la portée les lois de police du siège de l'arbitrage mais aussi celles du lieu d'exécution de la sentence.

§2. L'abandon du contrôle ainsi que des recours contre la sentence par le juge

La sentence marque la fin de la procédure arbitrale et le dessaisissement de l'arbitre. En principe, la partie défaillante peut appliquer la décision immédiatement,

[276] M. POMMIER explique que « *les hésitations de l'arbitre à appliquer des lois de police proviennent de ce que cette application l'assimile à un juge étatique en sauvegardant les intérêts généraux d'un ordre juridique déterminé de préférence aux intérêts particuliers de ses mandants-contractants* ». « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *Clunet*, 1992, p. 5, spéc. n° 37, p.35.

[277] La notion d'arbitrage et sa nature juridique, v. H. MOTULSKY, « La nature juridique de l'arbitrage », in *Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 5 et s. ; Ch. JAROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.

ce qui est généralement le cas. Dans l'hypothèse où cette dernière refuse de la faire, la partie victorieuse peut rechercher l'exécution forcée auprès du juge. Cette opération passe un contrôle de la sentence par le juge qui devra par la suite, exequaturer la sentence. Par ailleurs, la décision d'*exequatur* ou son refus se classe dans les recours contre la sentence lesquels, sont pour certains, du ressort du juge. La dérèglementation des systèmes juridiques nationaux nécessite que les opérations de contrôle soient retirées des prérogatives du juge (A). Dans le même ordre d'idée, tous les recours adressé contre la sentence doivent échoir à un tiers. Le juge est alors dessaisi du recours contre la sentence (B).

A. Le contrôle de la sentence par un tiers

Le contrôle de la sentence est réalisé soit à l'occasion d'un recours en annulation, soit lors de la demande d'exequatur. Ces deux procédures qui se déroulent devant le juge étatique. En ce qui concerne le contrôle, il doit être effectué par un tiers. A cet égard, nous apprécierons le bien-fondé de cette mesure (1) pour ensuite aborder l'aspect pratique (2).

1. Le bien-fondé du contrôle

Historiquement, l'arbitrage aurait précédé la justice étatique. Elle se pratiquait alors sans contrôle mais cependant disposait du pouvoir d'autocensure pour pouvoir garantir l'efficacité des décisions. L'avènement de l'Etat et de ses organes a modifié la donne. Désormais c'est lui qui autorise et encadre par la loi l'exercice de toutes les activités y compris celles antérieures à sa venue. L'arbitrage n'y échappe pas, ordre public oblige. Portalis disait à ce sujet que « *le maintien de l'ordre public dans une*

société est la loi suprême »[278]. On peut penser que le contrôle de la sentence n'a pas vraiment sa place puisqu'il n'intervient pas systématiquement après le prononcé de la sentence. Il faut que cette dernière fasse l'objet d'un recours ou encore une demande d'exequatur pour se voir contrôler.

Un auteur affirme qu'en «*matière d'arbitrage, les recours contre la sentence traduisent une méfiance des parties contre elles-mêmes, supposant l'incompétence ou des négligences dans l'organisation de leur propre juridiction. De ce chef, le régime juridique des recours contre les décisions des tribunaux arbitraux présente tous les aspects d'une cote mal taillée* »[279]. En appui à cette affirmation, un autre auteur maintient que le contrôle inciterait l'arbitre à veiller davantage à l'acceptabilité de la sentence[280]. C'est fort de cela qu'un audit de la sentence participe à une meilleure administration de la justice et à la crédibilité de l'arbitrage. De fait, l'arbitre n'est pas infaillible. Il peut se tromper dans la décision qu'il rend. Un regard extérieur est donc la garantie d'une justice fiable et forte.

Le contrôle de la sentence apparaît doublement important puisqu'il permet d'éviter le rejet de l'exequatur de la sentence pour manquement à différentes obligations facteurs d'annulation.

Aussi important qu'apparaît le contrôle de la sentence, la personne devant assumer cette mission est encore plus importante. Non pas que le juge ne l'est pas, tout au contraire. Mais ne perdons pas de vue que le but est de le soustraire des opérations de l'arbitrage. Aussi, pensons-nous que ce contrôle peut être effectué soit par la CCJA ou encore par un arbitre tiers missionné par les parties afin de vérifier les différents aspects pouvant être contrôlés dans le cadre d'un recours en annulation par exemple. Le contrôle par un tiers présente un avantage certain surtout en cas d'arbitrage

---

[278] PORTALIS, cité par V.P. DEUMIER et T. REVET, « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris 2003, p. 111-1122.

[279] E. ZOLLER, « Observation sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », *Annuaire français de droit international*, Année 1978, Volume 24, numéro 24, p. 327, spéc.p. 327.

[280] M. JARROSSON, « L'acceptabilité de la sentence », *Rev. arb*. 2012-04-793 et s. spéc. 802. « *L'arbitre peut motiver sa sentence en ayant à l'esprit qu'il s'adresse par avance au juge, son censeur virtuel. Il cherche à lui présenter une sentence acceptable, en ayant déjà tout fait pour le dissuader de l'annuler ou de la reformer. Dans le langage des arbitres, cela s'appelle ''verrouiller'' la sentence''* »

d'investissement[281], c'est-à-dire un arbitrage opposant un Etat à une personne privée. La CCJA encore moins le tiers arbitre contrairement aux juges nationaux ne dépend d'aucun ordre juridique national. Ils peuvent donc officier sans pression aucune et ainsi rendre une décision impartiale.

2. La pratique du contrôle de la sentence par le tiers

Le contrôle de la sentence est organisé par le juge à l'occasion du recours en annulation, de la reconnaissance ou de l'*exequatur*. Le juge procède notamment au contrôle de la conformité à l'ordre public national. Nous estimons que cette tâche peut être exécutée par la CCJA ou encore par un arbitre extérieur à la procédure en cours. Dans l'hypothèse où se serait la CCJA qui se charge du contrôle, elle le fera sous le statut de mandataire. La Cour se penchera sur la question d'ordre public au regard du droit interne de l'Etat dans lequel la sentence produira ses effets ou encore la reconnaissance ou l'*exequatur* est demandé. Ainsi, la sentence déjà conforme à l'ordre public transnational auquel l'arbitre est tenu de respecter, ce dernier devra en plus, respecter l'ordre public du pays dans lequel elle a vocation à s'appliquer. C'est donc un véritable travail d'équilibre juridique auquel se livrera l'arbitre. Par ailleurs, cette solution contente les juges étatiques qui justifiaient leur intervention par le fait qu'une décision judiciaire étrangère ne peut pas trouver application dans un Etat sans que ce dernier ne vérifie sa conformité avec les règles indérogeables. Durant le contrôle par les juges, ces derniers n'apprécierons le respect de l'ordre public qu'au regard des lois étatiques du pays dans lequel la procédure est sollicitée.

Le tiers arbitre quant à lui agit comme la CCJA, sous mandat des parties. Il examine la sentence et se prononce sur les éléments relevant de son contrôle. Il est aussi amené à se prononcer sur la conformité ou non de la sentence à l'ordre public interne du pays dans lequel la procédure est sollicitée. Dans la pratique, cela ne pose pas de problème majeur à l'arbitre puisqu'il est appelé dans l'exercice de sa mission à

[281] Depuis la dernière réforme de l'acte uniforme sur l'arbitrage intervenue en 2017, l'arbitrage des investissements fait partie du domaine de compétence de l'AUA.

prendre en compte les règles indérogeables de l'Etat afin que sa décision ne fasse pas l'objet d'un recours en annulation faute de respect d'ordre public interne. Sa décision tout comme celle de la CCJA n'est susceptible d'aucun recours.

B. L'éviction du juge sur les recours contre la sentence arbitrale

Le juge n'est pas tenu de connaître les recours contre la sentence arbitrale. L'arbitrage CIRDI le précise expressément dans son règlement. C'est dire si le juge n'est pas indispensable aux recours (1) puisqu'ils peuvent être exécutés sans son apport (2).

1. Le caractère facultatif du juge dans les recours contre la sentence

L'acte uniforme sur l'arbitrage note deux types de recours possibles contre la sentence arbitrale : le recours ordinaire et les recours extraordinaires. Tandis que le recours ordinaire n'est constitué que d'une seule procédure[282], les recours extraordinaires sont eux composés de deux procédures[283]. Le recours ordinaire s'effectue devant le juge[284] et les recours extraordinaires devant l'arbitre ou le juge[285]. L'étude des voies de recours extraordinaires permet de relever la compétence de *prime abord* de l'arbitre pour connaître de ces procédures. Bien qu'il ne vérifie pas le fond et la forme de son office, il procède néanmoins à une seconde analyse de la sentence au du moins à un autre aspect du problème omis. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que le juge peut intervenir. Cela témoigne de la confiance mais aussi de la technicité dont

[282] Le recours en annulation.
[283] Le recours en révision et la tierce opposition.
[284] Art. 25. Al. 2 de l'AUA
[285] La tierce opposition est portée devant le juge de l'Etat partie qui eut été compétent à défaut d'arbitrage et le recours en révision devant le juge lorsque le tribunal arbitral est dans l'incapacité de se reconstituer à nouveau.

dispose l'arbitre vis-à-vis des juges. Aussi est-il injuste de remettre en cause ces compétences lorsqu'il s'agit du recours en annulation. L'arbitre serait-il devenu soudainement médiocre juge ? Impossible de raisonner ainsi.

En outre, il est paradoxal de conférer à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence[286], de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage… et par ailleurs lui dénier celui de vérifier dans le cadre d'un recours en annulation, les points figurant au motif d'annulation. De plus, il est démontré dans le paragraphe précédent, que le contrôle qui intervient à la suite d'un recours en annulation peut amplement être diligenté par un tiers.

Ainsi, la présence du juge n'est plus capitale lors des recours contre la sentence. Les nouvelles dispositions internes des Etats sur l'arbitrage doivent nécessairement radier des textes toutes références à un juge étatique pour connaitre d'un recours contre la sentence arbitrale.

2. Les recours exécutés par les tiers

Le fait que les recours contre la sentence ne soient plus exécutés par le juge ne signifie pas l'abolition de ces derniers. Loin s'en faut. Il s'agit juste d'éloigner le juge de ce que les parties ont bien voulu l'en soustraire. Ainsi, bien que certain recours peuvent être abandonné par les parties[287], ceux qui demeurent doivent être effectués par des tiers si le tribunal arbitral est dans l'incapacité de se réunir à nouveau.

Le tiers se substitue au juge étatique qui intervient dans la procédure arbitrale. Il agit dans le même cloisonnement que ce dernier et a interdiction de trancher le litige dans le fond sauf demande expresse des parties.

[286] Le principe de compétence-compétence qui est par ailleurs admis par plusieurs législations modernes sur l'arbitrage.
[287] L'article 25 al.3 de l'AUA permet aux parties de renoncer au recours en annulation sous réserve de non contrariété de l'ordre public international.

Le tiers peut être un arbitre ou encore la CCJA. Ils interviennent dans le strict respect du mandat qui leur est accordé par les parties. Ils ne peuvent outrepasser leurs prérogatives au risque de voir leur décision déférer devant le contentieux de la CCJA. Par ailleurs, seuls les motifs soulevés devant l'arbitre peuvent être évoqués devant le juge de l'annulation. Par exemple, l'incompétence du tribunal arbitral, le non-respect du principe de la contradiction alors qu'ils auraient pu être portés à l'appréciation de l'arbitre durant l'instance, ne pourront plus être des motifs d'annulation devant le juge. Le juge ou le tiers doit considérer qu'il s'agit là d'une renonciation aux irrégularités de la procédure[288].

Les nouvelles dispositions nationales doivent impérativement intégrer cette nouvelle approche afin que le juge ne dispose plus de portes légales d'entrée dans la procédure arbitrale.

L'immixtion du juge n'est pas tributaire qu'aux lois ou textes législatifs. D'autres instruments peuvent lui servir de porte d'entrée.

Section 2. Les instruments conventionnels

L'intrusion du juge dans la procédure arbitrale peut être le fait d'instruments conventionnels. Par instruments conventionnels, nous entendons tous supports juridiques, intentionnels, volontaires entre les parties visant un but, un objet précis. Tombent dans cette définition, les conventions internationales bilatérales et multilatérales sur la coopération judiciaire, la convention d'arbitrage qu'elle soit sous la forme d'une clause d'arbitrage ou d'un compromis. L'exclusion du juge commande donc que ces instruments soient assainis de toutes prescriptions ambiguës pouvant ramener cet acteur au sein de l'instance. Aussi traiterons-nous de la question des conventions internationales sur la coopération judiciaire (§1) et de la convention d'arbitrage (§2).

[288] Sur la notion, lire L. CADIET, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1996. P. 3.

§1. La problématique des conventions internationales sur la coopération judiciaire

De nombreuses conventions autant bilatérales que multilatérales[289] consacrent leur objet à la coopération judiciaire entre les parties prenantes. La plus emblématique en la matière est assurément celle de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence de par le nombre d'Etats signataires[290]. Quasiment tous les Etats de l'OHADA sont parties à cette convention. En vertu des obligations contractuelles, les dispositions de ladite convention lient les Etat. Se pose ainsi la question de la conformité de ces conventions en général et celle-ci en particulier. Les Etats de l'OHADA doivent-ils se retirer de cette dernière puisque les textes recommandent de recourir au juge (A) en dépit de la nouvelle posture qu'ils adoptent (les Etats) (B) ?

A. Le recours au juge pour la reconnaissance et l'*exequatur*

La sentence arbitrale est perçue par certains auteurs comme un corps étranger dont un examen minutieux est nécessaire avant que de l'intégrer dans l'ordonnancement juridique d'un Etat. Ce mécanisme est rendu possible par deux procédures distinctes : la reconnaissance et l'*exequatur*. Ces procédures sont accomplies par le *for* c'est-à-dire le juge comme l'atteste les articles de l'acte uniforme[291]. Ainsi, le juge est sollicité pour la reconnaissance (1) et pour l'*exequatur* (2).

[289] La convention de New-York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'*exequatur* des sentences arbitrales ; Le protocole de Genève du 24 septembre 1923 ; La convention de Genève du 26 janvier 1927.
[290] A ce jour, 148 Etats sont parties à cette convention.
[291] Articles 30 et 31 de l'acte uniforme.

1. Le juge et la reconnaissance de la sentence

Le lexique des termes juridiques nous apprend que la reconnaissance en droit international public, est un acte unilatéral et discrétionnaire par lequel un Etat prend position sur une situation ou un fait qui s'est produit en dehors de lui et dont il est disposé à tenir compte[292]. Dans le cas d'espèce, la procédure de reconnaissance consiste à marquer, prouver l'existence de la sentence en la présentant au juge qui en prend acte. Il s'agit donc d'une de prise de conscience par l'autorité judiciaire d'une décision judiciaire émanant d'un autre système juridique en l'occurrence, de l'arbitre en ce qui concerne l'arbitrage.

La procédure de reconnaissance est relativement simple. Il s'agit pour la partie qui la sollicite, d'apporter au juge, la copie originale de la décision arbitrale, la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité[293]. Difficile, sinon impossible de passer outre le juge pour la reconnaissance de la sentence. L'hypothèse serait celle d'ôter cette prérogative au juge. Le fait est qu'il s'agit pour l'Etat sollicité de prendre acte d'une décision judiciaire devant produire des effets juridiques sur son territoire. Or, en matière de droits et de libertés, seul le juge est compétent. Le *for* ne peut donc pas fermer les yeux sur cette procédure. Si l'éviction du juge de la procédure de reconnaissance est quasi impossible, peut-on la supprimer ? Là encore, nous nous heurtons à la philosophie du droit étranger qui veut que les décisions étrangères puissent être reconnues par le système juridique de l'Etat dans lequel elles ont vocation à produire des effets de droit. Il est alors non pas impossible mais non judicieux de supprimer la procédure de reconnaissance. Le juge reste le maître et l'ultime acteur de cette procédure à l'instar de l'*exequatur*.

[292] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 16ème éd.
[293] Article 31. Al. 2 de l'acte uniforme.

2. Le juge et l'*exequatur* de la sentence

L'*exequatur* est sujet à diverses définitions. Le professeur FOUCHARD pense que c'est ce « *qui fait entrer une sentence dans un ordre juridique quels que soient les effets que l'on prétend en tirer* »[294]. D'autres auteurs estiment que c'est la procédure visant à donner dans un territoire donné, force exécutoire à une décision arbitrale étrangère[295]. Nous notons de ces définitions que l'exequatur vise à revêtir la sentence de son caractère exécutoire[296] qui, est la phase préalable à l'exécution que Mr OUERFELLI caractérise comme étant « *une phase ultérieur (à l'exequatur) qui consiste à concrétiser le dispositif de la décision d'exequatur* »[297]. Si la reconnaissance et l'exécution dans l'espace régional peuvent ne pas créer de problème si elles sont facilitées par la CCJA, une complication est à craindre lorsque la sentence est étrangère à cet espace et qu'elle doit produire ses effets dans un ou plusieurs pays de la région. En effet, la sentence en quête d'*exequatur* sera déposée auprès des tribunaux nationaux étatiques pour qu'elles puissent y acquérir la force exécutoire. Quelle sera l'attitude du juge devant une telle sollicitation ? Devra-t-il refuser l'*exequatur* ou la reconnaissance au motif que les textes ne lui reconnaissent plus ces compétences ou l'interdiction ne frappe que les sentences issues de l'OHADA ?

Nous pensons que l'interdiction pour le juge de connaître la reconnaissance ou l'*exequatur* d'une sentence ne doit pas frapper les sentences étrangères, c'est-à-dire les sentences dont le siège n'est pas sur un des Etats membres de l'OHADA puisque l'accueil de la sentence arbitrale dans l'ordonnancement juridique d'un Etat ne peut se faire sans que celle-ci ne subisse l'examen du contrôle du respect de l'ordre public national. De fait, cette notion est au cœur même de l'arbitrage et agit aussi bien en

---

[294] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 981.

[295] Ph. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruyant, LGDJ, Schulthess, p. 841 ; F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2ème éd, 117 p.

[296] T. MOUSSA, «L'*exequatur* des sentences arbitrales internationales », *Gaz, Pal*, 14 avril 1992, p. 275.

[297] A. OUERFELLI, « L'exécution des sentences arbitrales étrangères dans les pays du Maghreb », *Revue tunisienne de l'arbitrage,* n°5, 2008, p. 133.

amont qu'en aval de l'arbitrage[298]. Une partie de la doctrine pense que la notion d'ordre public dans l'arbitrage international est en train d'être diluée car en réalité, il s'agit plus d'un ordre public transnational, c'est-à-dire un ensemble un ensemble de valeurs faisant l'objet d'un consensus dans la communauté internationale.

De ce fait, il n'est plus question de contrôler l'ordre public national puisqu'il existe une forme d'ordre public international. Un autre pan de la doctrine vient contrebalancer cette thèse en affirmant que cet ordre public ne s'impose qu'à l'arbitre[299]. On voit mal comment une sentence serait exécutée si elle va à l'encontre des exigences fondamentales, essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité… . Pour notre part, la reconnaissance et l'exequatur de la sentence ne visera que les sentences étrangères à l'espace OHADA. Dans cet ordre d'idées, les juges nationaux seront compétents pour connaître de ces procédures. Au demeurant, ces deux procédures apportent un peu plus de crédibilité à l'arbitrage dans la mesure où elles renforcent son aura à l'échelle internationale. Elles participent à la vitalité de cette institution en garantissant aux utilisateurs l'assurance d'une justice effective et reconnue par les autorités judiciaires des différents Etats signataires de la convention.

Les Etats de l'OHADA parties à cette convention ne doivent pas s'en départir au risque de porter atteinte à la crédibilité de leur système juridique. Notons qu'il existe un lien étroit entre l'investissement au travers les IDE[300] et la sécurité juridique d'un Etat. Les investisseurs choisissent les pays où l'environnement juridique est favorable et surtout sécurisé par des normes claires et transparentes. Le recours au juge est un fait inscrit dans le subconscient de tous investisseurs. Ils y voient une garantie d'exécution de la sentence puisque le l'arbitre est dépourvu de tout *imperium*. L'en soustraire laisse planer le doute d'une sentence qui ne pourra jamais être exécutée.

---

[298] *« L'ordre public intervient du début à la fin de l'arbitrage. Il est un obstacle à l'arbitrabilité du litige, au choix de la loi applicable. Il intervient pour apprécier la licéité de la convention d'arbitrage, la régularité de la procédure et pour contrôler la conformité de la sentence aux choix fondamentaux du for* ». S. B. YOUSSEF, « Le contrôle post-arbitral de la sentence internationale à l'épreuve de l'ordre public substantiel », *in Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2013, p. 209.

[299] L. CHEDLY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, éd CPU, 2002, p. 58.

[300] Investissement direct à l'étranger

Aussi, la question de l'existence de l'arbitrage pourra être débattue puisque ses décisions pourront ne pas être appliquées. Pour autant, ôter la main du juge du juge de l'arbitrage OHADA reste la problématique.

B. La posture de l'OHADA

Il est difficile de faire sortir les Etats de l'OHADA des traités internationaux sur la coopération des justices sans jeter l'opprobre sur l'arbitrage effectué dans cette partie du globe. Cependant, l'étude que nous menons doit s'efforcer à trouver des palliatifs à cette exclusion. Aussi proposons-nous des solutions (1) et leurs avantages (2).

1. La solution de la CCJA et autres

La CCJA est l'organe judiciaire de l'OHADA. Parallèlement, elle est également un centre d'arbitrage indépendant. Dans ses attributs de juridiction, il lui arrive de traiter des questions d'exécution forcée des sentences. Cette procédure auprès de la Cour est sujette à deux régimes juridiques : les règles du droit national auxquelles le règlement de procédure renvoie ou les règles particulières du règlement de procédure qui dérogent souvent aux dispositions droit interne des membres de l'OHADA. La seconde procédure peut s'appliquer à l'*exequatur* et la reconnaissance des sentences prises sous l'empire de l'acte uniforme. En effet, la CCJA peut se substituer aux juridictions étatiques en effectuant pour eux les procédures de reconnaissance et d'*exequatur*. Dans la pratique, cela s'effectuera par un dépôt de l'original de la sentence auprès du greffe de la Cour. Les juges contrôleront alors la conformité de la sentence aux différentes règles dont celle de l'ordre public transnational pour les celles internes à l'espace OHADA et le juge étatique pour les sentences étrangères.

En principe, l'arbitre dans sa décision, doit tenir compte de l'ordre public du pays dans lequel la décision sera appliquée. Cela évitera que la sentence ne fasse l'objet d'un recours en annulation pour défaut de conformité à l'ordre public national. Cependant, dans le cadre d'un différend opposant deux entités issus de l'espace régional, le juge contrôlera juste le respect de l'ordre public transnational.

Nous savons que la Cour ou du moins ses décisions sont juridiquement supérieures à celles des juridictions nationales. Déférer la sentence auprès de la CCJA permet de revêtir la sentence de la formule exécutoire dans les mêmes conditions qu'un tribunal étatique.

A côté de l'option de la CCJA, nous pouvons opter pour un *exequatur* régulé par les parties elles-mêmes. Les différents marchés et contrats qu'ils exécutent retiennent de plus en plus l'arbitrage comme mode de règlement de différends. Les Etats eux-mêmes par l'entremise des divers outils juridiques appellent ces opérateurs à se tourner vers l'arbitrage. Le principe est simple : les opérateurs économiques de l'espace OHADA forment une communauté, un réseau. Le but visé est la stigmatisation de l'entreprise condamnée durant un arbitrage et qui refuse d'exécuter la sentence après l'épuisement de toutes les voies de recours. La sanction peut aller jusqu'à l'exclusion de l'entreprise de toutes coopérations avec ses pairs.

S'il est admis que les sentences étrangères ne doivent pas être impactées par ces nouvelles règles quid des sentences OHADA ?

L'exécution forcée des sentences peut être effectuée sans recourir au *for*. Plusieurs systèmes juridiques utilisent cette méthode : C'est notamment le cas du CIRDI mais aussi du FIDIC.

Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) est une institution arbitrale créée le 18 mars 1965 par le biais de la convention de Washington. Par ailleurs, il fait partie du groupe de la Banque Mondiale[301]. C'est en partie cette posture qui incite les Etats à honorer leur

[301] La Banque Mondiale se compose de cinq institutions : la banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'association internationale de développement (IDA), la

engagement en exécutant la sentence prononcée par l'institution[302]. Mais intéressons-nous au fonctionnement, à l'effectivité de ses décisions : les décisions du CIRDI ne font pas l'objet d'un contrôle par les autorités judiciaires des Etats dans lesquels les décisions doivent être appliquées[303]. En ratifiant la convention du CIRDI, les Etats acceptent de retirer toutes compétences à leurs magistrats pour tous litiges relevant de cette convention. Par cette adhésion, les Etats reconnaissent à la sentence arbitrale du CIRDI, le caractère légal et obligatoire de la décision au même titre que celles délivrées par leurs tribunaux respectifs[304]. « *Elles échappent ainsi aux contraintes des procédures d'exequatur et des voies de recours disponibles à leur encontre* »[305] note M. POULAIN.

Le système OHADA pourrait calquer cette forme de soustraction des sentences arbitrales aux magistrats en disposant dans l'acte uniforme que toutes les sentences rendues sous l'empire de cette loi sont d'application obligatoire sans nécessité d'*exequatur* par le juge de l'Etat hôte de la sentence. En revanche, seule la reconnaissance est maintenue mais dans le strict respect de la loi, c'est-à-dire un simple contrôle de l'authenticité de l'acte (la sentence).

Une autre forme d'exclusion du magistrat à l'*exequatur* de la sentence peut être trouvée au travers les *dispute boards* de la FIDIC. Ceux-ci découlent du milieu professionnel, précisément de la Fédération international des ingénieurs conseils. En 1987, face à la recrudescence des contentieux dans les grands travaux, cette corporation a opté pour l'élaboration d'une clause[306] qui permet de régler les litiges au

---

société financière internationale (IFC), l'agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et le CIRDI.

[302] B. POULAIN, « L'arbitrage transnational et le droit français des immunités de l'Etat étranger », *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), Pedone, 2015, pdf, p. 1.

[303] L'absence de contrôle tient du fait de l'article 52 de la convention CIRDI qui autorise l'institution à organiser elle-même ses propres contrôles sur ses sentences.

[304] Les dispositions de l'article 54 prévoient que « *chaque Etat contractant reconnait toute sentence rendue dans le cadre de la présente convention et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat…* ».

[305] B. POULAIN, op. cit, p. 3.

[306] La clause 67 des conditions FIDIC pour les marchés de génie civil.

sein de la corporation[307]. Comment fonctionne-t-elle ? La clause 67 organise une action en deux temps. Premièrement, la soumission du litige à l'ingénieur qui agit comme un pré-arbitre et délivre une décision obligatoire mais de nature contractuelle. Deuxièmement, si le désaccord persiste, il y a saisine du tribunal arbitral sur la base de la clause compromissoire signée dans le contrat[308].

Cependant, le défaut d'indépendance de l'ingénieur vis-à-vis du maître d'ouvrage à discrédité cette approche. Raison pour laquelle, en 1995, les *Dispute Adjudication Board* (DAB) sont créés. Le principe reste le même : le règlement des litiges en interne par la prise de décision obligatoire de nature contractuelle. Ces dernières ne sont nullement déférées devant l'autorité judiciaire pour un *exequatur*. Ce modèle a par ailleurs inspiré la CCI qui a plus tard élaboré le *règlement relatif aux dispute boards*.

Il s'agit pour cette institution d'arbitrage, de « *l'établissement et le fonctionnement d'organe permanent connu mis en place au début d'un contrat afin de favoriser son exécution harmonieuse* »[309] écrit madame SOSSA. Dans le cas de l'arbitrage relevant de l'acte uniforme cette approche paraît difficilement tenable tant elle est plus adaptée à l'arbitrage institutionnel. Le caractère soudain de l'arbitrage *ad-hoc* rend quelque peu difficile la réalisation de cette solution.

Toutefois, un aménagement peut être trouvé : il s'agit de nommer en même temps que le tribunal arbitral, un comité parallèle chargé de prévenir et de traiter toutes les difficultés qui surviendront au cours du règlement du litige faisant l'objet de l'instance en cours. Cette hypothèse est compatible avec le caractère spontané de l'arbitrage *ad-hoc* et est facilement réalisable même s'il engendre un supplément de coût pour les parties. En revenant sur l'*exequatur*, les décisions prises dans ce cadre, du fait qu'elles soient de nature contractuelle c'est-à-dire conjointement acceptées par

[307] Pour une étude d'ensemble des règles FIDIC, v, G. LEFEBVRE et J. d'HOLLANDER, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie », *Revue juridique Thémis*, vol. 31, 1999, p. 209.

[308] Il faut dire que la plus part de contrats du BTP introduisent systématiquement une clause compromissoire écartant de *facto* les tribunaux arbitraux en cas de litige.

[309] C. D. SOSSA, « Droit de l'arbitrage OHADA », Formation des arbitres inscrits à la CCJA et dans les centre d'arbitrage nationaux, ERSUMA, session du 04 au 08 octobre 2010.

les parties, ne peuvent plus faire l'objet d'une procédure devant le juge pour *exequatur*.

La procédure paraît visiblement simple pour les entreprises mais semble difficilement réalisable lorsqu'il s'agit d'un différend opposant un Etat à une entreprise. De fait, on voit mal toutes les entreprises plier bagages et se retirer du pays pour non-respect de l'Etat à une sentence arbitrale.

2. Les avantages de la solution CCJA et des autres

Faire de la CCJA l'organe de reconnaissance et d'*exequatur* des sentences n'est pas une mauvaise idée. Cependant, plusieurs détails restent à organiser.

L'article 46 alinéa 1 du règlement d'arbitrage CCJA dispose que « *la formule exécutoire est apposée sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationales que le gouvernement de chacun des Etats parties désignera à cet effets et dont il donnera connaissance à la Cour* ». Une fois de plus, le juge est sollicité pour que la décision puisse entrer dans l'ordonnancement juridique du pays. Nombreux sont les pays à avoir désignés cette juridiction[310].

Toutefois, cette dernière n'est amenée qu'à contrôler l'authenticité de la décision et rien d'autre. Nous pensons que cette tâche peut être accomplie par le juge de la CCJA puisqu'il ne s'agit que d'un simple contrôle de l'authenticité de la décision. Il faudra alors modifier cette disposition afin de supprimer le recours au juge. Les parties pourront alors déposer leurs sentences auprès de la Cour pour une reconnaissance et un *exequatur* sans plus passer par le juge national.

Les autres solutions préconisées sont parfaitement adaptables au droit commun de l'arbitrage OHADA. Elles permettent de mettre à l'écart le juge étatique tout en gardant le niveau de sécurité juridique de l'institution intact.

[310] Burkina-Faso décret 2003-528 du 10 octobre 2003 portant désignation de l'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA.

§2. La convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage peut se définir comme « *une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* »[311]. De manière générale, c'est le contrat par lequel deux ou plusieurs parties décident de faire trancher par un ou plusieurs juges privés les litiges nés ou à venir entre elles. L'acte uniforme ne donne pas de définition légale à la convention d'arbitrage.

Toutefois, en reconnaissant qu'elle peut revêtir deux formes différentes : la clause d'compromissoire et le compromis, il s'emploie à définir ces deux formes de la convention d'arbitrage. Selon le texte régional, s'entend par clause compromissoire « *la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage, les litiges pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel* »[312].

Le compromis quant à lui est « *la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par la voie de l'arbitrage* »[313]. Nous remarquons que la distinction fondamentale entre ces deux notions réside au niveau de la survenance du litige. Pour être qualifiée de clause compromissoire, le litige ne doit pas être présent. Il reste envisageable. En revanche, le compromis sous-entend que le contentieux est né et présent.

L'acte uniforme n'impose aucune exigence de forme s'agissant de la validité de la convention d'arbitrage. Il dispose que la « *convention doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant* »[314]. La CCJA admet que la convention arbitrale puisse être verbale. En prenant ce chemin, la CCJA met l'absence d'écrit sur le terrain de la preuve. En d'autres termes, la convention écrite ne sert qu'à prouver le

[311] Article 7 de la loi-type CNUDCI.
[312] Article 3-1 de l'AUA.
[313] Article 3-1 *op. cit.*
[314] Article 3-1 alinéa 4 de l'AUA.

consentement des parties à participer à l'arbitrage et non pas à statuer sur la validité de la convention[315]. La validité de cette dernière ne repose que sur le consentement des parties. Le défaut de cette volonté conduit à l'invalidité de la convention[316] de même que le silence observé par l'une des parties[317].

La convention d'arbitrage est autonome du contrat principal[318]. Cela induit qu'en cas d'annulation du contrat principal, la clause compromissoire reste néanmoins valide[319]. La jurisprudence fut la première à tracer cette voie en rendant un arrêt historique[320] en la matière. En effet, la pratique avait toujours consisté à rattacher fonctionnellement la clause compromissoire au contrat principal. Dans cet arrêt, la cassation a estimé qu' « *en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours sauf circonstances exceptionnelles […], une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* »[321].

La convention d'arbitrage est le siège de la volonté des parties. C'est elle qui guide l'arbitre dans la résolution du litige soumis à sa personne. Il peut donc arriver que pour une raison ou une autre que les parties, en toute souveraineté décident de faire intervenir le juge pour l'accomplissement d'un acte, d'une procédure… . Par ailleurs, le juge peut également s'inviter sans permission des protagonistes lorsque leurs volontés ne sont pas clairement exprimées dans la convention d'arbitrage. Aussi, la déjudiciarisation que nous menons nous commande à interdire aux parties le recours aux juge (A) mais également à rendre plus claires et explicites les conventions d'arbitrage (B).

---

[315] CCJA, arrêt n° 039/2014, 17 avr. 2014.
[316] CA centre, arrêt n° 381/civ., 30 sept. 2009 : ohadata J-10-133.
[317] CCJA, arrêt n° 039/2014, 17 avr. 2014.
[318] Article 4 alinéa 1 de l'AUA.
[319] Pour une étude sur le sens et les conséquences de convention d'arbitrage, voir J.-P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *Travaux Com. Fr. DIP* 1991-1992, p. 75 ; A. DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », *Rev. arb.* 1998, p. 305 ; P. MAYER, « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359.
[320] Civ, 1re, 7 mai 1963, *Gosset, JCP* 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN.
[321] Arrêt *Gosset*, *Op. Cit.*

A. La défense aux parties de recourir au juge

Les parties peuvent faire le choix de confier certaines tâches de l'arbitrage à un juge étatique. Ces prescriptions sont inscrites dans la clause compromissoire ou le compromis qui sert de boussole à l'arbitre. Dès lors, l'arbitre est tenu de respecter la volonté des protagonistes en s'effaçant, le temps pour le juge d'accomplir l'action sollicitée par les parties. Cette pratique paraît évidemment paradoxale au concept d'arbitrage. L'interdiction aux parties de faire appel au juge recadre la lettre à l'esprit de l'arbitrage (1) et participe au prolongement du souhait initial des protagonistes (2).

1. Le recadrage du texte à l'esprit de la notion

L'arbitrage est une notion lointaine. Les fondements de celle-ci reposent sur l'idée d'une justice alternative, c'est-à-dire une voie autre que celle proposée généralement. Une justice alternative avec son juge privé qui rend des décisions de justice au même titre que le juge public. L'arbitrage moderne s'est bonifié avec des pratiques, des procédures et même des prérogatives nouvelles pour les arbitres. A l'opposé, nous remarquons un détachement à l'idéologie principale : l'exclusion du juge public. Pourtant, en signant la clause d'arbitrage, les litigants font le choix de tenir à l'écart de leur contentieux, le *for* étatique[322].

La doctrine abonde dans le même sens que la jurisprudence puisque l'idée selon laquelle « *par la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties s'obligent à soumettre leurs litiges à l'exclusion de tout autre mode de règlement de leurs différends contractuels* »[323] est unanime. M. TCHAKOUA rappelle d'ailleurs que « *le but poursuivie par les parties à la convention d'arbitrage est que le différend qui les oppose ou pourrait les opposer soit réglé par le ou les arbitres* »[324]. Toutefois, faute

[322] Cass. civ. 1ère arrêt n° 71, 6 jan. 2011, n° 09-10-198.
[323] B. BAYO BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », *penant*, n° 876, juil-sept. 2011, p. 365.
[324] J.-M. TCHAKOUA, « Convention d'arbitrage », in P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Paris, 2011, p. 576.

de certains pouvoirs[325] ou simplement par la volonté des parties[326], le juge est invité à s'immiscer dans l'instance arbitrale, dénaturant par ce fait la notion.

Le refus de donner la permission aux parties de recourir au juge ne doit pas être perçu comme une atteinte au droit des litigants. Tout au contraire, il vise simplement à joindre, réunifier le lettre à l'esprit de la notion. Il est mal perçu de dire que l'arbitrage est une procédure impliquant un juge privé doté de pouvoirs et paradoxalement permettre aux parties de faire appel au juge public pour une quelconque raison. Aussi, une interdiction doit être donnée à la clause compromissoire de pouvoir stipuler l'intervention du juge dans la procédure arbitrale. S'engager à régler son litige par voie d'arbitrage sous-entend que l'on refuse toute intrusion du juge étatique.

2. La rigidité de l'effet positif de la convention d'arbitrage

En souscrivant à l'arbitrage, les parties manifestent le désir de soustraire leur litige au juge étatique. L'interdiction à la convention d'arbitrage de pouvoir stipuler une immixtion du juge participe à la continuité de la volonté des parties à éviter que le juge vienne à connaître du litige dont ils ont choisi délibérément de l'en soustraire. Au demeurant, elle durcit l'effet positif de la convention d'arbitrage. De fait, sans ambigüité et pour certaines raisons, les protagonistes se sont mis d'accord d'éviter la justice étatique. Ils ont opté pour une justice privée qui offre les mêmes services sous les mêmes garanties que la justice publique.

La signature de la convention d'arbitrage a pour conséquence, l'obligation pour les litigants de saisir un tribunal arbitral pour le règlement du litige né ou avenir et une interdiction pour ces derniers de se tourner vers le juge étatique. On parle alors de l'effet positif de la convention dans le premier cas et d'effet négatif de la convention dans le second cas. Ces deux notions sont largement adoptées par les législations

[325] *Imperium.*
[326] La volonté des parties de confier l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires au juge.

contemporaines sur l'arbitrage[327]. L'effet positif, puisque c'est celui qui nous intéresse, permet un transfert de compétence du tribunal étatique vers le tribunal arbitral pour la résolution du litige. Cependant, la résolution du litige s'inscrit dans un processus qui comprend plusieurs étapes et procédures qui ne sont pas toutes prises en compte par le principe de l'effet positif de la convention. Nous pensons que l'effet positif dans englober toutes les procédures que peuvent solliciter les parties. Le fait pour le juge de pouvoir intervenir dans une procédure arbitrale même s'il ne tranche pas le litige, constitue une limite au principe de l'effet positif de la convention et une violation à celui de l'effet négatif de cette dernière.

Nous trouvons paradoxale que des parties qui souhaitent exclure le juge de leur différend, puissent à nouveau l'y inviter. Cela ressemble à un galvaudage de la notion d'arbitrage. L'interdiction pour la convention d'arbitrage de recourir au magistrat est donc perçue comme un prolongement de la volonté des parties à exclure le juge étatique de leur procédure. A ce titre, nous militons pour une fermeté de l'effet positif de la convention d'arbitrage à l'exception des procédures visant des voies d'exécution[328] et des injonctions aux tiers[329].

B. La limpidité de la convention d'arbitrage

Qu'il s'agisse de la clause compromissoire ou du compromis, leurs rédactions ne doivent pas être incomplètes ou pas assez explicites quant à la traduction de la volonté des parties. Ce sont ces imperfections qui obligent le juge à intervenir afin de sortir la procédure de l'impasse dans laquelle l'a plongée le texte.

---

[327] Article 1448 du code de procédure civile français ; article 1506. 1° de l'arbitrage international français ; article II de la convention de New-York de 1958 ; article VI de la convention de Genève de 1961 ; article 7 *LDIP* Suisse ; article 52 code tunisien de l'arbitrage de 1993.

[328] L'arbitre ne rend pas la justice au nom d'un Etat. En conséquence, il ne dispose pas des mêmes pouvoirs que ce dernier. Voir sur cette question, Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », *in Etudes offertes à Bellet*, Litec, 1991, p. 245.

[329] Sauf en cas d'extension de la convention d'arbitrage à ces tiers.

Aussi, les conventions d'arbitrage ou peu importe le nom qu'on leur donne, doivent être exemptes de toutes imperfections (1) justifiant le recours au juge. Pour ce faire, il existe des outils sur lesquels les rédacteurs peuvent s'en inspirer pour parfaire la convention (2).

1. L'épuration des imperfections dans la convention d'arbitrage

La rédaction de la convention d'arbitrage de par les conséquences qu'elle produit, est d'une importance primordiale. Elle doit pouvoir fidèlement exprimer la volonté des parties quant à la mission et les pouvoirs qu'elles confient à l'arbitre. Selon la forme qu'elle adopte, la convention d'arbitrage présente des difficultés dans sa rédaction.

En effet, il est bien plus complexe de rédiger une clause compromissoire qu'un compromis. La raison principale de cette difficulté réside sur le fait que s'agissant de la clause compromissoire, le litige n'est pas encore né. Il s'agit donc pour les rédacteurs, d'un réel exercice de prévision de tous les éléments qui entourent la procédure. Il est donc certains que des points risquent soit d'être omis, soit d'être partiellement traités[330]. A *contrario*, le compromis est bien plus aisé à rédiger puisque le litige est né. Le rédacteur pourra bien cibler les différentes procédures, situations et pouvoirs que les parties souhaitent confier à l'arbitre. Il s'exprimera en des termes clairs et précis.

La précision et la clarté souhaitées permettent d'épurer certaines imperfections comme les clauses pathologiques qui entrainent généralement l'intervention du juge. Une clause est dite pathologique lorsqu'elle fait obstacle au bon déroulement de la procédure. C'est dire si les possibilités sont nombreuses. Nous pouvons citer en exemple une clause pas assez claires quant au recours ou non à l'arbitrage en cas de

[330] Voir. F. EISEMANN, « La clause d'arbitrage pathologique », in *Etudes Minoli*, p. 129 ; H. SCALBERT et L. MARVILLE, « Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev. arb.* 1988, p. 117.

litige ; une clause se référant alternativement, à la justice arbitrale et à la justice étatique ; clause faisant référence à la fois à un arbitrage ad-hoc et à un arbitrage institutionnel ; clause qui établit les modalités de désignation des arbitres qui, dans les faits est impraticables… Elles permettent également d'écarter la clause dite « blanche ». Cette dernière renvoie à une clause qui n'exprime rien à l'exception de la volonté des parties à recourir à l'arbitrage.

Ainsi, toutes les questions relatives à la désignation des arbitres, le siège du tribunal arbitral, le droit applicable… sont éludées. Dans cette configuration, même si le juge est enclin à les sauver[331] il est quasiment impossible de voir l'arbitrage aboutir.

2. Les outils visant une meilleure rédaction de la convention d'arbitrage

Véritable talon d'Achille de l'arbitrage, la convention d'arbitrage ou quelle que soit la dénomination qu'on lui donne, doit impérativement exprimer dans un français clair et précis la volonté des parties. Bien qu'étant difficile à élaborer du fait de l'imprévisibilité et les spécificités du contentieux, la clause d'arbitrage doit pour le moins s'efforcer à être explicite. Pour ce faire, plusieurs institutions et organisations proposes des modèles de clause compromissoire. Ce sont des textes rédigés par des professionnels qui, pour la plus part sont spécialistes de la matière. De par leurs expériences, ils peuvent anticiper certaines situations et repousser au maximum l'intrusion du juge. En effet, les clauses compromissoires proposées par ces experts sont exempts de clauses pathologiques ou encore de clauses « blanches ».

Dans l'espace OHADA, dans le cadre d'un arbitrage ad-hoc, les rédacteurs de la clause compromissoire peuvent s'inspirer du règlement d'arbitrage CCJA. Il ne s'agit

[331] Les juges français s'efforcent à donner effets aux clauses blanches au regard de l'abondance de la jurisprudence : Civ. 1re, 20 févr. 2007, *JCP G* 2007, I 168, p. 21, obs. J. BEGUIN ; *Rev. arb*. 2007, p. 775, note F.-X. TRAIN : n'est pas manifestement inapplicable la clause d'arbitrage dont les termes quelques peu contradictoires, désignent de façon impérative deux institutions arbitrales ; cette clause doit simplement faire l'objet d'une interprétation, mais ne remet pas en cause la volonté des parties de recourir à l'arbitrage.

pas pour eux de faire un copié-collé de l'ensemble des dispositions de l'institution mais au moins un tri des dispositions favorable à leur égard. Hormis cet organisme sous régional, les rédacteurs peuvent également s'inspirer des modèles de clause compromissoire de la CCI de Paris, du CIRDI ou encore des nombreux centres d'arbitrage à travers la planète.

Les parties ne doivent néanmoins pas perdre le but de manœuvre : présenter une convention d'arbitrage claire et applicable dans l'optique d'éloigner un peu plus le juge des débats autour de l'arbitrage.

Conclusion du chapitre II

La déjudiciarisation de l'arbitrage passe par une extraction dans les dispositions nationales des références au juge. Elle nécessite une modification des corpus législatifs des Etats membres de l'OHADA. De plus, elle recommande une nouvelle approche des Etats vis-à-vis des conventions internationales sur la coopération judiciaire en matière d'arbitrage.

Par ailleurs, l'expulsion du juge nécessite que puisse être organisé un nouveau système d'exécution forcée des sentences. Dans la même veine, l'exequatur est remplacé par des modes juridiques en dehors du judiciaire.

En outre, le processus engagé requiert de la part des parties, une extrême vigilance lors de la rédaction de la convention d'arbitrage puisqu'elle est la base de l'arbitrage et sert de boussole à l'arbitre dans l'exercice de sa mission.

Conclusion du Titre I

Le droit commun de l'arbitrage OHADA repose sur l'acte uniforme relatif en la matière que complètent des lois nationales. A côté de ces outils juridiques coexistent des dispositifs conventionnels. L'ensemble de ces règles expriment des divers angles, les cas dans lesquels le juge peut être amené à intervenir lors d'une procédure arbitrale. La révision de l'acte uniforme dans l'optique d'une déjudiciarisation de l'arbitrage s'avère inéluctable entraine comme conséquences une modification des corpus nationaux et conventionnels.

Désormais, le juge perd toutes prérogatives en matière de constitution ou reconstitution du tribunal arbitral ; d'administration de mesures provisoires ou conservatoires à l'exception des suretés judiciaires et des injonctions aux tiers. Il se voit exclu de tout le contentieux sur la sentence de même que le contrôle de cette dernière à l'exception des sentences étrangères. La nouvelle mouture de l'acte uniforme doit insister sur une construction et reconstruction extrajudiciaire du tribunal arbitral ; redéfinir et élargir les prérogatives de l'arbitre de l'urgence qui remplacera le juge de l'urgence. Dans le même élan, il doit reconnaître le statut du tiers vérificateur et de l'élargissement des compétences de la CCJA. Enfin, les textes modifiés doivent adopter un nouveau régime des voies de recours contre la sentence en laissant l'arbitre ou un tiers connaitre de la procédure et aussi celui sur l'*exequatur* des décisions de l'arbitre en promouvant un *exequatur* extrajudiciaire.

Par ailleurs, une approche des accords internationaux sur la coopération judiciaire est impératif pour une parfaite conjugaison des efforts pour l'exclusion du juge. Dans la poursuite de ces efforts, une parfaite maitrise des techniques de rédaction des conventions d'arbitrage est primordiale pour définitivement clore tout accès à l'officier public de justice.

Titre II. La déjudirictionnalisation de l'espace OHADA.

« L'efficacité de l'arbitrage international dépend de son internationalisation, qui implique notamment l'affranchissement de l'instance arbitrale face aux particularismes juridiques locaux »[332]

[332] F. BACHAND, « Les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux », 3ème congrès *l'AHJUCAF*, « Internationalisation du droit, internationalisation de la justice », 21-13 juin 2010, Cour suprême du Canada, Ottawa. p. 59.

Le processus de déjudiciarisation entraine un autre phénomène : celui de déjuridictionnalisation. Ce dernier se caractérise par une régression du judiciaire si non sa disparition totale du champ de l'arbitrage et se matérialise par un transfert des tâches du juge vers une autre entité extrajudiciaire[333].

L'acte uniforme ainsi que les lois nationales complétant la matière de l'arbitrage dans cette région reconnaissent et autorisent le recours aux juridictions étatiques lors d'un litige faisant l'objet d'une clause compromissoire. Cependant, la déjuridictionnalisation telle que nous l'avons définie dans notre introduction et conformément à l'angle d'étude dans vers lequel est orienté notre analyse, sous-entend le dessaisissement des organes judiciaires (**chapitre** 1). Ces derniers composés de tribunaux et Cours doivent ne plus connaitre d'affaires liées à l'arbitrage atterrir dans leurs circonscriptions respectives.

Ne plus voir les litiges faisant l'objet d'une clause compromissoire être déférés est une belle vision de l'esprit qui dans la pratique, s'annonce assez complexe. En effet, la mise en œuvre de la déjuridictionnalisation se révèle difficile (**chapitre** 2).

[333] F. NERVE, *Essai sur la déjudiciarisation en droit civil, Thèse de droit*, Université de Limoges, 2013, p. 57. Dans son raisonnement, il explique que la déjuridictionnalisation en droit civil consiste au transfert des tâches du juge vers le greffier. Dans notre hypothèse, elle viserait un transfert des tâches du juge non pas vers le greffier mais vers un corps extrajudiciaire.

Chapitre I. Le dessaisissement des organes judiciaires étatiques

« *La disparité intrinsèque des droits nationaux de l'arbitrage, matière à la croisée de différentes cultures juridiques, constituerait alors un frein à l'émergence d'un mécanisme de règlement des conflits véritablement universel* »[334]

[334] C. OLLAT, L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique étatique : étude comparée des droits français, américain et suisse, mémoire master 2, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2016, p. 12.

Pour échapper aux règles étatiques, la société a préféré contractualiser les rapports entre les individus. « *Dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis* »[335] avance un auteur. En effet, la doctrine fait le même constat lorsqu'elle affirme à juste titre qu' « *à la décision unilatérale, inscrite dans une relation verticale, est alors préférée la norme contractuelle négociée dans une relation horizontale* »[336].

Le contrat est considéré comme un instrument « *flexible, égalitaire, émancipateur, par opposition aux pesanteurs des Etats et aux tares de la loi réputée rigide, unilatérale et asservissante* »[337]. Ce choix symbolise donc le recul du système pyramidal au profit d'un système de réseau.

C'est mu par la volonté de se soustraire aux règles étatiques dans la résolution de leur différend que les parties rédigent une convention d'arbitrage. Cette dernière permet l'éviction du juge par le biais de l'effet positif de la convention. Malheureusement, ce principe connait des limites qui permettent au juge de s'immiscer à nouveau dans l'instance.

De fait, la loi donne compétence au juge sous certaines conditions d'intervenir dans une procédure arbitrale. Cette possibilité qui, par ailleurs paraît paradoxale est tributaire de la forte imbrication de l'arbitrage dans la culture juridique[338]. Par exemple, en France, le juge d'appui est compétent dès lors que la convention d'arbitrage, le siège du tribunal arbitral, se situent en France[339] comme l'affirme la jurisprudence dudit pays[340]. Cette compétence repose sur deux critères : matériel et territorial. Il en est de même dans l'espace OHADA. Aussi nous emploierons-nous à relever l'incompétence matérielle et territoriale des organes judicaires (**section** 1) tout en soulignant les conséquences de la mesure (**section** 2).

---

[335] A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », in « *Qu'est-ce que l'humain* ? », Odile Jacob, 2000, Tome 2, p. 156.

[336] S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Le système français à l'ère de la contractualisation », in « *La contractualisation de la production normative* », Paris, Dalloz, 2008, p. 3.

[337] A. SUPIOT, « *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit* », Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, p. 142.

[338] J.-C. FERNANDEZ ROZAS, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCDAI* 2001, p. 290.

[339] D. HASCHER, « Arbitrage du commerce international », *Rép. Internat. Dalloz*, n° 94. S'agissant des critères de compétence internationale du juge en droit comparé, v. J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 137, p. 107.

[340] TGI Paris, (Ord. réf.), 10 avril 1990, *Rev. arb*. 1994, p. 545 (1re esp.), obs. Ph. FOUCHARD ; TGI Paris, (Ord. réf.), 13 juillet 1999, *Rev. arb*. 1999, p. 625, obs. D. Bureau.

Section 1. L'incompétence matérielle et territoriale des organes judiciaires

Pour maintenir l'ordre, la stabilité et garantir le vivre en société, les Etats assurent le fonctionnement de la justice. C'est d'ailleurs l'une de leurs missions régaliennes[341]. La justice est rendue au nom de l'Etat par les tribunaux et les Cours qui constituent le système judiciaire desdits Etats.

Les règles d'attribution de compétence répartissent les litiges entre les différents ordres, degrés et natures de juridiction[342]. Ainsi, selon des critères spécifiques à une matière donnée, un tribunal ou une Cour peut se voir attribuer la compétence d'un litige. Dans le cas de l'arbitrage, on note deux critères opérant qu'il faut abandonner. Nous développerons alors dans un premier temps l'abandon du critère matériel (§1) puis en second lieu celui relatif au territoire (§2).

§1. L'abandon du critère matériel

Le critère matériel communément appelé *ratione materiae* qualifie l'attitude d'une juridiction de connaître un litige en fonction de sa nature. Par exemple, la juridiction pénale est compétente pour connaître des contraventions, des délits et des crimes qui, sont des infractions.

Dans le cadre de l'arbitrage OHADA, l'acte uniforme déclare que le juge d'appui à la constitution du tribunal arbitral est le « *juge compétent dans l'Etat partie* »[343] sans le nommer. Par juge compétent de l'Etat partie, il faut entendre, le juge du siège du l'arbitrage. Cette solution est partiellement retenue par le droit français puisqu'il donne la latitude aux parties de choisir un juge autre que celui du siège du tribunal arbitral[344]. En raison des spécificités juridico-judiciaires, la désignation de la juridiction compétente est laissée aux Etats eux-mêmes. Il faut dire que les Etats ne travaillent pas à la même cadence. Cette différence de fréquence de travail conduit au fait que certains Etats nomment explicitement le juge compétent, c'est le cas du

[341] J. CHEVALLIER, « La police est-elle encore une activité régalienne ? », *Archives de politique criminelle*, n° 33, 2011, p. 13-27.
[342] Article L. 311-1., L. 411-1 et s., R. 211-1 et s du COJ ; Article L. 411-4 du Code de commerce ; Article L. 511-1 du Code du trav ; Article L. 211-1., L. 211-2 et L. 311-2 et s du CJA français.
[343] Article 6 alinéa 3 de l'AUA.
[344] Th. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. arb*. 2011, p. 331, spéc. n° 21 et s.

Sénégal[345], de la Côte d'Ivoire[346], du Tchad[347], tandis que d'autres, à l'exemple du Cameroun[348], du Togo[349] ou encore du Congo[350] le font de manière implicite.

Entre temps, une proposition visant à confier l'appui de l'arbitrage à un seul juge expérimenté séduit la doctrine. Elle propose que ce soit le président du Tribunal de grande instance de la plus importante ville du pays[351]. Le choix de ce dernier se justifie par le manque d'expérience des autres magistrats dans la collaboration avec la justice arbitrale. D'autres pays à l'instar de la France ont adopté cette solution[352] que le législateur a pris le soin d'inscrire dans la loi[353]. Dans tous les cas, nous sommes en présence d'une compétence matérielle. A ce titre, il convient d'exclure la matière arbitrale de la compétence du juge (A) puis, d'en mesurer la portée (B).

A. L'exclusion de la matière arbitrale du champ du juge

La juridictionnalisation, c'est-à-dire le fait de porter à la compétence du juge une situation peut s'effectue en droit de l'arbitrage par le critère *ratione materiae*. Toutes les législations qui admettent l'intrusion du juge dans la procédure arbitrale basent cette intervention sur un élément matériel qui est la matière arbitrale. Le législateur OHADA du fait que son droit n'appartient à aucun ordre juridique national, demande aux Etats de désigner le juge matériellement compétent.

La déjuridictionnalisation est à *contrario* l'action de sortir de l'escarcelle du juge, des faits dont il a la compétence. Il s'agit alors de priver le tribunal ou la Cour de compétence en matière arbitrale (1)

[345] Décret n° 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international.
[346] Loi n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage.
[347] Ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation partielle du code de procédure civile, art 373.2.
[348] Article 590 du Code de procédure civile camerounais.
[349] Article 283 du Code de procédure civile togolais.
[350] Article 310 du Code de procédure civile congolais.
[351] C'est notamment la position de V. A. FENEON, P.-G. POUGOUE et J.-M. TCHAKOUA, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA,* PUA, 2000, p. 293.
[352] Sur cette question, voir Ph. FOUCHARD, « La coopération du président du TGI à l'arbitrage ».
[353] Article 1505 du CPC qui dispose que « *sauf clause contraire, le juge d'appui est le président du tribunal de grande instance de Paris* ».

1. La privation de compétence des juridictions en matière d'arbitrage

L'arbitre ne peut connaître un litige que si ce dernier est arbitrable. L'arbitrabilité est alors l'autorisation qu'accorde la loi à l'arbitre pour trancher une catégorie de contentieux. Ce mécanisme est semblable à l'attribution de compétence dans la justice étatique. De fait on pourrait affirmer que l'arbitrabilité est ce que la règle d'attribution de compétence est à la justice étatique. Le juge n'est compétent que sur la base de certains critères. Lors d'un contentieux toutes les juridictions n'ont pas le pouvoir de trancher le litige. Ne peut le faire que la juridiction qui en a la compétence reconnue par les textes sur la base d'un critère précis.

De nombreuses règles attribuent aux tribunaux nationaux compétence pour appuyer l'arbitrage. En France, l'influence du juge d'appui s'est renforcée dans l'arbitrage. De fait, « *une lecture en creux de l'article 1506, qui étend l'application des disposition de droit interne à l'arbitrage international, permet bien d'affirmer que le nouveau juge d'appui accroît notablement ses compétences* »[354]. A l'exception de la règle sur l'impartialité, l'ensemble des dispositions relatives à l'érection du tribunal arbitral, les difficultés tenant de l'abstention, l'empêchement, la démission ainsi que la récusation de l'arbitre, la prorogation du délai d'arbitrage impliquent, sauf disposition contraire des parties, au juge d'appui de l'arbitrage international[355].

Le droit OHADA sur l'arbitrage épouse la même philosophie de la législation française puisqu'il reprend exactement les mêmes matières dans lesquelles le juge peut être compétent. Couper le cordon entre ces juridictions et l'arbitrage nécessite que la règle de compétence matérielle qui lie le juge à l'arbitrage soit abrogée. Comme l'adage de droit qui dit *nullum crimne, nulla poena, sine lege*[356], le juge ne pourra plus se saisir des questions liées à l'arbitrage. Dans la pratique, il s'agira simplement de supprimer toutes possibilités d'incursion des tribunaux dans la construction et la reconstruction du tribunal arbitral, la prorogation du délai d'arbitrage… Toutes les références à sa possible intervention doivent être supprimées.

Dans l'hypothèse où les juridictions sont néanmoins invitées à se saisir d'une problématique sur invitation d'une des parties, elles doivent décliner l'offre en relevant leur incompétence. En imaginant qu'elles s'estiment compétentes pour une raison ou une autre, la partie adverse pourra soulever son incompétence *in limine litis*.

[354] Th. CLAY, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 160.
[355] Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb*. 2011, p. 5. Spéc. p. 59.
[356] Il n'y a pas de crime, pas de peine, sans loi.

B. La portée de la privation de compétence matérielle aux juridictions étatiques

La suppression du critère de *ratione materiae* comme facteur de compétence des juridictions en matière d'arbitrage entraine des conséquences sur le plan procédural (1) et administratif (2).

1. L'impact de la suppression du critère matériel du point de vue procédural

Le fait que les juridictions interviennent dans une instance arbitrale produit des effets au niveau de la procédure. Selon l'action sollicitée, l'arbitre peut surseoir son office en attendant que la juridiction statue[357]. Lorsqu'aucune juridiction n'est sollicitée, l'office de l'arbitre peut-être moins longue.

En effet, dès lors que le juge n'est pas appelé dans l'instance arbitrale, celui-ci est moins long. Les interventions du juge empiètent sur les délais d'arbitrage. Malheureusement, lorsque le contentieux ou du moins un de ses aspects est déférés devant la juridiction, le délai n'est pas suspendu. Il continue de courir.

Il en est de même s'agissant de la procédure de reconnaissance et d'*exequatur*. Ces dernières sont effectuées par une juridiction qui procède au contrôle de la sentence arbitrale sur des points précis. Nul doute que l'exclusion des juridictions occasionnerait un gain de temps dans l'application de la solution de l'arbitre.

2. L'impact de la suppression du critère matériel du point de vue administratif.

Les décisions rendues par les juridictions lors de leur intervention pendant la procédure arbitrale son généralement imprimées sous forme d'ordonnance. Ce sont ces décisions que nous qualifions d'actes administratifs puisque pour la plus part, elles participent à la bonne administration de l'instance arbitrale.

La suppression des juridictions étatiques dans la procédure arbitrale, au-delà de la conséquence sur la procédure, provoque également des effets au niveau

[357] C'est le cas lors de la construction judicaire du tribunal arbitral.

administratif. En effet, il est inéluctable que son retrait entraine de *facto* la disparition des ordonnances qu'elles délivrent. L'instance ne connaîtra plus que les ordonnances délivrées par l'arbitre lui-même, désormais seul capitaine de sa procédure.

§ 2. L'incompétence territoriale

Hormis le critère *rationae materiae*, une juridiction étatique peut fonder sa compétence sur le critère *rationae loci*. Il s'agit pour la juridiction de se déclarer compétent en raison du lieu où se déroule l'instance ou encore la réalisation de l'action pour ce qui est par exemple de l'octroi des mesures provisoires et conservatoires. Bien qu'il risque de fortement changer la physionomie de l'arbitrage (B), l'abandon du critère territorial est un impératif (A).

A. L'impérative nécessité d'abandonner le critère territorial

Le critère *rationae loci* est utilisé par plusieurs législations. Il permet à une juridiction de rester au plus près de l'arbitrage. Au fil du temps, les règles fixant compétence des juridictions se sont vues grandir. La multitude de situations par lesquelles les juridictions sont rendues compétentes (1) rendent leur présence de plus en plus intrusive (2).

1. Une multitude de possibilités fondant l'action des juridictions

Le critère territorial peut être fondé sur divers moyens. En France par exemple, les textes nationaux prévoient le recours aux juridictions françaises sur les arbitrages ayant un lien avec la France[358]. L'alinéa 1 de l'article 1505 dispose clairement que le juge d'appui est compétent dès lors que « *l'arbitrage se déroule en France* ». C'est cet article qui sert de faire valoir aux juridictions françaises même si les parties ont soumis leur arbitrage à une loi de procédure étrangère[359]. Il existe d'autres critères qui octroient la compétence territoriale aux juridictions françaises : la soumission à la loi de procédure française. L'article 1505 alinéa 2 dispose que le juge d'appui est compétent si « *les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de*

[358] Article 1505 du code de procédure civile.
[359] TGI Paris (Ord. réf.), 15 févr. 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 503 (2e esp.), note Ph. FOUCHARD.

procédure française » et cela même si les parties ne l'ont pas explicitement prévues[360] ou si le siège du tribunal arbitral n'a pas été choisi[361]. En réalité, il s'agit d'une clause attributive de juridiction puisqu'elle détermine expressément la juridiction compétente pour connaître du litige[362] ; L'existence d'une clause attributive de compétence[363].

Enfin, les juridictions françaises peuvent se fonder sur un tout nouvel argument pour justifier leur compétence territoriale : le risque de déni de justice. Cette éventualité est prévue à l'article 1505 alinéa 4 du Code de procédure civile. Il dispose *in fine* que le juge est compétent si « *l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ». Dans les faits, il pourrait s'agir de l'hypothèse dans laquelle il existerait un risque de déni de justice arbitrale si par exemple une juridiction étrangère ne peut apporter son soutien à la constitution du tribunal arbitral. Ce pourrait être également le cas pour des parties qui n'ont pas localisées le siège de leur arbitrage dans la convention d'arbitrage.

En conséquence, aucune juridiction étrangère ne semble prête à intervenir en tant que juge d'appui. L'argument de déni de justice est un argument exceptionnel au regard de la rareté de son utilisation. D'ailleurs, la jurisprudence à cet effet est faible. Cependant, l'affaire *Nioc* vient marquer l'attachement des magistrats[364] à ce point de vue. La cour d'appel de Paris a jugé que « *le juge français peut intervenir s'il y a déni de justice avéré à l'étranger ; qu'en effet, le droit pour les parties à une convention d'arbitrage de voir soumettre ses prétentions à une juridiction arbitrale est une règle d'ordre public que le juge français, comme tout autre, a vocation à faire respecter dans l'exercice de ses attributions de soutien à l'arbitrage* »[365]. La Cour de cassation a renchérit en posant le principe que « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans*

[360] TGI Paris (Ord. réf.), 11 mai 1987, *Rev. arb*. 1988, p. 699 (1re esp.) note Ph. FOUCHARD.
[361] On estime que le juge français est aussi compétent lorsque l'une des parties le saisit et que l'autre ne conteste pas sa compétence internationale, les deux parties ayant alors accepté tacitement l'intervention du juge comme autorité de nomination, comme elles auraient pu le faire pour un tiers préconstitué : Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 843, p. 506.
[362] Paris, 1re mars 2007, RTD com. 2008, p. 526, obs. E. LOQUIN. Il s'agit d'une sorte de clause attributive de juridiction visant spécialement la constitution du tribunal arbitral. En ce sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 846, p. 507.
[363] Article 1505 alinéa 3.
[364] La Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.
[365] Paris, 29 mars 2001, *RTD com*. 2001, p. 651, obs. E. LOQUIN.

la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France »[366].

L'acte uniforme relatif à l'arbitrage donne aux Etats parties la compétence de nommer les juridictions compétentes pour connaître des litiges au tour de l'arbitrage. Ces derniers retiennent le critère géographique pour attribuer la compétence de certains juges mais pas que puisque la nationalité d'une des parties, le lieu d'exécution du contrat… peuvent être autant d'éléments déclencheurs de la compétence d'une juridiction. C'est suivant cette logique que le juge compétent pour l'*exequatur* est le magistrat du lieu où la sentence doit être appliquée. De même, lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve sur l'un des pays membre de l'OHADA, le juge d'appui compétent est celui du pays où se déroule l'instance.

Les magistrats de ces pays suivant le principe de déjuridictionnalisation doivent donc être dépossédés des attributions légales qui fondent leurs compétences. Nous prônons un abandon du motif de la nationalité de l'une des parties sur lequel se fonde le juge afin de se saisir d'une question relative à l'arbitrage. Dans le même ordre d'idée, le choix de la loi de procédure ne doit plus être perçu comme une invite à la compétence du juge étatique.

2. Un critère source d'une intrusion grandissante du juge

Le critère *ratione loci* est l'un des plus grands facteurs de la compétence du juge dans un arbitrage. De fait, les situations qui légitiment l'intervention du juge sont nombreuses. De plus, le législateur tente un passage en force pour contourner la volonté des parties par tous les moyens. L'arrêt *Nioc*[367] nous donne un aperçu de cette volonté qu'on les magistrats d'être présents au sein d'une procédure arbitrale.

En effet, en fondant sa compétence sur un potentiel déni de justice dont pourrait être victime l'une des parties, le juge français affirme son grand intérêt à figurer dans une instance arbitrale. Cependant, il faut dire que le juge ne fait qu'appliquer la volonté du législateur puisque c'est la loi 1505 alinéa 4 qui dispose que le juge est compétent si « *l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ». Le juge ne fait que matérialiser la volonté du législateur.

Au demeurant, nous constatons que le critère de compétence territorial ouvre un vaste champ de possibilité au juge pour intervenir dans une instance arbitrale. Il faut

[366] Civ. 1re, 1er févr. 2005, (Etat d'Israël c. Nioc), *Bull. civ.* I, n° 53 ; *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. MUIR WATT ; *RTD com.* 2005, p. 266, obs. E. LOQUIN.
[367] Cass. 1re civ., 1er févr. 2005 *op. cit.*

dire que la tentation est grande et que le législateur ne tarie pas d'hypothèse pouvant induire la compétence du juge. Aussi, préconisons-nous le retrait du critère *rationae loci*.

B. La portée de l'abandon du critère de compétence territoriale

La suppression du critère *rationae loci* entraine une série de conséquences qu'il convient de noter. Tout comme dans l'impact de la suppression du critère matériel, nous envisagerons des conséquences au niveau procédural (1) mais aussi au niveau administratif (2).

1. L'impact de l'abandon du critère de compétence territoriale au niveau de la procédure

Les impacts de l'abandon du critère territorial au niveau de la procédure arbitrale sont visibles sur la durée de l'arbitrage. En effet, un arbitrage où le juge est mis à l'écart connait une durée moindre que l'arbitrage où le juge est sollicité pour une quelconque assistance. Certes, il est vrai que lorsque le juge est sollicité, ce dernier est chronométré dans le traitement de la demande qui lui est soumise, néanmoins, c'est toujours une portion du temps qu'il utilise pour résoudre la problématique qui lui est soumise. Nous pensons d'ailleurs que l'exclusion totale du juge dans les instances arbitrales participera à la baisse des demandes de prorogation de délais dans l'arbitrage.

2. La portée de l'abandon du critère territorial sur le plan administratif

L'administration de la procédure arbitrale se fait par l'autruche de divers documents. La justice étatique également utilise des documents pour consigner ses décisions. Il s'agit notamment des ordonnances[368], des jugements[369] et des arrêts[370]. La

[368] Lorsque la décision est prise par un juge unique.
[369] Lorsque la décision est rendue par un tribunal.
[370] Quand il s'agit d'une décision d'une Cour.

suppression de l'acteur étatique entraîne par voie de conséquence, la disparition des documents par lesquels il matérialise ses décisions.

Ainsi, l'arbitrage se voit principalement délesté des ordonnances puisqu'il s'agit d'un juge unique, en l'occurrence le juge d'appui qui vient assister l'arbitre dans une procédure spécifique. De fait, le droit de l'arbitrage OHADA laisse la compétence aux Etats de choisir le juge compétent pour assister l'arbitre. Selon les législations internes, il peut s'agir soit du président du tribunal de grande instance, soit du président de la Cour d'appel. Cependant, toujours est-il qu'il ne s'agit que d'un juge unique désigné pour prêter main forte à l'arbitre.

Section 2. La disparition des juges

« *L'arbitrage ne peut se passer du juge* »[371] estiment certains auteurs. Cette assertion peut se justifier par le recours systématique au juge étatique dès que survient un écueil dans la procédure arbitrale. Monsieur Bertin disait à ce propos que le juge étatique est le « *deus ex machina* » de l'arbitrage « *sans lequel rien n'est possible dès qu'une difficulté se présente* »[372]. Cependant, les récentes réformes[373] bien que n'excluant pas totalement le juge de l'arbitrage, nuancent cette affirmation en accordant moins de présence dans l'assistance et en réduisant son influence dans le contrôle de la sentence[374]. Est-ce là les prémices d'un divorce ?

En l'état actuel du droit, certainement pas. Aujourd'hui encore, l'ombre du juge plane sur l'arbitrage même s'il nous est dit qu'il est là pour « *permettre aux parties* »[375] de conduire elles-mêmes efficacement cette procédure et que « *dans l'esprit de complémentarité qui guide son rôle d'assistance, la collaboration du juge d'appui n'est pas imposée, elle est seulement disponible* »[376]. Nous remarquons

[371] M. BOURCARON-NARDETTO, « L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 28 déc. 2013, n° 156d3.
[372] L'expression est de P. BERTIN, « L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1982, p. 332.
[373] Aussi bien celle du droit de l'arbitrage interne et international français que celle de l'acte uniforme sur l'arbitrage OHADA.
[374] Sur cette question, voir M. Boucaron-Nardetto, *op. cit*. Elle y explique le nouveau décret sur l'arbitrage français contribue à tracer un nouvel équilibre entre une assistance renforcée et un contrôle atténué.
[375] J-B. RACINE, « La transformation d'un arbitrage institutionnel en un arbitrage ad-hoc sous la houlette du juge d'appui », note sous TGI Paris, 22 janv. 2010, *Rev. arb.* 2010. P. 571, spéc. p. 583.
[376] D. HASCHER, « Le juge d'appui », in L. CADIET, Th. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Justice alternative ou alternative à la justice ? Perspectives comparatives*, LexisNexis, coll. Pratique professionnelle, 2005, p. 243, spéc. p. 255.

simplement avec Jérôme ORTSCHEIDT, que le juge tente de renforcer sa place de figure « *familière* »[377] de la justice arbitrale.

L'institution du juge d'appui née de la doctrine et d'une jurisprudence audacieuse[378] est en réalité l'arbre qui cache la forêt. Il serait prétentieux de conférer à un seul magistrat, l'ensemble des questions relatives à la mise en place de l'arbitrage[379]. En effet, derrière le titre de juge d'appui, se cache en réalité, plusieurs juges qui interviennent à des niveaux divers dans l'instance arbitrale. Ainsi se retrouve-t-on en amont de la constitution du tribunal arbitral avec un juge de référé[380], puis au cours de l'instance avec le juge d'appui[381] à proprement parler qui peut voir ses compétences partagées avec le juge de l'incident.

Enfin, au moment du contrôle de la sentence se retrouve-t-on avec le juge du contrôle ou de l'annulation. Néanmoins, il est très important de relever que l'ensemble de ces magistrats ne joue que deux rôles au sein de l'arbitrage : l'appui et le contrôle. Tous, ont compétence à agir au sein d'une procédure arbitrale. Toutefois, dans l'esprit de notre travail, la déjuridictionnalisation ne peut se faire sans disparition complète de l'acteur étatique. Aussi, la disparition des juges est une conséquence du dessaisissement des tribunaux et Cours (§1) qui au demeurant, crée une instabilité de la matière arbitrale (§2).

§1. Une conséquence du dessaisissement des tribunaux et Cours

L'incompétence des organes judiciaires suppose en conséquence l'incompétence des du personnel judiciaire. Aussi, les magistrats d'appui (A) et ceux du contrôle (B) sont désormais tenus à l'écart de la procédure arbitrale.

[377] J. ORTSCHEIDT, « Le juge d'appui, les principes directeurs du procès et l'indépendance de l'arbitre », note sous Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *Rev. arb*. 2007, p. 463, spéc. p. 465.

[378] Il est dit que la consécration de cette notion doit énormément aux efforts du Comité français de l'arbitrage. Il est également précisé l'impact de M. PLUYETTE, doyen de la première chambre civile de la Cour de cassation.

[379] Pour davantage de développement sur la question, V. Th. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. arb.*/Paris *Journ. Intern. Arb*. 2011, p. 331.

[380] Compétent pour ordonner des mesures conservatoires ou provisoires.

[381] Compétent par exemple pour aider à la constitution du tribunal arbitral.

A. L'incompétence des magistrats d'appui à la procédure arbitrale

Lorsque la procédure connait des difficultés que les parties n'ont pas prises le soin de régler lors de la rédaction de la clause compromissoire, le juge devient la clé de voute du système arbitral. En effet, il peut être saisi par une partie pour apporter son concours au redémarrage de la procédure en solutionnant la difficulté. Dans cette hypothèse, il s'agit généralement du président du tribunal de grande instance (1) qui de par son expertise fait office de juge d'appui.

Dans une configuration autre, les parties peuvent faire appel au juge bien avant la constitution du tribunal arbitral. De fait, dès la survenance du conflit, il peut arriver que des mesures urgentes soient prises pour préserver l'intégrité d'un produit, protéger un élément de preuve… . En l'absence d'un tribunal arbitral, les législations modernes conçoivent le recours au juge de référé (2) pour ordonner les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

1. La disparition du président du tribunal de grande instance de la procédure arbitrale

Le principe d'appui de l'arbitrage par un juge est acquis depuis très longtemps. Même si ce dernier ne dispose pas du pouvoir de *jurisdictio*[382], il dispose néanmoins de l'*imperium*, élément nécessaire pour répondre aux attentes des parties[383]. En conséquence, il peut élaguer toutes les imperfections de la procédure.

En France, cette mission d'assistance a été définie depuis 1980 pour l'arbitrage interne[384] et 1981 pour l'arbitrage international[385]. Ces articles définissent également le juge compétent pour connaître des difficultés au sein de l'instance arbitrale. Sans surprise, c'est le président du tribunal de grande instance qui est l'autorité désignée

[382] La question est discutable.

[383] Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb*. 2011. P. 5. Spéc. p. 25.

[384] Article 1444 du Code de procédure Civile français qui dispose que *« si, le litige est né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait d l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignations, le Président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres »*.

[385] Article 1493 al. 2 du Code de procédure civile qui dispose que « *Si pour les arbitrage se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévues l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente, peut sauf clause contraire, saisir le Président du TGI de Paris selon les modalités de l'article 1457* ».

pour assister l'arbitre tout au long de la procédure[386]. Ce dernier peut être remplacé par le président du tribunal de commerce lorsque les parties le précisent dans la convention d'arbitrage notamment pour régler les problèmes liés à la constitution du tribunal arbitral[387].

Le choix du président du tribunal de grande instance se justifie par son expertise sur les questions d'arbitrage. En effet, ce haut magistrat est au plus près de l'arbitrage grâce aux différentes prérogatives qui lui sont reconnues. C'est lui qui est le plus souvent sollicité et donc qui a une connaissance plus approfondie en rapport à ses nombreuses relations avec l'arbitre. Le législateur a estimé légitimement qu'il était donc le magistrat le plus outillé pour accompagner l'arbitre dans l'exercice de sa mission.

En droit OHADA, le juge d'appui est tout aussi présent pour apporter son assistance à l'arbitrage. Cette assistance se traduit également en amont et en avale notamment par l'aide à la construction du tribunal arbitral et l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires. L'acte uniforme ne détermine pas le magistrat devant endosser le rôle de juge d'appui. La tâche est réservée individuellement à chaque Etat partie. Il faut dire qu'à ce niveau, tous ne partagent pas le même point de vue. Certains attribuent cette compétence au président du tribunal du siège de l'arbitrage mais la plus part des pays de l'espace, adoptent la solution française, c'est-à-dire l'octroi de la compétence au président du tribunal de grande instance.

Cependant, avec la déjuridictionnalisation, cet acteur est menacé de disparition. Désormais les questions relatives à la constitution du tribunal arbitral ou encore à l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires échoiront à une autre autorité extrajudiciaire. Ce sera alors la fin d'une longue et belle époque de coopération entre le juge et l'arbitre.

2. L'impossibilité de recourir au juge de référé

Au cours d'un procès arbitral, il peut arriver que pour la manifestation de la vérité ou encore dans l'attente de la vérité, des mesures spécifiques soient prises,

[386] Article 1459 du CPC français.
[387] TGI Paris (Ord. réf.), 8 oct. 2002, *Rev. arb*. 2003, p. 199, note L. JAEGER.

notamment des mesures provisoires ou conservatoires. Ces mesures sont multiples et diverses : préservation des éléments de preuve, l'octroi de provision[388] etc.

Le tribunal arbitral constitué, est parfaitement compétent pour prendre ce genre de mesure et sanctionner la partie qui ne s'exécute pas en lui infligeant des astreintes[389]. Cependant, lorsque ce dernier n'est pas encore sur pied, il revient au juge d'appui de pallier la difficulté.

Le juge de référé ou le juge des requêtes est un juge d'appui puisqu'il vient au secours de la procédure qui risque un enlisement. En effet, le pouvoir des arbitres est limité. Ils ne peuvent prendre un certain nombre de mesures. Nous pensons notamment aux saisies conservatoires et aux suretés judiciaires qui sont des compétences exclusives du juge et donc exclues de la *jurisdictio* du tribunal arbitral[390], aux mesures urgentes qui ignoreraient le droit des parties (de façon temporaire)[391] et bien d'autres[392]. Pour sortir l'arbitrage de cette inertie, le juge des référés et le juge des requêtes peuvent ordonner ces mesures[393] même futures[394] Son intervention est parfois nécessaire car elle permet de préserver l'effet de surprise. Soit dit au passage, les mesures provisoires ou conservatoires ne requièrent pas de procédure contradictoire, juste un respect d droit commun[395].

Les conditions de saisine du juge des référés sont essentiellement l'urgence[396] de la situation et l'absence de constitution du tribunal arbitral[397]. Dès lors que le tribunal arbitral est constitué, sa compétence, en principe cesse[398].

Avec la déjuridictionnalisation, c'est tout son office qui cesse. Constitution ou pas du tribunal arbitral, le juge de référé ne pourra plus être saisi pour une demande

---

[388] Une distinction est faite à ce sujet. Voir M. A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*. *Droit français, anglais et suisse*, préf. J. BEGUIN, LGDJ, 2002, spéc. n° 26, p. 19.

[389] *JDI* 2005, p. 341, note A. MOURRE et P. PEDONE.

[390] L. CADIET, note sous Civ. 2e, 30 mars 2000, *Rev. arb*. 2000, p. 623, spéc. n° 11, p. 633 ; P. MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », *in Etudes de procédure et d'arbitrage*. *Mélanges Jean-Frainçois POUDRET*, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 437, spéc. n° 14, p. 449.

[391] P. MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », *in Etudes de procédure et d'arbitrage*. *Mélanges Jean-Frainçois POUDRET*, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 437, spéc. n° 9, p. 444.

[392] A. HORY, « Mesures d'instructions in futurum et arbitrage », *Rev. arb*. 1996, p. 191, spéc. n° 2, p. 191.

[393] Com., 10 mars 1998, *Rev. arb*. 1999, p. 57, note A. HORY ; E. LOQUIN, « Arbitrage-Compétence arbitrale-Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J. Cl. Proc. Civ.*, fasc. 1034, spéc. n° 28 et s.

[394] Les mesures d'instruction *in futurum*, préparer l'exécution future de la sentence.

[395] J. HERON et Th. Le BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4e éd., n° 410, p. 346.

[396] Civ, 2e, 13 juin 2002, *Bull. civ*. II, n° 130

[397] Civ. 1re, 14 mars 1984, *RTD civ*. 1985, p. 208, *obs*. J. NORMAND.

[398] Civ, 2e, 7 mars 2002, *Bull. civ*. II, n° 31.

d'octroi de mesures provisoires ou conservatoires. Les conditions de saisine telles que l'urgence ou la non constitution du tribunal arbitral deviennent inopérantes. Les textes qui consacrent cette action sont rendus par la même occasion, caduques le juge de référé ou le juge encore nommé juge de l'urgence ne sera saisi que pour des contestations ou des mesures urgentes relevant des litiges judicaires. Il ne restera plus qu'à l'arbitrage de trouver un mécanisme pour suppléer celui du juge de référé tout en assurant le même niveau de sécurité.

B. La mise à l'écart des juges du contrôle

La terminologie au pluriel de juges du contrôle peut sembler curieuse. On pourrait penser qu'il y a plusieurs juges pour contrôler la sentence. Cela est vrai dans un sens. La sentence arbitrale subit un contrôle par le juge à chaque fois qu'elle tombe entre ses mains. C'est le cas lorsqu'elle doit subir un *exequatur* ou encore un recours en annulation. Dans les deux cas, ce sont des juges différents qui se saisissent de la question et en conséquence, selon les procédures, ces derniers doivent procéder au contrôle de la sentence dans les conditions définie par la loi. Ainsi, le pluriel des juges du contrôle se trouve justifié. Voyons alors l'exclusion du juge de l'annulation (1) et celui de l'*exequatur* (2).

1. L'incompétence du juge de l'annulation

Le recours en annulation est une voie de recours ordinaire. C'est une création prétorienne qui permet aux parties d'exercer un recours contre la sentence lorsqu'elles ont renoncées à l'appel. De nos jours certaines législations en ont fait un caractère d'ordre public[399] contrairement à la solution de l'arbitrage international. Dans ces pays, la renonciation par avance à la procédure d'annulation est interdite[400]. Cependant, elle est acceptée après le rendu de la sentence[401].

La procédure de recours en annulation n'est ouverte que sur des cas limitatifs qui varient en fonction des législations. Le droit OHADA et français limitent l'ouverture de ce recours à 6 griefs :

[399] Article 1484 ancien du CPC français.
[400] La France par exemple.
[401] L'acquiescement de la sentence constitue une renonciation à la procédure d'annulation.

- Si le tribunal a statué sans convention d'arbitrage ou si celle-ci a expiré ou est nulle.
- Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou si l'arbitre a été irrégulièrement désigné.
- Si le tribunal a statué sans se conformer à la mission confiée par les parties.
- Si le principe du contradictoire n'a pas été respecté.
- Si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international.
- Si la sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation.

Les recours introduits sous d'autres griefs sont jugés irrecevables comme le précise la jurisprudence[402].

Avec la nouvelle réforme envisagée, le juge de l'annulation perd son droit de s'immiscer dans la procédure arbitrale. Il n'est matériellement ou territorialement plus compétent. Ces compétences sont dévolues à une autre entité extrajudiciaire. C'est donc la fin de la coopération de ce magistrat dans la procédure arbitrale.

2. La fin du juge de l'exequatur

A la différence du jugement, la sentence arbitrale ne dispose pas de la force exécutoire. En effet, la sentence arbitrale ne bénéficie pas de l'exécution forcée de la sentence lorsque la partie perdante ne l'exécute pas spontanément même si en théorie elle pourrait en être dotée[403].

L'exécution forcée émane des organes étatiques qui commandent à ceux de la force publique de prêter leur assistance à l'exécution de la décision arbitrale. Par méfiance, « *vis-à-vis de l'arbitrage, le législateur subordonne toutefois la possibilité d'obtenir l'exécution de la sentence avec le concours des organes disposant d'un pouvoir de contrainte à une condition particulière : l'exequatur* » comme le mentionnent des auteurs[404]. Les législations nationales et communautaires sont d'ailleurs très claires à ce sujet : L'article 1487 du code de procédure civile français dispose que « *la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue* »[405], tandis que l'acte uniforme affirme que « *la*

[402] Paris, 22 mars 1985, *Rev. arb*. 1987, p. 78, obs. B. MOREAU.
[403] S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. P. MAYER, *Economica*, 2004, spéc. n° 275, p. 192.
[404] Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, p. 402.
[405] Article 1477 ancien du CPC français.

sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans les Etats parties »[406].

En France l'autorité judiciaire compétente en matière d'exequatur a longtemps fait débat. Les posées par la réforme du droit de l'arbitrage de 1980 n'étaient pas suffisamment explicites[407]. Plusieurs pistes étaient avancées : d'aucuns voyaient le juge de l'exécution du tribunal[408], certains pensaient à la compétence du tribunal de grande instance[409] et d'autres encore imaginaient la compétence du président du tribunal de grande instance[410]. Il faut attendre le 9 juillet 1991 pour qu'une loi[411] puisse définitivement mettre un terme à la difficulté. Il est désormais inscrit que le tribunal de grande instance connait à juge unique, « *des demandes en reconnaissance et en exequatur […] de sentences arbitrales françaises ou étrangères* ». C'est donc le président du tribunal de grande instance ou son délégué auprès desquels les requêtes en exequatur doivent être soumises[412]. Toutefois, il existe des exceptions à cette règle. L'exequatur peut être accordé lors du rejet du recours en annulation contre la sentence qui est déféré auprès de la Cour d'appel. Dès lors, cette dernière n'a pas à se prononcer sur cette question. L'exequatur étant systématiquement attaché à sa décision de rejet[413]. L'exequatur peut également être conféré par le premier président de la Cour d'appel ou le conseillé de la mise en état[414].

En droit OHADA, l'article 30 laisse compétence à chaque Etat de désigner le juge compétent pour l'exequatur de la sentence. Certains préfèrent le président du tribunal de grande instance et d'autre, le juge de l'exécution. Toujours est-il que la procédure d'exequatur en droit OHADA et en France reste la même.

La décision d'exequatur fait suite à un contrôle de la sentence par le juge. Il s'agit pour le juge de vérifier la conformité de la décision arbitrale à certaines conditions avant d'en ordonner l'exécution. La condition principale est le respect de l'ordre public du pays dans lequel la sentence doit produire ses effets. Le juge ne procède donc qu'à un contrôle *prima facie* de la sentence[415].

---

[406] Article 30 de l'AUA.
[407] L'absence de texte réglementaire définissant précisément les cas et les conditions dans lesquelles le juge spécialisé devait intervenir rendait difficile l'application de la compétence du tribunal de grande instance.
[408] Lyon, 7 janvier 1988, *Rev. arb*., p. 685, note M.C. RONDEAU.
[409] TGI (Ord. psdt), 12 fév. 1987, *RTD civ*. 1988, p. 176, obs. J. NORMAND.
[410] TGI Paris, (Ord. Psdt, 23 déc. 1980, *Rev. arb*. 1982, p. 204.
[411] Article R 212-8.2° du code de l'organisation judicaire.
[412] Civ. 1er, 9 déc. 2003, *JCP* G 2004, I, 119, n° 8, *obs*. J. BEGUIN ; *Rev. arb*., 2004, p. 337, note S. BOLLEE.
[413] Paris, 28 juin 2001, *Rev. arb*. 2001, p. 729, note H. LECUYER.
[414] Article 1498 al. 1 du CPC français.
[415] *Rapport de la Cour de cassation*, 2003, La documentation française, spéc. p. 580.

Pourtant, même si ce rôle est particulièrement important, le juge de l'exequatur est appelé à disparaître dans le cadre de la déjudirictionnalisation. En effet, le principe est la disparition de tous les personnels judicaires étatiques intervenant dans la procédure arbitrale. A terme, un autre mécanisme doit être pensé afin de pallier leur disparition. Le juge de l'exequatur ne peut donc rester au sein de la procédure même s'il apparait distant par rapport aux autres juges. Il intervient tout de même pour valider ou infirmer la sentence arbitrale.

§2. Une instabilité de la matière arbitrale

Il est indubitable que les changements que provoque la déjuridictionnalisation en l'état, occasionnent un dysfonctionnement dans l'engrenage de l'arbitrage. En effet, la matrice de l'arbitrage *ad-hoc* moderne semble être adossée sur une coopération avec la justice étatique au point où dès que le juge n'est pas associé à la solution d'une difficulté, la procédure arbitrale s'en trouve totalement paralysée. Sans être exhaustif sur l'ensemble des situations où l'absence du juge fragile l'instance arbitrale, nous remarquons néanmoins que cette instabilité peut être de deux ordres : processuelle et qualitative. Nous nous retrouvons donc avec une insuffisance processuelle (A) qui impacte le résultat de la justice arbitrale (B).

A. L'insuffisance processuelle

A l'instar de la justice étatique, l'arbitrage repose sur des procédures particulières selon le but ou l'action recherchée. Certaines de ces actions font l'objet d'une procédure devant le juge étatique qui, au demeurant doit disparaitre du paysage arbitral. Se pose alors la question de la viabilité des procédures comme la production forcée d'éléments par un tiers ou encore la contestation de certaines pièces. Nul doute qu'on se dirige vers une extinction de la première citée (1) et d'une difficulté dans la contestation des pièces (2).

1. L'extinction de la procédure de production forcée d'éléments par le tiers

L'arbitrage est une justice volontaire. Il est d'ailleurs qualifié de justice conventionnelle parce que reposant sur un contrat : la convention d'arbitrage. Celle-ci

se caractérise comme étant le lieu de la rencontre de volonté des différentes parties à l'arbitrage. Compte tenu du fait que les conventions ne lient que les parties prenantes à ces dernières, il est difficile que les tiers réfractaires à la procédure y soient contraints. Or, il peut arriver en matière d'arbitrage que ce tiers détienne un élément important à la manifestation de la vérité. Généralement dans cette hypothèse, l'apport du juge est capital car lui seul peut enjoindre le tiers de produire les documents sollicité.

La nature contractuelle de l'arbitrage freine son influence sur les tiers. Ces derniers non parties à la convention d'arbitrage n'ont pas à répondre des sollicitations de l'arbitre si elles ne le souhaitent pas. Ce pouvoir de contrainte est assumé par le juge étatique, détenteur du pouvoir coercitif.

La législation française[416] a institué une procédure originale qui offre aux parties la possibilité de saisir un juge de la preuve[417]. Ce magistrat détient le pouvoir de forcer le tiers à lui communiquer la preuve recherchée. Le droit OHADA s'inscrit dans la même dynamique puisque la coopération du juge étatique est permise pour solliciter auprès d'un tiers non partie à la procédure arbitrale, une pièce qui pourrait éclairer la position de l'arbitre. Le choix du juge s'explique notamment par le fait que le tiers est extérieur à la convention d'arbitrage et qu'à ce titre, le droit commun le protège particulièrement[418]

La suppression de l'intervention des magistrats au cours de l'instance arbitrale complique donc tâche aux arbitres. La marche de manœuvre se trouve restreinte et empêche à l'arbitre de rentrer en possession de certains documents détenus par un tiers. L'extinction de la procédure relative à la production forcée d'éléments détenus par un tiers déstabilise donc l'arbitrage et fait peser sur cette institution de graves risques.

2. La difficulté de contestation de certains actes

La contestation des éléments de preuve reste un véritable combat pour les arbitres. Certaines législations ont transposé des règles du Code de procédure civile en matière de contestation de preuves écrites à l'arbitrage. Ainsi, se retrouve-t-on avec des dispositions telles que « *sauf convention contraire, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux […]* »[419] ou encore « *si l'aide*

[416] Décret du 13 janvier 2011.
[417] Th. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. arb*. 2001, p. 331, spéc. n° 59.
[418] Th. CLAY, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 443, spéc. p. 497.
[419] Article 1470 alinéa 1 du CPC français.

des autorités judiciaires est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral peut d'office, ou sur requête, solliciter le concours de la juridiction compétente dans l'Etat partie »[420]. En tout état de cause, le juge peut effectuer des vérifications d'écriture et solliciter le juge si l'estime utile nous apprend ces deux textes. Cependant, ces dispositions ne sont pas absolues. Il existe des limites à la contestation de certains actes, notamment les actes authentiques.

Les actes authentiques dans le cas d'espèce font références à tout ce qui est contrats, actes d'huissiers, d'avocats d'experts… . Le régime de ces actes est uniquement celui du droit commun. L'arbitre saisie à titre principal ou accessoire de ces questions ne peut en aucun cas statuer dessus. C'est de la compétence exclusive du juge. L'incompétence des juges dans l'arbitrage un fois de plus va pénaliser les arbitres qui devront mettre une croix sur cette procédure, au risque de voir des faux documents circuler et pourquoi pas, rendre une décision sur la base de faux éléments.

B. Des résultats mitigés de l'arbitrage

La suppression de certaines procédures impliquant les juges et l'incapacité pour les arbitres de procéder eux même à la contestation des éléments de preuves impactent lourdement la procédure arbitrale et mitigent la crédibilité de sa justice. On parle d'une justice au rabais (1) illustrée par des décisions qui ne reflètent pas la réalité (2).

1. Une justice au rabais

La justice repose sur des principes intangibles qui fondent la confiance du peuple envers elle. Justice étatique et justice privée partagent ces principes. Le succès de l'arbitrage repose sur sa célérité, sont coût, sa confidentialité et sa souplesse qui nous intéresse particulièrement. En effet, l'arbitrage reste avant tout une justice dont les règles sont souples et taillées sur mesures par les parties. Un effort est fait pour le rendre moins procédural que la justice étatique. Le but recherché est de se défaire du formalisme qui plombe la justice étatique. Quoi de plus normal que de limiter le nombre de procédure pouvant être utilisée au cours d'un arbitrage ? Malheureusement les choses ne sont pas si simples. La justice arbitrale ne dispose pas des mêmes avantages que la justice étatique dans l'administration de cette justice. C'est peut-être

[420] Article 14 alinéa 8 de l'AUA.

l'une des raisons pour lesquelles le juge doit assister l'arbitre dans sa mission juridictionnelle.

La recherche de la vérité commande que tout ce qui pourrait aider l'arbitre dans la réalisation de sa mission soit utilisé. A ce titre, l'arbitre peut recourir à l'assistance du juge pour la prise de mesures qui ne sont pas de sa compétence. Or la disparition de ces procédures amputerait l'arbitrage de moyens pour administrer une justice correcte. De nombreux textes affirment que tout le monde a droit à un procès juste et équitable et justement, l'arbitrage se déleste de certains moyens de rendre cette justice avec équité et justesse. La justice arbitrale court le risque de rendre justice sans véritables bases, fondements ou du moins, elle risque de rendre sa justice sur une base douteuse. Cette situation augmenterait le taux de recours contre la sentence. L'arbitrage ne sera plus qu'une justice au rabais parce qu'incapable d'apporter tous les éléments nécessaire à la manifestation de la vérité.

2. Une sentence qui ne reflète pas la justice

Le danger de supprimer des procédures qui permettent d'avoir une appréciation juste sur un fait précis laisse des stigmates sur la solution que prendra l'arbitre. Si les éléments sur lesquels l'arbitre s'appui pour fonder sa décision sont erronés alors sa décision est empreinte d'erreur. Faut-il encore parler de justice dans ces conditions ? Nous ne le pensons pas. La justice exige que les prétentions des uns et des autres soient analysées, étudiées, scrutées, vérifiées par les parties en présence ou même la personne chargée de dire le droit. A cet effet, les procédures mise en place fut ce-t-elle exécutées par le juge vise la manifestation de la vérité. Rendre la justice avec une partie de la vérité n'est pas une justice complète. Il s'agit d'une justice partielle.

Même si le coût de l'arbitrage est jugé relativement bas, les utilisateurs de ce service n'apprécieraient pas que la prestation soit faite à demi. Ils attendent une justice forte, égalitaire cependant administrée par un tiers. La justice au rabais entrain donc une sentence empreinte à des suspicions, surtout si des moyens n'ont pas pu être employé pour lever le doute.

Au-delà de la mauvaise appréciation de la sentence, c'est l'institution d'arbitrage tout entier qui tombe sous le coup du discrédit. N'apportant plus les gages de sécurité juridiques aux utilisateurs, il est fort à parier que le déclin de l'arbitrage commencera à partir du moment où le juge sera totalement exclu sans mesures palliatives.

Conclusion du chapitre I.

Le chemin de la déjudiciarisation de l'arbitrage *ad-hoc* OHADA ne peut être emprunté sans passer par la mise à l'écart des organes judiciaires étatiques. C'est l'ultime étape pour affranchir l'arbitrage du joug de la justice étatique.

Plus spécifiquement, les juges étatiques ne pourront plus s'immiscer dans une instance arbitrale que ce soit avant, pendant ou après celle-ci, lors du prononcé de la sentence arbitrale.

En somme, le dessaisissement des organes étatiques sonne l'affranchissement de l'arbitrage et ouvre la voie vers une réelle justice extrajudiciaire. Au demeurant, elle permet une réorientation du juge vers des matières non arbitrables d'une part et des litiges non frappés par une clause compromissoire.

Cependant, plusieurs obstacles freinent font encore face à l'extraction du juge étatique de l'arbitrage, au point d'en douter de son éviction.

Chapitre II. L'improbable mise en œuvre de la déjuridictionnalisation

« *Gouverner c'est maintenir les balances de la justice égales pour tous* »[421]

[421] F. D. ROOSVELT, http://dicocitations.lemonde.fr/citations/citation-24959.php

La déjuridictionnalisation implique un détachement total de la matière arbitrale vis-à-vis du juge. Elle se matérialise par le rejet de critères d'attribution de compétence matérielle et territoriale avec pour conséquences notables, la disparition des acteurs mais également de leurs instruments de décisions.

L'idée de déposséder les Etats de l'une de leurs prérogatives régaliennes au profit d'une justice privée ne fait pas l'unanimité. Pourtant, la justice ne serait pas le premier secteur régalien dont les Etats auraient abandonnés la souveraineté. En effet, les ressources budgétaires étant limitées face aux besoins sans cesse grandissant ont conduit les Etats à développer des politiques nouvelles en termes d'harmonisation d'offre et de la demande des populations en matière de développement. Les Etats ont dû laisser certains services jadis publics à des privés via des mécanismes de privatisation ou de concession.

L'Afrique a connu cette vague de privatisation et de concession par le biais des politiques d'ajustement structurel (PAS), imposées par la banque mondiale en contrepartie d'une aide économique. C'est ainsi que les domaines de l'énergie[422], des transports[423], des communications[424], de la santé[425] voire dans certaines mesures l'armée[426] ont été cédés à des prestataires privés moyennant le paiement d'une somme.

Aussi, nous étonnons-nous devant les réticences des Etats à libérer l'arbitrage de son emprise. Les Etats perdent confiance envers l'arbitrage, ce qui peut peut-être expliquer les garde-fous de ce dernier en permettant l'immixtion de son officier de justice. Cette réticence est encore plus farouche lorsqu'il s'agit de l'arbitrage d'investissement, c'est-à-dire l'arbitrage entre un opérateur économique et un Etat.

Jadis, l'Etat n'avait pas la capacité de compromettre. La question de l'aptitude de l'Etat à compromettre a été pendant longtemps source de controverse doctrinale. Un premier courant pensait qu'il était mal venu de parler capacité au sujet de l'Etat, alors que la nature même de cette institution est une pleine capacité juridique[427]. Une autre approche doctrinale soutenait qu'il y avait bien une limitation de la capacité de l'Etat à compromettre, soit une limitation de leur capacité de jouissance[428]. Un auteur exposait à cet effet que « *cette réserve envers l'arbitrage est assurément compréhensible. Elle*

[422] Privatisation de la SEEG (société d'eau et d'énergie du Gabon) en 1996.
[423] Privatisation des chemins de fer (SETRAG) Gabon.
[424] Privatisation de l'OPT (Office des postes et télécommunications).
[425] Construction et gestion des hôpitaux publics par des groupes étrangers.
[426] La sous-traitance des opérations militaires, par exemple le recrutement des mercenaires rwandais, ougandais, des sociétés privées de sécurité par les états unis pour la guerre en Irak démontre que certaines missions de l'armée peuvent être confiées à des privées.
[427] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international,* Litec, 1996, n° 533, p. 329, et n° 539, p. 332.
[428] J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 228, p. 190.

est la marque de ce que l'administration n'a pas la même liberté, de vouloir, d'agir, de disposer, et de s'engager qu'une personne ordinaire. Et elle concrétise un souci de protection institutionnelle, et au besoin rigide, des intérêts publics et collectifs au besoin contre autant que par les autorités administratives »[429].

L'interdiction pour les personnes morales de droit public de compromettre s'expliquait en droit français par leur statut. En effet, il s'agit d'une interdiction organique qui affecte tous les types de conventions conclues entre ces personnes et les partenaires privés en dépit du caractère administratif ou non du litige explique M. LOQUIN[430]. L'article 2060 du Code civil venait par ailleurs donner du poids à cette dernière approche doctrinale puisqu'il posait la diminution de la capacité de jouissance de l'Etat et partant, des personnes morales de droit public en disposant qu' « *on ne peut compromettre […] sur des contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics […]* ». La capacité y était définie comme étant « *l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation* » et qui « *pour une personne physique, ne peut être entamée, dans les cas exceptionnels limitativement prévus par la loi, que pour la jouissance d'un droit déterminé* »[431]. Par cette formulation, on voit bien l'intention du législateur à dénier à l'Etat ainsi qu'aux collectivités territoriales la capacité de compromettre[432]. L'idée dominante[433] à cette période était que tous litiges dont étaient parties l'Etat ou les autres personnes morales de droit public relevaient exclusivement des juridictions administratives. Ainsi, toutes les conventions visant à déroger à cette position devraient être frappées d'illégalité.

Toutefois, il faut dire que cette interdiction connait des limites. En 1906, une loi[434] autorisait l'Etat, les communes et les départements à recourir à l'arbitrage dans le cadre des marchés publics notamment pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures. Plusieurs autres lois ont été prises allant dans ce sens[435]. La plus significative étant certainement l'ordonnance du 17 juin 2004 qui a créé un nouveau type de contrat administratif : les contrats de partenariat. Ces contrats prévoient un

[429] B. PACTEAU, « Arbitrage-arbitrages spéciaux-arbitrage en droit administratif », *J. Cl. Proc. civ*., fasc. 1048, spéc. n° 31.
[430] E. LOQUIN, « Arbitrage-Compromis et clause compromissoire », *J. Cl. Proc. civ*. fasc. 1020, n° 129.
[431] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant*, V° *Capacité de jouissance*, 9e éd. PUF, coll. « Quadrige », 2011.
[432] Le conseil d'Etat a étendu l'interdiction aux travaux publics conclus entre deux personnes privées, au motif que ce contentieux était de type administratif ; CE, 3 mars 1989, *Sté des Autoroutes de la région Rhône-Alpes*, *Rev. arb*. 1989, p. 215, note D. FOUSSARD.
[433] Pour une étude des causes de la prohibition, v. B. PACTEAU, « Arbitrage-arbitrages spéciaux-arbitrage en droit administratif », *J. Cl. Proc. civ*., fasc. 1048, spéc. n° 6 et s, ; Y. GAUMET, « Arbitrage et droit public », *Dr. et patrimoine*, n° 105, juin 2002, p. 83.
[434] Actuellement, il s'agit de l'article 128 du Code des marchés publics français.
[435] L. n° 82-1153, 30 déc.1982, art. 25, al. 1er, *JO* du 31 déc. 1982 ; L. 2141-5 Code des transports. ; L. n° 90-568, 2 juillet 1990, art 28, *JO* du 8 juillet 1990 ; L. n° 97-135, 13 fév. 1997, *JO* du 15 fév. 1997 ; art. L. 2111-14 du Code de transport.

recours à l'arbitrage dans des cas précis[436]. C'est ainsi que par exemple les contrats entre les personnes morales de droit public en lien avec la construction et la rénovation des enceintes sportives destinées à accueillir l'UEFA Euro 2016 et les équipements connexes ont pu prévoir de recourir à l'arbitrage en cas de litige[437].

Dans le cas de l'acte uniforme, l'article 2 affirme clairement que les « *Etats, les autres collectivités publiques et territoriales, les établissements publics et toutes autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* »[438]. Il n'est donc pas question ici de contrats particuliers ou de dispositions exceptionnelles autorisant les personnes morales de droit public à compromettre.

Toutefois, au fil du temps, la confiance des Etats explicitement accordée aux arbitres pour trancher les litiges opposant les personnes de droit privé à celles de droit public se réduit. On parle alors du scepticisme des Etats envers l'arbitrage (**section 1**). Ce scepticisme envers l'arbitrage est conforté par la place qu'occupe la justice dans le pouvoir en Afrique (**section 2**).

Section 1. Le scepticisme des Etats envers l'arbitrage

D'un point de vue normatif, l'Etat peut se considérer comme le tuteur légal de l'arbitrage. C'est lui, par le biais des lois qui règlemente certains pans de cette activité juridictionnelle. Jadis utilisé pour régler les litiges entre citoyens ou entreprises et citoyens, l'arbitrage a peu à peu glissé vers le public en tranchant les litiges entre Etats et personnes privées : il s'agit là de l'arbitrage d'investissement. Dans ce type d'arbitrage, les prérogatives de puissance publique de l'Etat sont abandonnées. Il est traité sur le même pied d'égalité que la personne privée. C'est bien là, une illustration parfaite du principe d'égalité dans l'arbitrage. L'Etat accepte d'être traité avec la même rigueur que son cocontractant en dépit de ses pouvoirs exorbitants d'autorité publique. Au fil du temps, il s'avère que cette posture lèse les Etats qui ne cachent plus leur agacement.

[436] Ordonnance n° 2004-559, 17 juin 2004, *JO* 19 juin 2004, article 11 ; Lire aussi M. AUDIT, « Le recours contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.* 2004, p. 541.
[437] Loi n° 2011-617 du 1er juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de foot-ball de l'UEFA en 2016, art. 3 ; M. MAISONNEUVE, « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Rev. arb.* 2011, p. 831.
[438] Art 2.2 de l'acte uniforme sur l'arbitrage.

Depuis sa dernière réforme de 2017, l'OHADA notamment l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage a entériné l'arrimage de l'arbitrage d'investissement à l'acte uniforme actuel sur l'arbitrage. Désormais, les litiges entre Etats et investisseurs seront tranchés à la lumière du droit commun de l'arbitrage. Cette situation ne conforte plus les Etats qui voient d'un mauvais œil le fait qu'un juge privé puisse trancher un litige entre un investisseur privé et lui. La peur que les intérêts du partenaire privé l'emportent sur ceux de l'Etat qui représente une collectivité n'arrange pas les choses. Pour s'en convaincre du scepticisme des Etats, nous aborderons la problématique de l'arbitrage d'investissement (§1) et celle du poids des firmes multinationales (§2) qui *in fine* sabordent la mise en œuvre de la déjuridictionnalisation.

§1. La problématique de l'arbitrage d'investissement, exemple du CIRDI

Le choix du CIRDI se justifie du fait que la transformation de l'arbitrage OHADA amène à exclure le juge de l'arbitrage à l'instar de l'arbitrage CIRDI. Le retrait de trois Etats[439] de la convention de Washington instituant le CIRDI[440], notamment celui du Venezuela[441], dernier en date, jette un pavé dans la mare. Le CIRDI a vu le jour en 1965 via la Banque Mondiale grâce à la convention de Washington instituant un mécanisme d'arbitrage sous les auspices de cette dernière. A ce jour, il compte près de 156 Etats parties à la convention. La méfiance vis-à-vis de cette institution est telle que certains auteurs se pose la question la question de savoir si n'est pas gardien des droits fondamentaux des multinationales[442] ? Il est à craindre une seconde vague de dénonciation. De fait, une nouvelle vague de retrait emmenée par l'argentine pourrait voir le jour[443]. S'agissant de ce pays, un projet de loi allant dans ce sens, alimenté par les déclarations de Théodore CRISTAKIS[444] circule au sein de son Congrès. Les critiques contre le CIRDI rejoignent des marques anciennes d'hostilité à la banque mondiale, au fonds monétaire international ou à l'organisation mondiale du commerce perçus comme des institutions antidémocratiques « *méprisant*

[439] Venezuela 24 janvier 2012 ; L'équateur 9 juillet 2009 ; Bolivie 2 mai 2007.
[440] Centre international de règlement de différends relatifs aux investissements.
[441] S. MANCIAUX, « Le Venezuela se retire du CIRDI », *Rev. arb.*, 2012, n°1, pp. 215-221.
[442] Sur cette réflexion, V. PYMELLIN, « CIRDI, gardien des droits fondamentaux des multinationales », www.mastercarrieresinternationales-worldpress-com.cnd.ampproject.org . 2012.
[443] N. BOEGLIN, « Argentine : Vers un nouveau retrait du CIRDI ? », www.cadtm.org/Argentine-Vers-un-nouveau-retrait , 9 mai 2012.
[444] « L'argentine est devenue le meilleur client du CIRDI ». Le pays enregistre 25 affaires des 148 inscrites au rôle du CIRDI en 2012.

la souveraineté des Etats, et accusés de prôner l'exclusivité d'un modèle de société néolibérale »[445].

Au-delà de l'institution, c'est vraisemblablement une méfiance qui est affichée à l'endroit de l'arbitrage d'investissement. De fait, en élargissant le spectre, c'est l'arbitrage d'investissement qui se retrouve au banc des accusés. Nous avions évoqué plus haut l'hostilité des Etats envers l'arbitrage d'investissement. Si certains quittent la convention de New-York, d'autres en revanche pensent à le reformer. Des directives[446]de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissement viennent mettre à jour l'hostilité de l'union Européenne envers les tribunaux arbitraux d'investissement. « *En déclassifiant ces documents, l'UE ne fait qu'appliquer le principe de transparence qu'elle prône en réaction aux mécanismes d'arbitrage-supposés opaques-contenus dans les accords bi ou multilatéraux d'investissements, et auxquels elle entend désormais frontalement s'opposer* »[447] explique Philippe CAVALIOS. Pour l'UE, il s'agit de donner plus de possibilités aux parties dans les voies de recours puisqu'au nom du principe d'efficacité de l'arbitrage, les voies de recours sont limitées d'une part, et de garantir l'indépendance du tribunal en imposant notamment à ses membres d'être soumis à des « *exigences élevées en matière de qualifications et d'impartialités* »[448]. Le fait que l'UE évoque ces reformes sous-entend qu'elle estime que l'arbitrage d'investissement en l'état, ne dispose pas de ces atouts.

L'OHADA a récemment décidé de régir ce type d'arbitrage par l'acte uniforme en la matière. Animés par un sentiment de crainte, voire de rébellion, il n'est pas exclu que les Etats boycottent l'arbitrage et rejettent donc la déjudirictionnalisation.

Les griefs formulés à l'encontre de l'arbitrage d'investissement CIRDI sont transposables à l'arbitrage d'investissement en tant de mode de règlement de différends. Il est avant tout reproché à l'arbitrage d'investissement de « *favoriser* » les investisseurs notamment par la faiblesse du niveau de sécurité (A) et la difficile conciliation entre les intérêts étatiques et l'arbitrage d'investissement (B).

---

[445] J. CAZALA, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *in Annuaire français de droit international*, volume 58, 2012. Pp. 551-565.

[446] Documents déclassifiés par le Conseil de l'UE. Ils étaient adressés aux représentants des Etats de l'organisation et aux membres de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

[447] Ph. CAVALIEROS, « L'UE part en guerre contre l'arbitrage d'investissement », Les echos.fr, 26/03/2018.

[448] Directives de l'UE relatives à la négociation du conseil instituant un tribunal multilatéral de règlement de différends.

A. Le faible niveau de sécurité de l'arbitrage d'investissement

L'arbitrage est une merveilleuse création qui reste à parfaire. Les défaillances répertoriées se localisent principalement au niveau du contrat (1), de l'arbitre (2) mais aussi de la procédure elle-même (3).

1. La rigidité du contrat

« *L'institution contractuelle est l'une des créations les plus utiles et les plus simples de l'Humanité* »[449] affirmait Jean-Marc MOUSSERON. En effet, l'utilité du contrat s'apprécie entre autre au regard de la possibilité qu'il offre de par exemple graver un instant dû, dans le durable en permettant la création d'engagements prolongés[450]. Il est d'autant plus utile qu'il peut s'adapter à quasiment toutes les situations dans relations humaines, commerciales, sociales… . On le caractérise d'ailleurs comme étant un instrument juridique visant à organiser la vie économique et sociale. Pour le moins, le contrat reste d'une étrange simplicité en permettant de lier des personnes physiques ou morales ou même les deux par des règles contraignantes.

Pour exécuter certaines missions ou travaux publics, les Etats n'hésitent pas à faire appel à des partenaires privés étrangers. Ces derniers établissent de commun accord avec les Etats un contrat définissant chacune des obligations qui incombent aux différentes parties. A la survenance d'un litige, sur la base de ce contrat, appuyé par un traité bilatéral d'investissement (TBI), l'une des parties peut saisir un tribunal arbitral.

L'évolution des rapports entre les différents acteurs sociaux force à relativiser la simplicité du contrat. C'est le cas notamment des contrats liant des personnes de droit privé à celles de droit public. Les partenariats public-privé (PPP)[451] naissent des besoins de développement des Etats. Comme son nom l'indique, ils impliquent dans une relation contractuelle des personnes morales de droit public à des personnes privée. On retrouve ces contrats dans les grands secteurs à l'exemple de la construction d'infrastructures routières, l'industrie, le transport, l'énergie. L'un des intérêts de ce type contrat est « *la possibilité de mettre en concurrence exante plusieurs opérateurs privés pour avoir accès au marché, le caractère monopolistique de ces industries*

[449] J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, éd. Lefrebvre, Paris 1988, p. 17.
[450] Sur les modes d'appréhension du temps par les contractants, lire I. R. MAC-NEIL, *The new social. An inquiry into modern contractual relations*, New Haven & Londres, Yale Univ, press., 1980 et le C.R. *Clunet*, 1983. 960. Comp. Sur les diverses dimensions temporelles de l'action, *Le droit et le futur*, coll. « Trav. et rech. Univ. Paris II », PUF, 1985.
[451] On parle d'accord de franchise bidding dans la littérature anglo-saxonne.

empêchant toute concurrence direct sur le marché entre plusieurs producteurs » font remarquer deux auteurs[452].

Quel que soit le type de contrat, les acteurs en présence et leurs qualités, les effets du contrat restent les mêmes, c'est-à-dire l'obligation d'exécution des obligations contractées. En d'autres termes, les stipulations des parties revêtent un caractère intangible qu'aucune des parties de doit transgresser. L'intangibilité des promesses reste la sécurité que le droit des contrats garantie explique Georges ROUHETTE[453] et c'est bien là, la problématique des contrats dans l'arbitrage d'investissement. Même si les différents instruments contractuels prévoient des modifications en cours d'exécution du contrat, dans la pratique, l'entente reste difficile à conclure. La difficulté de trouver un compromis entre les protagonistes réside sur les éléments facteurs de la modification.

De fait, les Etats ou les collectivités territoriales n'ont pas les mêmes objectifs, les mêmes motivations ni les mêmes pressions que les personnes privées qui, elles ne suivent qu'une logique économique : la rentabilité. La personne morale de droit public doit prendre en compte dans la négociation du contrat, les éléments sociaux, économiques, politiques, environnementales. Or, ces derniers ne sont pas figés, ils évoluent dans le temps. La grande difficulté réside donc dans la modification du contrat en raison de la fluctuation d'un de ces paramètres. En dépit de la bonne foi du cocontractant, il est difficilement acceptable de modifier un même contrat trois fois en raison du changement des facteurs dessus énumérés d'autant plus qu'ils ne changent pas tous au même moment. De plus, le contrat étant par définition un accord de volonté, le partenaire privé peut tout à fait refuser les nouvelles clauses s'il les juge en sa défaveur. La résiliation unilatérale du contrat par le partenaire public entrainera inévitablement un litige qui au mieux se soldera par le paiement des dommages et intérêts au partenaire privé.

Pour exemple, le Gabon est en procédure arbitrale avec le groupe Véolia de France devant le CIRDI. Il est reproché à l'Etat gabonais d'avoir retiré la concession sur la production et la distribution de l'eau accordée à Véolia. Pour sa défense, l'Etat explique que le groupe n'a pas réalisé en vingt ans de concession, l'approvisionnement en eau potable dans tous les foyers gabonais. Est donc pointé, un sous-investissement de la multinationale dans son secteur. Dans ce litige, nous avons affaire à une situation évolutive. En vingt ans, la population du Gabon a connu une augmentation. Or le contrat passé avec le groupe Véolia tenait compte de la population présente au moment

[452] E. CHONG, F. HUET, « *Partenariat public-privé et investissements de fin de contrat : le cas de l'eau en France* », Recherches économiques de Louvain 2010/4 (Vol. 76), p. 413-448.
[453] G. ROUHETTE, « La révision conventionnelle du contrat » *in Revue internationale de droit comparé*, Vol. 38, n° 2, avril-juin 1986. Etudes de droit contemporain. Contribution française au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986), pp. 369-408.

de la signature de l'accord et non celle future. A décharge pour Véolia, la desserte en eau potable pour tous les foyers aurait exigée des investissements colossaux pour le groupe.

Ce genre de contentieux (liés au sous-investissement) met au grand jour l'une des faiblesses des PPP. De fait, l'opérateur en place peut être moins tenté à investir dans de nouvelles infrastructures pour deux raisons principales : la durée du contrat qu'il a conclu ne lui garantit pas un amortissement et un bénéfice au terme du temps ou encore quand bien même il engagerait les dépenses d'investissement, il n'est pas sûr que son contrat sera prolongé.

C'est donc la rigidité du contrat qui est source de réticence des Etats. L'idéal pour eux serait une flexibilité du contrat qui autoriserait une révision en fonction des mouvements politico-socio-économique voire environnementaux sans réel impact financier. La question qui se pose est alors de savoir si un tel équilibre est possible. Parler des cas d'insuffisance d'investissement…

2. L'hostilité des Etats vis-à-vis des arbitres

Il est paradoxale que l'Etat émette des doutes envers l'arbitre sensé trancher le litige qui l'oppose à un investisseur privé. De fait, en acceptant d'aller à l'arbitrage avec une personne privée, l'Etat renonce non seulement à son immunité de juridiction, mais également marque son consentement à la renonciation des tribunaux étatiques. L'hostilité dénoncée ici ne s'apprécie pas au regard de la rigueur dans l'application de la loi pour trancher le litige. Il ne s'agit non plus de remettre en cause les obligations d'impartialité et d'indépendance[454] qui doivent guider chaque arbitre ou encore le principe d'égalité entre les parties[455], mais plutôt évoquer un problème de technicité, de doigté que devrait avoir l'arbitre lorsqu'il vide un contentieux ayant pour partie une personne morale de droit public.

La volte-face des Etats s'explique par le fait que traditionnellement ils sont jugés par des juridictions administratives. De nos jours, les litiges opposant des personnes de droit privé à celles de droit public tombent dans l'escarcelle des juges privés. Le fait est que ces tribunaux se composent par des hommes pas toujours spécialistes de la matière discutée. Ils feront néanmoins face à des problématiques complexes aux enjeux énormes qui dépassent bien souvent le contexte dans lequel le contrat était conclu. Cette situation provoque réticence des Etats vis-à-vis des arbitres.

[454] Art 7 alinéa 3 de l'AUA.
[455] Art 9 de l'AUA.

L'arbitrabilité des litiges d'ordre administratif n'est pas ancienne. Aussi, les arbitres ne sont pas habitués à statuer sur de tels litiges à l'instar des juges administratifs qui eux en font leur corps de métier. L'arbitre se retrouve donc avec un litige qui outrepasse ses compétences. Cette situation est aux antipodes des exigences de l'arbitrage qui requiert que l'arbitre désigné pour trancher le litige soit spécialiste de la problématique en présence.

En France par exemple, les parties ont la latitude de prévoir dans la convention d'arbitrage que les arbitres qui seront choisis soient détenteurs de certaines qualités ou connaissances particulières, nécessaires pour trancher en toute sérénité le contentieux. Les litigants peuvent de ce fait exiger que l'arbitre de leur litige soit d'une profession précise, par exemple un juriste. Il n'est pas faux qu'un minimum de connaissance de droit dans un contentieux ayant pour partie une personne morale de droit public est bien accueilli. Ils peuvent également demander que l'arbitre dispose de connaissances spécifiques dans le domaine comme dans l'arbitrage de qualité tout en évitant de tomber dans les travers de toutes formes de discrimination comme l'a rappelé un arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni .

Dans le cas de l'arbitrage OHADA, bien que le choix des arbitres incombe aux parties, et même si le texte régional reste muet sur cette question, il n'en demeure pas moins qu'un minimum d'exigences leur est tacitement imposé pour garantir une meilleure administration de la justice, question de bon sens. On ne peut pas dire à ce niveau que les arbitres remplissent ces conditions de qualification pour prétendre trancher des litiges ayant pour partie des Etats ou des collectivités territoriales… Souvenons-nous que l'arbitrage d'investissement ne vient que d'être intégré dans l'acte uniforme. A ce jour, aucun arbitrage n'a encore été rendu en la matière. Il n'existe donc pas de spécialistes pour pouvoir trancher de genre de litige.

Au demeurant, exiger que ce soit des professionnels du contentieux administratif qui tranchent des litiges entre les personnes de droit privé et celle de droit public suppose deux hypothèses : que ce soit des magistrats à la retraite de l'ordre administratif qui puissent devenir arbitre ou que l'on forme des arbitres spécialisés dans les conflits d'investissement. Dans le premier cas, il est fort peu probable que les magistrats à la retraite puissent venir assumer de telles fonctions. L'âge de départ à la retraite étant assez retardé, les personnes admises à faire valoir leur droit à la retraite préfèrent se reposer. Les candidats à cette nouvelle aventure seront bien peu nombreux et donc asphyxiera les volontaires en imposant une masse de travail conséquente.

Quant à la seconde option, il faudra la mettre en œuvre. En attendant, il manquera des arbitres qualifiés pour ce genre d'arbitrage.

3. Le niveau de sécurité de la sentence arbitrale

Une autre des faiblesses congénitales à l'arbitrage et qui visiblement n'est pas du goût des Etat est le niveau de sécurité qu'offre la sentence issue d'un arbitrage d'investissement. La décision de l'arbitre coulée dans la sentence échappe à certaines voies de recours. Par exemple, la sentence n'est pas susceptible d'appel. Le fait que la sentence se voit limiter des voies de recours qui normalement sont opérées par le juge, marque pour les Etats, une forme d'insécurité de la sentence. Le fait que l'arbitre peut être faillible commande que des mesures de protection soient élaborées afin de garantir aux parties une justice correcte.

B. La difficile convergence entre les intérêts des Etats et l'arbitrage d'investissement

A la différence des entreprises qui agissent dans le but de satisfaire les actionnaires, les Etats eux agissent pour le bien être de la communauté. Leurs agissements sont donc guidés par le souci de l'intérêt général (1). Par ailleurs, l'Etat doit également garantir aux citoyens l'exercice des droits fondamentaux. Or, il est remarqué que l'arbitrage d'investissement n'est pas toujours en phase avec ces droits (2). Ces différents aspects contribuent à écorner l'image de ce type d'arbitrage et partant éloigne la déjuridictionnalisation que l'Etat doit opérer.

1. La notion d'intérêt général

L'intérêt général est une notion évolutive comme bien d'autres. On peut dire que c'est un produit social. Sa date de naissance se situe au tout début des années 1750 au regard des occurrences de l'expression retrouvées chez VOLTAIRE[456]. En revanche, il est théorisé pour la première fois en 1770 par LEMERCIER de La

[456] L'auteur utilise l'expression « intérêt général » dans les pensées diverses sur l'administration publique (vers 1753) : « *L'intérêt est le mobile général des actions des hommes […]. Sous un Sénat aristocratique, si l'égalité entre les membres, et le maintien de l'autorité du corps, est l'intérêt général qui meurt, les sénateurs, la conservation de leurs biens et la sureté de leurs personnes est celui qui anime les citoyens.* » (note de la pensée 25) tiré de P. CRETOIS, S. ROZA, « De l'intérêt général : Introduction », ASTERION [en ligne], 17/2017, mis en ligne le 20 novembre 2017, consulté le 24 juin 2018. URL : http:/journals.openedition.org/asterion/2996.

RIVIERE[457]. Pour le moins, la notion reste ambiguë, contestée[458] puisqu'elle est utilisée pour nier les dissensions qui surgissent notamment durant les périodes politiquement troublées comme les révolutions[459]. L'intérêt général tel que perçu de nos jours n'a pas toujours été comme tel. Il a connu une évolution à travers le temps. La position actuelle est le fruit d'une inflexion du lien social qui s'est produit durant le XVIIIe siècle. L'intérêt général était considéré un ordre naturel tourné par essence vers le bien commun. Certaines doctrines[460] affirment que le pouvoir n'était plus assuré d'une légitimité de principe, fondée sur les lois de la nature et jouant du privilège de la transcendance.

L'intérêt général a été conçu de diverses manières dans la pensée politique[461]. Aussi, deux approches se dégagent-elles : une dite utilitariste et l'autre dite volontariste. La première approche dominante de la pensée anglo-saxonne fait de l'intérêt général, un intérêt commun, conséquence de l'agencement spontané des intérêts particuliers. Dans ce cas de figure, l'Etat ne joue le rôle que de siège dans lequel s'exprime ces différents intérêts. L'approche volontariste quant à elle met en exergue l'intérêt général comme un intérêt public, résultant du dépassement des intérêts particuliers. Dans cette approche, l'intérêt général est perçu comme l'expression de la volonté générale des citoyens, conduit par le souci du bien public. L'Etat à ce stade, en est le garant. Il est érigé en dépositaire de l'intérêt général. C'est en quelque sorte un principe d'ordre et de cohésion qui permet le vivre ensemble et de garantir l'unité. L'appartenance à la sphère publique permet aux représentants politiques et aux dépositaires de l'autorité publique de placer leurs actions sous le sceau de l'intérêt général. C'est à cette seconde approche et analyse que nous souscrivons dans le cadre de notre étude.

L'intérêt général est un principe cardinal de la légitimation du pouvoir dans les sociétés actuelles. L'ensemble des pouvoirs d'une république doit faire ressortir en ses gènes, un intérêt qui surpasse les intérêts particuliers des membres de la république. « *Cette représentation permet d'ancrer la croyance dans son bien-fondé et de créer le*

[457] L. De La RIVIERE, *L'intérêt général et l'Etat ou la liberté du commerce des blés, démontrée conforme au droit naturel ; au droit public de la France ; aux lois fondamentales du royaume ; à l'intérêt commun du souverain et de ses sujets dans tous les temps avec la réfutation d'un nouveau système, publié en forme de dialogues sur le commerce de blés*, Paris, Desaint, 1770.
[458] W.B. GALLIE, « Essentielly Contested Concepts », *in Proceding of the Aristotelian Society*, 1956, vol. LVI, p. 167-198.
[459] P. CRETOIS, S. ROZA, « *De l'intérêt général : Introduction* », ASTERION [en ligne], 17/2017, mis en ligne le 20 novembre 2017, consulté le 24 juin 2018. URL : http:/journals.openedition.org/asterion/2996.
[460] Notamment F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.
[461] Conseil d'Etat, « *L'intérêt général* », rapport public, Paris, la documentation française, « Etudes et documents », 1999, n° 50, p. 239-357

consensus indispensable à son exercice »[462] explique Jacques CHEVALLIER. « *Tout se passe comme si le pouvoir, dans les sociétés modernes, ne pouvait être pensé que recouvert du sceau de l'intérêt général : celui-ci constitue, non seulement l'un des attributs du pouvoir étatique, mais encore une référence nécessaire pour toutes les institutions qui quadrillent l'espace social ; l'intérêt général apparaît ainsi comme la matrice de tous les discours de légitimation des formes sociales instituées* » renchérit-il[463].

Actuellement, la notion est de nouveau en mutation. L'Etat, considéré comme seul disposant du monopole sur la définition de l'intérêt général, doit désormais le partager avec de nouveaux acteurs sociaux[464]. Ces derniers prennent désormais part à l'élaboration des choix et à apporter leurs pierres à la construction de l'édifice en participant à la gestion des services d'intérêt collectif. La forte présence des citoyens dans la sphère politique notamment en démocratisant un peu plus la vie sociale biaise quelque peu le monopole que les représentants politiques étaient censés avoir.

La redistribution des cartes sur le monopole de l'intérêt général a pour conséquence la possibilité pour les administrés d'impacter sur les marchés de services que l'Etat passe avec les partenaires privés dans le cadre des PPP. C'est ce nouvel acteur que l'arbitrage d'investissement n'intègre pas dans sa relation avec l'Etat. L'intérêt général étant changeant, il est possible que la précédente ligne qui avait de base à la conclusion du contrat se voit modifiée sous l'impulsion des citoyens. Ce peut être à l'occasion d'une nouvelle orientation choisit par les populations à la suite d'un vote. Pour autant, l'arbitre n'est pas dans son tort puisqu'il est lié par la convention qui ne mentionne que deux litigants, c'est-à-dire la partie privée et la personne morale de droit public.

Si la réaction des pouvoirs publics est légitime néanmoins elle reste illégale puisque le contrat ne reconnait que deux parties signataires. Il semble donc important que l'arbitrage d'investissement puisse dans son essence, ajouter l'instabilité de ce nouvel acteur qui, en réalité commande l'action de l'Etat.

---

[462] J. CHEVALLIER, « Intérêt général », *in Casillo*. I. avec R. BARBIER, L. BLONDIAUX, F. CHATEAURAYNAUD, J.M. FOURNIAU, R. LEFEBVRE, C. NEVEU et D. SALLES. (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation,* Paris, GIS Démocratie et Participation, juin 2013, ISSN : 2268-5863. www.docopart.fr/es/dico/interet-general.

[463] J. CHEVALLIER, « Réflexion sur l'idéologie de l'intérêt général », *in* Centre universitaire de recherche sur l'action publique et le politique, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Presses universitaires de France 1978, p. 11-45.

[464] ONG, société civile…

2. La non prise en compte des libertés individuelles

L'implication des populations dans la gestion des affaires publiques est la résultante de la démocratisation de la société. Désormais, la société civile, les ONG et autres organisations d'intérêt public peuvent demander des comptes à l'Etat dans la gestion d'un dossier au nom du droit à l'information qui est une des libertés individuelles reconnues à tous les citoyens. Ce droit à l'information procède de l'obligation de transparence qui pèse sur les Etats. Aussi, dans le cadre d'un arbitrage, la divulgation d'information technique devient banale.

L'arbitrage en général est conçu sur des bases considérées comme étant son ADN. Il ne peut donc renier ou transgresser ces règles au risque de perdre de son essence. Parmi ces règles, subsiste celle de la confidentialité[465]. En effet, les parties en choisissant l'arbitrage comme mode de règlement de conflits, choisissent par la même occasion de garder leur différend loin des du grand public. L'arbitrage, justice confidentielle, sans publicité des débats permet de préserver le secret des affaires. Pourtant, au nom de l'ordre public, des obligations de transparence, d'information et de révélation posés par certains droits étatiques[466], le principe de confidentialité doit subir une atténuation. Certaines voix s'élèvent pour appeler à une démocratisation de l'arbitrage. Un auteur écrivait à ce propos « *transparency in any legal regime, including its dispute settlement system, is fundamental to democratic governance today* »[467]. Certains Etats[468] estiment que les stipulations relatives à la confidentialité dans l'arbitrage doivent être d'ordre contractuel. D'autres en revanche à l'instar de la France préfèrent légaliser cette obligation. Ainsi, l'article 1464 alinéa 4 du Code de procédure civile dispose que « *sous réserve des obligations légales, et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* ». Il faut néanmoins préciser que cette obligation ne pèse que sur les arbitrages internes à l'Etat français, l'article 1464 n'opérant pas sur l'arbitrage international. Toutefois, nous remarquons que le texte reste silencieux quant à la

[465] Sur la question de la confidentialité, v. Ph. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *Cah. arb.* , vol. III, *Gaz. Pal*. éd., 2006, p. 56 ; J.-L. DELVOLVE, « Vraies et fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb*. 1996, p. 373 ; *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, « La confidentialité dans l'arbitrage », *suppl*. spéc. 2009 ; J. FERNANDEZ-ARMESTO, « transparence », *in Cah. arb*. 2012, p. 583.

[466] F. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. arb*. 2003, p. 5.

[467] A. MOURRE, Are amici curia the proper response to the public's concerns on transparency in investment arbitration ? *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, vol. 5, n° 2, p. 257-271.

[468] Cour suprême de Suède, 27 octobre, 2000, *Al Trade Finance Inc., Stockholme Arb. Report* 2002/2, p. 144 ; High Court d'Australie, 7 avr. 1995, *Esso v. Plowman*, 128, ALR 391. 1995.

personne tenu d'exécuter cette obligation. Est-ce l'arbitre, les parties, les personnes appelées à témoigner… ? L'interrogation reste entière.

Dans la pratique, les contractants incluent la clause de confidentialité dans le contrat d'arbitrage. Cette approche permet de sanctionner le défaut de confidence sur le terrain de la faute contractuelle. Le déroulement de l'instance arbitrale à huis clos suscite de vive critique dès lors que le litige porté devant la justice arbitrale est considéré comme d'intérêt général[469]. Le postulat retenu dans ce cas de figure (celui de l'arbitrage d'investissement) est l'effacement total du principe de confidentialité quand bien même les parties l'auraient mentionnée dans la clause d'arbitrage au profit du principe de transparence. La doctrine estime que « *comme c'est le rôle public de l'Etat qui est en cause, la confidentialité des procédures est insoutenable […].* »[470].

Généralement, les demandes des ONG en qualité d'*amicus curiae* fondées sur le principe de transparence sont refusées faute d'accord des parties. L'affaire *Aguas del Tunari* illustre parfaitement cette situation. Les ONG qui souhaitaient intervenir au cours de l'instance arbitrale ont adressées une requête au tribunal arbitral ou elles réclamaient la révélation publique des soumissions écrites, l'ouverture des audiences au public et même le déplacement du tribunal sur le terrain pour qu'il y effectue des audiences publiques[471]. La réponse du tribunal fut négative, motivant sa décision par le refus des parties à exposer le conflit au public.

Cette position attire les critiques d'une partie de la doctrine. Un auteur pense que la transparence légitime l'arbitrage d'investissement aux yeux du public[472]. Dans la même veine, Severine MENETREY ajoute que « *la transparence accrue du processus arbitral d'investissement contribue à renforcer la légitimité externe de l'arbitrage d'investissement nécessaire à la pérennité du système à long terme* »[473], ce que corrobore la société civile[474]. Il faut croire que les tribunaux arbitraux ne sont pas restés sourds aux écrits de la doctrine puisqu'il y a une légère inflexion. De fait, une demande en qualité d'*amici curiae* a réussi à avoir l'accès à des documents issus de

[469] E. GAILLARD, Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI. « *Chronique des sentences arbitrales* ». *Journal du droit international*, 2002, n° 1, p. 194-195 ; A. COHEN SMUTNY et K. M. YOUNG, « Confidentialité et Etats », *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI,* 2009, suppl. spéc, p. 79-80.

[470] A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb*, 2005, n° 1, p. 98.

[471] *Aguas del Tunaris S.A. v. Republic of Bolivia*, Pétition of la Coordinadora para la Defensa del agua y Vida et al. Du 29 août 2002, § 63 (iii) (iv) (v).

[472] P. TERCIER, « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb*., 2011, n° 3, p. 653-668.

[473] S. MENETREY, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. arb*., 2012, n° 1, p. 39-43.

[474] A. MOURRE, « Are amici curiae the proper response to the public's concerns on transparency in investment arbitration ? » *The Law and Practice of International Court and Tribunals*, 2006, vol. 5, n° 2, p. 257-271.

quelques procédures arbitrales[475]. Certains tribunaux ont eux, admis l'importance du principe de transparence notamment dans les affaires *Aguas Argentinas*[476] et *Aguas de Santa Fe*.

Dans l'ensemble le droit à l'information et à la transparence dans un arbitrage de type investissement reste fortement méconnu. Cette méconnaissance participe au rejet de cette forme d'arbitrage puisqu'elle va à l'opposé des droits acquis des peuples.

§2. Le poids des firmes multinationales dans les Etats africains

Le concept de mondialisation est polysémique. Cette polysémie est tributaire au fait que l'économie mondiale se compose de trois dimensions : l'économie internationale caractérisée par les échanges de marchandises ; l'économie multinationale dominée par l'internationalisation des processus de production et l'économie globalisée caractérisée par la domination de la finance de marché[477]. La firme multinationale se définit comme étant une grande entreprise nationale qui possède ou contrôle plusieurs filiales de production dans plusieurs pays[478]. Il est important de le préciser car cela permet de mettre définitivement un terme à la confusion entre les transnationales ou les entreprises supranationales. La firme multinationale dispose d'une nationalité, d'un centre de décision qui exerce un pouvoir hiérarchique sur l'ensemble des filiales implantées à l'étranger. Le concept de la mondialisation qui se traduit donc par la délocalisation des entreprises s'est repandu à travers tous les hémisphères de la planète. Plus aucune partie du globe n'est épargnée par l'abondant flux de capitaux ou encore le transfert de technologie.

L'Afrique qui est considérée comme le continent d'avenir est évidemment le centre d'intérêt des investisseurs. De fait, on remarque une forte progression des investissements directs à l'étranger (IDE) au sein de ce continent. Cela témoigne du grand intérêt qu'on lui porte mais également de son fort potentiel économique. Pour avoir un ordre d'idée sur l'ampleur du phénomène, fin 2007 les firmes multinationales

[475] L. BASTIN, « Amici curiae in investor-State arbitration : eight recent trends », *Arbitration International*, 2014, vol. 30, n° 1, p. 140.

[476] « *Public acceptance of the legitimacy of international arbitral process, particularly when they involve states and matters of public interest, is strengthened by increased openess and increased knowledge as to how these processes function. It is this imperative that has led to increased transparency in the arbitral processes of the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement* ». Response to petition for transparency and participation, 19 mai 2005, § 22.

[477] W. ANDREFF (dir), *La mondialisation, stade suprême du capitalisme ? En hommage à Charles-Albert Michalet.* Nouvelle édition [en ligne]. Nanterre : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2013 (généré le 26 juin 2018).

[478] C. A. MICHALET, *Le capitalisme mondial*, Paris, PUF, « en liberté », 1976, p. 20.

chinoises créent 1000 entreprises en Afrique[479]. Mais la chine n'est pas la seule puissance à loucher sur le continent africain.

L'Europe, partenaire historique, l'Amérique et même la Russie de nos jours, se livrent une bataille sans merci pour conquérir cet important marché et immense gisement de matières premières. La puissance de firmes multinationales est tellement grande que certains auteurs pensent que « *face au poids de FMN sur la scène internationale, les Etats nationaux sont destinés à disparaitre* »[480]. L'auteur explique que l'effet de l'écart croissant entre l'espace de référence de la souveraineté nationale et celui de la FMN conduira à terme, à la disparition de l'Etat. Il remarque un affaiblissement grandissant de l'autorité de l'Etat sur les firmes. Cet état de fait est principalement dû à ce que les FMN petit à petit se charge d'exécuter des missions relevant traditionnellement de la puissance publique et ayant pour but de faciliter le développement de l'activité économique. Les Etats sont désormais minoritaires : 51 des 100 plus grandes économies du monde sont désormais des multinationales constate christian LOSSON[481]. Les récents scandales de Nike ou Total viennent corroborer cette thèse.

Ainsi, nous parlerons de l'impact financier des FMN sur les Etats (A) et leur maîtrise des secteurs de souveraineté (B).

A. L'impact financier des FMN sur les Etats

La mondialisation des échanges à travers la surface du globe entraine également le phénomène de la délocalisation. Ce dernier consiste pour une entreprise, de s'installer dans un autre territoire en raison des avantages qu'il offre. Ces avantages sont de divers ordres. Il peut s'agir d'une fiscalité généreuse, une main d'œuvre bon marché, le prix des matières premières abordables… . Pour exemple, la production d'un véhicule faisait intervenir neuf pays aux différents stades de la production et de la commercialisation :

- 30% de la valeur du véhicule revenait à la Corée pour le montage,
- 17% de la valeur du véhicule revenait au Japon pour les composants et les technologies avancées,

[479] Th. DZAKA-KIKOUTA, « L'investissement chinois en Afrique centrale », *Outre-terre*, vol. 30, n° 4, 2011, pp. 207-226.
[480] R. MURRAY, « Internationalization of capital and the Nation-State », *in the Multinational Entreprise*, DUNNING JOHN (dir), Londres, Allen & Unwin, 1971.
[481] C. LOSSON, « Comment les multinationales escroquent l'Afrique », Libération, 2 juin 2015 à 14h 23. www.liberation.fr

- 7.5% de la valeur du véhicule revenait à l'Allemagne pour la conception,
- 4% de la valeur du véhicule revenait à Taiwan et Singapour pour les pièces mineures,
- 2.5% de la valeur du véhicule revenait à la Grande Bretagne pour la publicité et la communication,
- 1.5% de la valeur du véhicule revenait à l'Irlande et à la Barbade pour le traitement des données,
- 37% de la valeur du véhicule revenait aux Etats-Unis.

L'industrie automobile n'est pas le seul exemple illustratif. Le même procédé existe également dans l'industrie aéronautique[482]. L'installation des FMN se fait notamment grâce à d'importants moyens financiers : les IDE. Les investissements directs à l'étranger sont des sommes d'argent investies ou reçues par un pays ou en provenance de l'étranger, dans l'optique de créer ou de développer une firme nouvelle, soit pour prendre des participations dans une firme déjà existante. Dans tous les cas, c'est une source financière pour les Etats puisqu'ils contribuent significativement aux budgets nationaux (1) et à la création d'emploi (2).

1. Les FMN, contributeurs aux budgets étatiques

Les ressources d'un Etat se composent de diverses sources : les recettes issues de la vente des matières premières, les biens et services, la fiscalité… Seule la fiscalité nous intéressera ici puisqu'elle concerne les FMN.

La fiscalité encore connu sous l'appellation d'impôt n'a pas de définition juridique propre. Elle se définit généralement dans le cadre d'une approche fonctionnelle et par l'analyse de ses caractéristiques. La définition fonctionnelle qu'on lui est de Gaston JEZE. Cet auteur la qualifie de *« prestation pécuniaire, requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques »*[483]. C'est donc une technique libérale de financement des dépenses publique.

Deux types d'impôt se distinguent : l'impôt direct et l'impôt indirect. L'impôt direct fait référence à la somme que le contribuable supporte lui-même à titre définitif et permanent[484], tandis que l'impôt indirect évoque la position d'intermédiaire dans laquelle le redevable se trouve pour exécuter son obligation. La taxe sur la valeur

[482] Voir la construction de l'Airbus qui fait intervenir plusieurs Etats.
[483] Gaston JEZE, 1936.
[484] En touchant périodiquement une matière imposable elle-même permanente.

ajoutée (TVA) est un impôt indirect puisqu'elle est collectée par une tiers personne qui la reversera plus tard à l'Etat. L'impôt est une obligation qui pèse sur les citoyens et les entreprises. La doctrine pense que c'est un phénomène social lié à l'existence du pouvoir politique[485]. Sa nature et son étendue dépendent alors de l'idée que les contribuables se font du devoir civique et de la justice. Il est ainsi déductible que l'impôt est territorial, c'est-à-dire, propre à un Etat précis.

Les FMN qui s'installent sur un territoire doivent s'acquitter de cette dette. Généralement elle est exprimée en pourcentage en fonction du chiffre d'affaire. Au Gabon, l'impôt sur les sociétés est à 33%. Cette entrée constitue une véritable manne financière pour les Etats. Plus il a y des FMN qui s'installent plus les caisses de l'Etat se remplissent. Les retombés de l'Etat par rapport à la présence des FMN sur son territoire sont directs lorsque les FMN paient l'impôt sur la société. Cependant, les FMN contribuent aussi indirectement à au remplissage des caisses de l'Etat au travers deux autres prélèvements fiscaux. Il s'agit des impôts sur le revenu et la TVA.

L'impôt sur le revenu incombe aux personnes physiques ayant un emploi et remplissant les critères définis par l'administration fiscale. Cet impôt revient aux FMN simplement parce qu'en s'installant, les FMN créent de l'emploi. Les populations au chômage voient dans l'implantation d'une firme multinationale, une opportunité de trouver un emploi. Ainsi, les personnes en activité et réunissant les conditions fiscales définies par l'administration fiscale sont imposables. L'impôt sur le revenu est une source de revenu non négligeable pour les Etats. Plus il y des travailleurs, plus y a des contribuables et plus il a des recettes.

Le fait que le plein emploi soit assuré par la présence des FMN active un autre mécanisme fiscal source de revenu pour l'Etat. Il s'agit cette fois ci de la TVA. La TVA est un impôt indirect. Il est certes supporté le contribuable mais est perçu par une tiers auprès de laquelle l'Etat ira à son tour collecter l'impôt. Le lien entre la TVA et le contribuable se situe au niveau de la consommation. En effet, c'est lors de l'achat d'un bien ou service taxé que le contribuable s'acquitte de cette taxe. Il s'agit donc de la consommation. Or cette dernière n'est possible que si l'on dispose d'un emploi. Ainsi, la consommation est tributaire de ressources que l'on acquière en ayant un emploi. Tel est le cercle vertueux de la consommation.

Il est indéniable que les FMN de façon directe ou indirect contribuent beaucoup dans les recettes budgétaires d'un Etat. Cette position met les Etats dans une position de faiblesse vis-à-vis des FMN. Aussi, pensent-ils qu'abandonner la justice aux mains d'un privé serait une erreur. Ils préfèrent alors garder ce levier, cette espèce de contre-

[485] J.-C. MAIROT, « *Histoire de l'impôt : Théorie de l'impôt* », www.universalis.fr

pouvoir afin de rééquilibrer les rapports entre lui et les FMN. La justice est utilisée comme une arme dissuasive contre les FMN.

2. Les FMN et l'emploi

Les délocalisations et les sous-traitances internationales constituent une nouvelle manifestation du développement des échanges entre les pays du nord dits industrialisés et ceux du sud dits en voie de développement[486]. Les bénéfices de ces échanges sont nombreux et de divers ordres. Toutefois, nous ne nous intéresserons qu'au gain que ces échanges produisent sur l'emploi.

L'effet sur l'emploi d'une délocalisation est variable. Il serait erroné de croire qu'il n'y a que des points positifs. En effet, plusieurs scénarios sont envisageables et possibles :

- Si la production de la filiale étrangère remplace une production nationale, il y a un effet direct de déplacement d'emplois du pays d'origine vers le pays hôte.
- Si la filiale étrangère se fournit en produits (tels que des consommations intermédiaires ou du capital fixe) auprès de la société mère, il y un effet indirect de création d'emplois dans le pays d'origine, lié à la production de ces biens.
- Si la production délocalisée à l'étranger entraîne l'augmentation des tâches de supervision ou de recherche et de développement de la société mère, à la perte d'emplois peu qualifiés, se superpose une création indirecte directe d'emplois qualifiés dans le pays d'origine[487].

Dans le cas de l'Afrique, nous assistons à un phénomène de destruction-création d'emplois. De fait, au lieu du capital et du travail considérés, habituellement, on distingue comme facteurs de production deux types de travail : le travail qualifié et le travail non qualifié. Le travail qualifié est classé dans les pays du Nord tandis que celui non qualifié est attribué à l'Afrique et aux pays du Sud[488]. Généralement, les délocalisations se justifient par le coût élevé de la main d'œuvre dans les pays du Nord. Aussi les grands groupes préfèrent ils transférer leurs unités de production dans les pays où la main d'œuvre est bon marché. Pour exemple, le constructeur automobile français Renault a délocalisé une de ses usines de production au Maroc. Nul doute que ce transfert crée de l'emploi direct et indirect pour les pays d'accueil. Sur le plan direct, il y a le recrutement de la main d'œuvre pour la production du bien. A côté de

[486] L. FONTAGNE et J.-H. LORENZI, *Désindustrialisation, délocalisation,* rapport du conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2006.
[487] W. ANDREFF, *Les Multinationales globales*, Coll. Repères, La Découverte, 2003.
[488] Th. MADIES, « Mondialisation des échanges et emploi dans les pays industrialisés », *Cahier français*, n° 341, novembre-décembre 2007.

ces premiers emplois, se développera un second type d'emploi que nous qualifierons d'indirect puisqu'il s'agira des sous-traitants de la délocalisation.

Dans ce contexte, il faut avouer que les multinationales sont de grands pourvoyeurs d'emplois auxquels les Etats ne peuvent s'opposer au risque de provoquer de graves conflits sociaux en leur sein. Cette posture donne d'avantage de poids au FMN au détriment des Etats. On a l'impression que les FMN dictent la politique sociale, fiscale à l'Etat hôte. De plus, certaines de ces FMN ont des budgets bien plus grands que ceux de certains Etats africains. Autant dire qu'il s'agit de David contre Goliath. Pour toutes ces raisons, les Etats préfèrent garder leur souveraineté judicaire en limitant au maximum leur rapport avec l'arbitrage d'investissement.

B. La maîtrise des secteurs de souveraineté

Le monde ne se développe pas à la même vitesse. Il y a des régions qui évoluent plus vite que d'autres. C'est le cas de l'Europe et des autres pays dits pays développés[489]. A côté de ce premier groupe, se trouve un second qui regroupe les pays en voie de développement. Il s'agit des pays pauvres qui ont un retard sur le développement. On parle généralement de pays du Sud. Un rapport onusien, principalement celui du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) vient confirmer cette tendance lorsqu'il annonce que plus de 1 milliard de personnes vivent dans une situation de pauvreté multidimensionnelle ou en sont très proche[490].

Le développement est une notion qualitative. Elle prend en compte plusieurs indicateurs regroupés dans le concept d'indicateur de développement humain (IDH). Les pays du Sud ne parviennent pas à rattraper le retard concédé. Conscient de cette situation, la communauté internationale s'est plusieurs fois réunie afin de trouver une sortie de crise pour les pays du Sud. Dès lors, plusieurs sommets se succèdent: la conférence de Rio[491], le sommet mondial de Copenhague de 1995 a renouvelé les principes de développement durable que avait déjà évoqué, et plus tard, le sommet sur les objectifs du millénaire pour le développement en 2000 et enfin plus récemment, les objectifs de développement durable en 2015. Toutes ces conférences traitent de la

[489] Encore appelés pays du Nord.
[490] Rapport PNUD 2014 sur le développement humain.
[491] Sommet de la Terre, Rio de Janeiro, 1992.

même problématique, le développement économique et social inclusif qui s'affirme comme un défi politique de premier plan affirme un auteur[492].

Les défis politico-économiques en Afrique et principalement dans la sous-région OHADA sont multiples. Il s'agit dans un premier temps de désenclaver les différentes régions des Etats, de les électrifier, de les raccorder au réseau de distribution d'eau potable, les éduquer, les soigner… . Ces tâches sont traditionnellement du ressort des Etats. Cependant, en raison de leur coût, ces derniers par le biais des PPP, laissent des entreprises privées assurer ces missions. Ainsi, les FMN détiennent les secteurs de souveraineté tels que l'énergie, le transport, la santé (1) et par la même occasion, tisse des liens avec des politiques (2).

1. Les FMN gestionnaires des secteurs stratégiques

Les défis auxquels font face les pays de l'espace OHADA sont colossaux. Fortement endettés, ces derniers ne peuvent plus assurer avec leurs ressources propres[493] l'entendu de leurs missions régaliennes et ce, d'autant plus qu'ils font face à une forte croissance démographique.

L'arrivée des PPP est donc perçue comme une aubaine pour les Etats. Par ce mécanisme, ils peuvent désormais offrir à leurs populations le développement auquel elles aspirent. Toutefois, les manquements observés sont ceux qui relèvent de la souveraineté étatique. On note notamment, les défis énergétiques, les télécommunications, les transports, la santé pour ne citer que ceux-là.

En effet, le continent africain et la zone OHADA en particulier connait un déficit énergétique qui l'empêche de prétendre devenir une zone industrielle. En dépit des potentialités naturelles pour électrifier leurs pays[494] aucune véritable politique énergétique n'a vu le jour. Plus de la moitié des populations vivent sans électricité. Dans ces conditions, il est très difficile d'attirer des FMN dont l'activité demanderait un accès à tout temps à une source énergétique. Tentant de corriger cette lacune, plusieurs chantiers de construction de barrage hydro-électrique sont confiés à des partenaires privés. Pour le cas de Gabon, nous comptons près de 4 barrages hydro-électriques confiés à des sociétés étrangères[495]. Ces travaux sont sensés approvisionner

[492] C. La ROSE, « Introduction. Développement et inclusion : Le défi de notre temps », *revue interventions économiques*, n° 56, 2016. https://journals.openedition.org
[493] Les budgets nationaux.
[494] Plusieurs grands cours d'eaux traversent ces pays sans qu'aucun barrage énergétique ne soit érigé.
[495] Source loi de finance 2017.

l'ensemble du territoire en électricité et permettre aux industries installées de travailler en toutes sérénité.

L'énergie n'est pas le seul secteur dans lequel les partenaires privés se sont infiltrés. Les télécommunications également font l'objet de PPP. A l'heure où la mondialisation atteint son paroxysme, l'information devient une arme de choix. Une maxime énonce même que « l'information c'est le pouvoir ». Il apparaît plus que nécessaire de pouvoir rester connecter d'autant plus que la quasi-totalité des opérations et documents sont dématérialisés. Or, le constat qui est fait est que la zone OHADA demeure un espace enclavé. Il existe jusqu'alors des zones entières non couverte par internet. Cette disparité dans l'accès aux télécommunications et aux NTIC empêche aux entreprises de s'installer dans toutes les régions de l'espace. Le défaut de maîtrise de l'information par la communication étant perçu comme un risque majeur.

La route du développement passe par le développement de la route a-t-on coutume de dire. Cette assertion se vérifie dans l'espace OHADA. Plus de 60% des territoires sont enclavés faute d'infrastructures routières conséquentes. Plusieurs industries, notamment le tourisme et l'agriculture n'arrivent pas à produire les résultats escomptés par défaut de moyens d'acheminement de la production vers les centres de consommation et cela, en dépit des colossaux moyens étatiques injectés dans ces filières pour la relance.

Idem en ce qui concerne la santé. Les Etats peinent à soigner leurs populations. Les hôpitaux existants sont devenus des mouroirs par défaut de personnel qualifié, de technologie médicale de pointe et aussi par défaut d'infrastructures digne du 21^{e} siècle. L'industrie pharmaceutique est quasiment inexistante. Il faut donc faire une fois de plus recours aux PPP pour pouvoir régler la situation[496].

Le fait que les FMN soient présente sur des secteurs de souveraineté fragilise un peu plus les Etats vis-à-vis des populations. Ces dernières voient en ces concessions, un abandon de l'Etat face à ses missions régaliennes. Paradoxalement, cette situation renforce les FMN dans les pays d'accueil. Elles y sont perçues comme des sauveuses face à la misère et au chômage qui frappe la majorité des populations de cette espace géographique. Aimées, adulées, les FMN se substituent un tant soit peu à l'Etat d'autant plus parfois dans le cadre des externalités économiques, elles se livrent dans des œuvres sociales fortement appréciées[497]. Cette perte de crédibilité des Etats n'est pas d'augure à les inciter à garder le seul élément de puissance publique qui permet de manifester à nouveau son autorité.

[496] J.-M. SEVERINO, « La situation des pays en voie de développement », *Les tribunes de la santé*, vol. 21, n° 4, 2008, pp. 31-39.
[497] Construction d'écoles, réfection d'hôpitaux, don en médicament, don en matériels informatiques…

2. Les liens avec les politiques

En dépit des règles et Codes de marchés publics dont sont dotés l'ensemble des Etats de l'espace OHADA, force est de constater que plusieurs marchés sont attribués de gré à gré sans appel d'offre. Du jour au lendemain, des marchés publics sont attribués à des opérateurs étrangers sans la moindre explication. C'est le cas de la concession accordée au groupe Olam pour la gestion de l'aéroport de Libreville[498]. Des exemples de la sorte sont légions. Il s'agit en réalité de clientélisme voir de corruption. Des apporteurs d'affaires rentrent en contact avec de hauts responsables de l'administration étatique qui, en contrepartie d'un service, accordent des marchés aux entreprises. En outre, plusieurs soupçons de financement de campagnes par des FMN aux profits d'hommes politiques sont dénoncés. Cela au regard de la part des marchés publics qui leur sont accordée lorsque le candidat suspecté remporte l'élection.

Le clientélisme et la corruption prennent des proportions alarmantes. Elles se répandent de plus en plus dans l'espace et gangrènent le mécanisme transparent mis en place par les législateurs. Non jugulés, elles risquent à terme de paralyser le système judiciaire privé. C'est l'une des raisons qui incite les Etats à éviter la déjuridictionnalisation.

En cas de dénonciation, les arbitres ne disposent pas de pouvoirs assez puissants pour investiguer et obliger les parties, les tiers à coopérer. De plus, parfois, les ramifications s'étendent à l'étranger. Il faut donc solliciter les dispositifs judiciaires ou policiers tel qu'Interpol. L'arbitrage international ne dispose pas de pareils relais judiciaires à l'international. Cette situation affecte son efficacité dans le règlement de conflit à l'international. Quand bien même il existerait une coopération mondiale au niveau arbitral, il faudrait un exequatur du juge et certainement son appui pour pouvoir mettre en marche l'appareil judiciaire étatique en déployant des personnels policiers.

Les Etats préfèrent alors garder la main en évitant de se défaire de son juge qui, lors de situation difficile peut ramener la sérénité économique en procédant par exemple aux expropriations…

Section 2. Le rôle de la justice en Afrique

En Afrique, la justice n'a pas été toujours comme présentée de nos jours. Certes, elle poursuivait la même finalité que la justice contemporaine mais elle

[498] Décision du conseil de ministre du mercredi 20 juin 2018.

s'effectuait de façon traditionnelle. Dans les sociétés africaines d'antan, la justice se pratiquait au travers l'usage de la médiation, la conciliation ou encore l'arbitrage, considérés aujourd'hui comme des modes alternatifs de règlement de conflits (MARC). Cette situation tenait du fait que la justice moderne sous sa forme actuelle est tributaire de la constitution des territoires africains en Etats. L'Afrique n'a pas pour autant rompu avec la pratique de la justice traditionnelle. Il n'a d'ailleurs jamais été question de l'abolir. Les Etats africains ont accepté une espèce de dualisme judiciaire incarnée par la justice étatique d'une part et la justice traditionnelle d'autre part. Une cohabitation entre les deux justices a dès lors été pensée. Toutefois, pour marquer la suprématie de la justice étatique sur celle privée, il est admis que les décisions de cette dernière peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge étatique.

L'avènement de la structure étatique a entrainé divers mutations dans l'organisation sociétale des territoires en l'occurrence la pratique de la justice. Désormais, un corps spécial formé d'individus chargés de rendre justice au nom du peuple était créé : La magistrature.

PORTALIS affirmait que « *la justice est la première dette de la souveraineté* »[499]. Plusieurs décennies plus tard, les faits lui donnent raisons. Certains auteurs la qualifient comme étant un signe de civilisation, une garantie pour les citoyens, une institution d'équilibre[500]. Dans une autre approche, la justice en Afrique est un élément de pression. Au regard des regards des rapports entre elle et les détenteurs du pouvoir, il apparait qu'elle n'est pas indépendante. Aussi est-elle instrumentalisée pour réaliser des actions en faveur d'une personne, d'un bord politique…

A partir de ce constat, nous déduisons que pour les Etats africains, la justice est avant tout un instrument de souveraineté (§1) mais aussi un instrument politique (§2).

§1. La justice, instrument de souveraineté

La souveraineté se définit comme étant la détention de l'autorité suprême. Elle ne peut être exercée par un seul individu. En France, l'article 3 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ». Les Etats ont dans leurs

[499] PORTALIS, Discours préliminaire au Code civil.
[500] D. LUDET et D. ROUSSEAU, « La justice, un pouvoir de la démocratie », *Tribune de Libération*, 21 mars 2018 à 00 : 00. www.libération.fr

constitutions, repris l'esprit de l'article 3. Ils reconnaissent la souveraineté du peuple et les différents pouvoirs constitutifs de l'Etat. Cette reconnaissance marque en effet, leur opposition à ce qu'un être puisse à lui seul, détenir l'ensemble des pouvoir reconnu à un Etat.

Le concept de souveraineté recouvre plusieurs éléments. Le professeur HINSLEY écrit à ce propos que « *the idea that there is a final and absolute political authority in the political community […] and no final and absolute authority exists elsewhere* »[501]. Sur le plan théorique, la souveraineté se matérialise par la reconnaissance de l'égalité souveraine des Etats, du droit à l'autodétermination des peuples et de la règle de non-ingérence dans les affaires intérieures[502]. C'est effectivement au regard de la capacité de l'entité politique à faire valoir son pouvoir de dernière instance et à exprimer son consentement à être lié par des décisions et normes émanant d'autorités politiques externes que nous pourrons évaluer le statut d'une entité politique dans l'arène internationale[503]. Le caractère absolu de la souveraineté ne revient pas à admettre un pouvoir illimité. En d'autres termes, la souveraineté ne revient pas pour les Etats, à exercer un contrôle étroit sur toutes les activités se déroulant sur son territoire ainsi que sur l'ensemble de ses ressortissants. La souveraineté présente donc trois caractéristiques :

- C'est une notion juridique qui inscrit la question du pouvoir dans le droit.
- L'autorité qu'elle suppose est absolue, par opposition à relative, dans la mesure où un Etat est ou n'est pas souverain.
- Le caractère absolu implique une condition d'unité : l'indépendance qu'elle suppose a pour corollaire de faire de l'entité souveraine, la seule habilitée à prendre les décisions qui la concernent dans les sphères internes et internationales[504].

Cependant, la prétention à exercer un pouvoir politique de dernière instance et à détenir le monopole de la violence légitime est quant à elle, constante[505]. La souveraineté est dès lors reliée à la question de la nature de l'autorité exercée et non qu'à celle du contrôle[506].

---

[501] F.H. HINSLEY, *Sovereignty* Cambridge, CUP, 2nd éd, 1986, p. 1.
[502] V. B. DELCOURT, *Droit et souverainetés*. Analyse critique du discours européen sur la Yougoslavie, Bruxelle, Bern, Berlin, Frankfort/M, New York, Oxford, Wien, P.I.E-Peter Lang, 2003.
[503] B. DELCOURT, « Le principe de souveraineté à l'épreuve des nouvelles formes d'administration internationale de territoires », *Pyramides, revue du Centre d'Etudes et de recherches en Administration publique*, sept. 2005, p. 87-110.
[504] A. JAMES, « The practice of Sovereign Statehood in contemporary International Society », *in* R. Jackson (éd), *Sovereignty at the Millenium*, Oxford, Blackwell, pub., 1999, p. 40.
[505] F.H. HINSLEY, *op. cit*. p. 214.
[506] J.E. THOMSON, « State Sovereignty in international relations. Bridging the Gap between Théorie and Empirical Research », *International Studies Quarterly*, vol. 39, 1995, pp. 215-217.

En résumé, le concept moderne de souveraineté se présente de trois approches :

- Négative, la souveraineté est le fait de n'être sujet de personne dans l'ordre international et d'être l'autorité suprême dans un territoire donné. C'est donc un pouvoir absolu et indivisible.
- Positive, car la souveraineté exprime la faculté de faire ou pas une action.
- Opérationnelle, car elle n'existe qu'à travers des interactions entre unités politiques et institutions internationales.

Les Etats africains sont relativement jeunes par rapport à ceux de l'occident. De fait, un grand nombre de ces Etats accède à la souveraineté internationale dans les années 1960. C'est dire si les défis sont nombreux pour la constitution de véritables nations. L'un des éléments permettant à l'Etat d'asseoir son autorité est la justice. La justice est alors un instrument de puissance public (A) mais aussi de cohésion (B).

A. La justice, instrument de puissance publique

La jeunesse des Etats subsahariens commande que leurs dirigeants puissent affirmer leurs Etats dans le concert des nations mais aussi au sein de leur propre territoire. Par ailleurs, la justice est traditionnellement liée à l'Etat du fait qu'elle est perçue comme un service public, ouvert à chacun. C'est une mission régalienne de l'Etat exercée pour le peuple.

En outre, la justice est une administration. Les magistrats sont des fonctionnaires de l'Etat. La déjuridictionnalisation peut entrainer à terme un licenciement de plusieurs magistrats. Dans des pays où l'Etat est le premier employeur, il est évident qu'un tel dégraissage de l'effectif des magistrats conduira à des tensions sociales.

Ainsi, la justice permet d'imposer les lois (1) tout en protégeant les citoyens (2).

1. La justice, garante des lois nationales

La justice est la bouche de la loi qui est une émanation du politique. C'est une autorité d'application soumise au pouvoir politique légitime issus du suffrage universel[507]. La justice intervient dans toutes les activités sociales de façon déterminantes. De fait, la société étant codifiée, elle permet de donner une portée

[507] D. LUDET et D. ROUSSEAU, *op. cit.*

effective aux lois et textes en vigueurs dans un Etat. Elle veille au bon respect et à l'application des préceptes de la république. Elle sanctionne les comportements déviants proscrits par la loi.

L'Etat par le biais de la justice impose sa volonté et use de son pouvoir de coercition pour amener l'adhésion du peuple et de ce fait maintient l'unité du groupe comme le disait jean BODIN[508]. En d'autres termes, elle est garante de l'affirmation de l'Etat de droit[509], socle d'un Etat moderne au niveau interne.

2. La justice, instrument de protection du citoyen

Une société démocratique se juge à la façon dont elle traite sa justice affirme un auteur[510]. Les missions de la justice sont nombreuses. Toutefois, on peut affirmer qu'elle participe à la protection du citoyen. L'individu fait entièrement confiance en la justice de son pays pour régler les différends qu'il pourrait avoir avec d'autres composantes de l'Etat.

La protection peut être endogène ou exogène. C'est-à-dire que la justice peut protéger un individu contre lui-même ou contre son entourage. C'est ainsi qu'elle peut être saisi pour des cas mise sous tutelle, curatelle ou encore des cas de divorce, de violences, d'escroquerie… La justice est saisie de tous les drames vécus par les citoyens. Elle doit alors apporter une réponse face à la détresse exprimée.

B. Instrument de cohésion

La justice est un marqueur de la démocratie. Les sociétés sont sorties de la barbarie lorsqu'elles ont abandonnées la justice populaire pour la justice institutionnelle. La justice demeure la gardienne des libertés par lesquelles se construit la société. Elle œuvre donc pour maintenir la cohésion en apportant la paix sociale (1) et le vivre ensemble (2).

---

[508] J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, réed. 1986, éd. Fayard, Livre I, chap. X, p. 306. Selon l'auteur, la puissance absolue du souverain requiert qu'ils ne soient «*aucunement sujets aux commandements d'autrui et qu'ils puissent donner lois aux sujets et casser ou anéantir les lois inutiles pour en faire d'autres* ». BODIN, classait néanmoins le pouvoir de l'Etat de rendre la justice en second lieu.

[509] J.M. SAUVE, « *Quelle souveraineté juridique pour les Etats et pour l'Union ?* », Intervention à l'occasion de la conférence inaugurale du cycle des « Entretiens sur l'Europe » organisé par le conseil d'Etat, 21 octobre 2015. www.conseil-état.fr

[510] E. GUIGOU, « La justice, service public », *Après-demain*, vol. n° 15, nf, n° 3, 2010, pp. 8-11.

1. La justice, instrument de paix sociale

Il n'est pas exclu que des individus d'un même groupe puissent avoir des différends. L'ère de la justice populaire ou personnelle étant révolue, les individus soumettent leurs litiges auprès de la justice de l'Etat. La justice constitue l'un des maillons forts du pacte citoyen et républicain d'un Etat de droit. Elle est le rempart qui protège les personnes, garantit les règles du vivre ensemble, les droits et les obligations de chacun, les conditions d'une société apaisée. Elle est par ailleurs, une réponse à la légitime demande de sécurité des populations. C'est l'un des engagements du contrat social que Jean-Jacques Rousseau : l'individu doit abandonner sa liberté en contrepartie de la sécurité que lui offre l'Etat. Cette sécurité est assurée au moyen de la justice qui encadre ou du moins veille au respect des droits et devoirs des citoyens les uns envers les autres. Au regard de l'espoir qu'elle suscite mais aussi des missions et des résultats qu'on lui accorde, il est impossible pour les Etats de renoncer à la justice étatique au profit d'une autre totalement privée.

La justice apparait donc comme un gage de paix, de cohésion sociale et d'unité de la nation. Elle permet de maintenir les individus autour d'un idéal commun, d'une vision commune.

2. Justice et vivre ensemble

Thomas HOBBES affirmait que « *l'homme est un loup pour l'homme* », cela en témoignage de la méchanceté que les uns avaient à l'égard des autres. Dans ces sociétés anciennes, seule la loi du plus fort s'appliquait ; l'intérêt individuel au mépris de celui du collectif.

La société nouvelle est bâtie sur des règles, des principes communs. L'intérêt collectif est pris en compte et guide toutes actions des gouvernants. Une fois de plus, la justice est sollicitée pour que les choses restent comme telles. Les règles étant choisies pour un meilleur vivre ensemble, il faut alors qu'une autorité veille au respect de ces dernières et puisse en cas de transgression, punir les auteurs conformément aux textes que la communauté aura validés.

Une bonne administration de la justice permet l'expansion de l'individu et de la population dans son ensemble. « *la puissance de la loi est par exemple réquisitionnée pour imposer ce que le politique estime être le bon programme de développement ou de survie des emplois : le partage du travail est aujourd'hui une affaire de règle du*

droit » observe des auteurs[511], tout comme le juge est transformé de l'épanouissement économique en agissant en amont à la prévention sur les difficultés des entreprises.

Il est donc indéniable que la justice soit au service de la société en participant à un meilleur vivre ensemble.

§2. La justice, instrument politique

La justice est un instrument des politiques. Ils se servent d'elle pour accomplir certaines tâches. L'instrumentalisation de la justice découle de ce que la justice soit juste une autorité d'exécution. Elle induit alors une soumission de la justice vis-à-vis des autorités de conception de la loi, en l'occurrence les députés. La justice apparait dès lors comme le bras armé du pouvoir exécutif. Ce postulat remet en doute l'indépendance de la justice. Il tend beaucoup plus à présenter la justice comme le serviteur de l'Etat puisque ses budgets, son personnel dépendent de l'exécutif

En Afrique comme dans plusieurs régions, la justice est pour les citoyens, un instrument de pression politique (A) mais aussi de pression économique et sociale (B).

A. La justice instrument de pression politique

Les rapports entre la justice et le politique sont un cercle vicieux dont on ne connait pas totalement les aspects. La justice ne sert pas qu'à harmoniser la vie en société ou encore à promouvoir l'harmonie entre les différents individus. Elle est parfois détournée de ses missions pour servir des buts et causes obscures. Elle est ainsi utilisée pour bâillonner les politiques au travers la judiciarisation du politique (1) qui se traduit par la menace permanente des hommes politiques (2).

1 La judiciarisation du politique

La vie dans la cité est rythmée par l'activité politique. Celle-ci utilise dans la pratique des méthodes qui lui sont propres et qui parfois frisent l'illégalité sans pour autant l'être.

[511] H. HAENEL et M.- A. FRISON-ROCHE, *Le juge et le politique*, PUF, mars 1998, p. 12

La nouvelle parade pour les gouvernements peu démocratiques vise à judiciariser les faits politiques. La judiciarisation consiste notamment à faire tomber dans l'escarcelle du juge des faits dont la connotation est politique pour en faire des délits punissables par la loi. Il peut être question de limiter les rassemblements des opposants sur l'étendue du territoire national. Ainsi, la seule tribune qui leur sera réservée est celle de l'assemblées où, le plus souvent, elles sont minoritaires.

Cette méthode tend à limiter voire arrêter les actions politiques des oppositions sur le terrain. Conscient de leurs minorités dans les chambres parlementaires, les gouvernants n'ont pas de mal à étouffer les propositions et les amendements déposés par les opposants. En revanche, les gouvernants savent qu'ils peuvent mobiliser énormément de monde. Ils préfèrent donc interdire tout rassemblement ou attroupement. Les raisons sont parfois toute trouvée : troubles à l'ordre public, information émanant des services secrets faisant état de trouble potentiel, impossibilité de sécuriser l'ensemble des participants… .

Bien évidemment les leaders de l'opposition y voient une tentative de bâillonnement de leurs forces sur le terrain. Rapidement, des émeutes éclatent avec les conséquences qu'on connait.

2 La justice, cette épée de Damoclès sur la tête des opposants

La justice, épée de Damoclès sur la tête des opposants. Ce pourrait être l'une des conséquences de la judiciarisation du politique. En effet, le fait que les gouvernements fassent tomber sous le coup de la loi certaines expressions politiques sachant pertinemment que l'opposition ne respectera pas les interdictions non pas parce qu'elle désobéirait, mais simplement parce qu'elle souhaite s'exprimer et que c'est sa manière de s'exprimer, est d'un cynisme politique sans précédent.

Généralement, les marches ont lieu, les rassemblements et autres points de presse… se déroulent à la suite desquels des émeutes surviennent. La responsabilité des leaders est alors engagée surtout s'il y a destruction de biens et pire, mort d'homme. Les leaders sont alors arrêtés et mis en examen mais pas systématiquement condamnés.

La justice ayant son temps à elle, l'instruction n'est pas toujours diligente. Cependant, force est de constater que des éléments nouveaux sont versés au dossier à chaque fois que l'opposition tente de sortir du bois. Coïncidence ou manipulation ? Le fait est que plusieurs leaders de l'opposition en Afrique subsaharienne et

principalement dans les pays appartenant à l'OHADA, ont des affaires pendantes devant la justice de leurs Etats.

B. La justice, instrument de pression économique et sociale

Hormis la politique dans laquelle la justice est utilisée comme une arme offensive et dissuasive, la justice sert aussi de moyen de pression économique (1) et sociale (2).

1. La justice, instrument de pression économique

La mondialisation a entrainé un rapprochement des populations mais aussi le transfert de technologie du Nord, vers le Sud. Ce dernier n'affecte pas que les techniques, procédés et brevets, mais aussi une délocalisation des unités de production. Par ces délocalisations massives sont motivées par le coût attractif des matières premières ou encore de la main d'œuvre bon marché. Ainsi, les Etats membres de l'OHADA hébergent une multitude d'entreprises étrangères.

Les entreprises présentes sur ces territoires, en fonction de leurs tailles et de leurs puissances financières entre en concurrence indirectement avec les Etats. Parfois, il arrive que le rapport de force tourne à l'avantage de ces FMN en raison de leurs contacts à l'extérieur et de leur pouvoir financier. Il existe des soupçons de menaces de certaines FMN à l'endroit de certains Etats sur leur stabilité politique et sociale[512].

Tous ces éléments nécessitent que par prudence les Etats gardent le levier de la justice qui permet de prendre des mesures conservatoires afin de préserver la sécurité et la souveraineté des Etats. A cet effet, plusieurs expropriations et retrait de concession ont eu lieu ces dernières décennies dans l'espace OHADA. La dernière en date est celle du retrait de la concession de SEEG, filiale du groupe français Véolia dans la gestion et la distribution de l'eau au Gabon. Après plus de vingt ans de partenariat, l'Etat gabonais venait de renouveler sa confiance au groupe français. Cependant, cinq mois plus tard, ce dernier décide contre toute attente de reprendre la gestion de ce service public. L'argument avancé est l'insuffisance d'investissement de la filiale du groupe Vivendi dans la distribution d'eau et d'énergie sur toute l'étendue

[512] Voir les affaires Elf et l'Etat Congolais ou encore celles du groupe Eramet et l'Etat du Niger.

du territoire. Actuellement, le litige fait l'objet d'une procédure de conciliation qui, en cas d'échec se transformera en contentieux auprès du CIRDI.

La reprise des unités de productions hydro-électriques n'a été rendu possible que par le biais d'une décision du tribunal de Libreville qui a mis sous séquestre toutes les infrastructures et comptes de la SEEG. Même si à l'issue de la procédure CIRDI, l'Etat était condamné, il aurait néanmoins gardé son outil de production et annihiler l'influence de la FMN sur son territoire.

2. La justice, instrument de pression sociale

Les sociétés anciennes africaines se composaient de l'Etat, des partenaires privées et de la population. Cette dernière n'avait qu'un rôle d'exécutant, c'est-à-dire un rôle passif dans la gestion des affaires.

De nos jours, cette posture a changé. La population est devenue un acteur actif de la vie de la cité notamment au travers les ONG, les syndicats et les associations. Cette prise de conscience citoyenne trouve ses origines dans les scandales des politiques. En effet, plusieurs hommes politiques ont été noyés dans des scandales de corruption faisant perdre à la collectivité d'énormes sommes d'argent. Ces dérives répétées ont conduit les citoyens à exiger un droit de regard sur la gestion des affaires de l'Etat. Désormais, les ONG et les associations exercent des missions semblables à celles des parlementaires puisqu'elles contrôlent l'action du gouvernement sur le terrain, font des propositions visant à renforcer les droits des citoyens, et lancent parfois des alertes sur des situations jugées à risque[513].

Dans certains Etats où la démocratie n'est pas encore au rendez-vous, il est évident que l'action des ONG et autres structures de défense de droits des citoyens dérange. Pour pallier cette situation, les gouvernants n'hésitent pas à dégainer leur arme ultime : la justice. Une fois de plus, elle est mise à contribution pour museler les leaders de ces organisations. Des infractions sont créées pour pouvoir « mettre en cage » ces troubles fêtes. Le sentiment d'une justice à la carte ou la tête du client s'en trouve ainsi renforcé.

La justice exerce sur ces organismes et leurs dirigeants une grande pression qui s'apparente à du harcèlement : convocations incessantes au tribunal pour des affaires dont la compétence matérielle ne leur échoit pas, mise en statut de témoin assisté pour

[513] Nous pouvons citer les actions en France de l'ONG Green peace qui alerte sur les dangers des vieilles centrales nucléaires.

des affaires où leurs noms sont simplement cités… Parfois ce sont des proches de ces personnes qui sont inquiétés pour exiger de la part des ONG un silence sur une question à défaut d'un reniement sur une position. La justice, instrument normalement au service du peuple est transformée en bourreau du peuple.

Conclusion du chapitre II

En dépit de ce que la déjuridictionnalisation s'impose pour parvenir à une déjudiciarisation totale de l'arbitrage OHADA, il est à constater qu'à l'évidence, plusieurs contingences affectent cette mise en œuvre.

Le bémol est principalement dû au scepticisme des Etats vis-à-vis de l'arbitrage en général et de l'arbitrage d'investissement en particulier. A cela s'ajoute le poids des FMN au sein des territoires. Ces dernières concurrencent les Etats sur bien des domaines régaliens et *in fine*, imposent parfois leur diktat.

En outre, la déjuridictionnalisation est freinée par la place ou les missions que les Etats assignent à leurs justices en marge de celles normalement connues. De fait, les Etats africains utilisent la justice comme un élément d'affirmation de leur souveraineté interne et internationale mais aussi et surtout un instrument politique. A ce titre, la justice impacte sur les politiques, la société civile et l'économie.

Conclusion du titre II

Les compétences des tribunaux et des Cours lorsqu'ils interviennent dans une procédure arbitrale se fondent sur des critères matériels et territoriaux. Ces derniers sont le fruit des législations nationales des Etats membres de l'OHADA puisque l'organisation ne détermine pas les juridictions compétentes dans les Etats membres.

Ces mécanismes d'attribution de compétence tombent en désuétudes sous le coup de la déjuridictionnalisation que doit opérer les Etats parties de l'OHADA. Il s'agit pour chacun des Etats de retirer les compétences matérielles et territoriales autorisant la saisine du juge au cours d'une instance arbitrale. En d'autres termes, il s'agit de priver le juge de tout fondement légale pouvant l'amener à se saisir d'une question qui fait l'objet d'un litige soumis à l'arbitrage. Les juges privés de base légale d'intervention ne sont plus que de simples spectateurs de cette justice privée.

Toutefois, fort est de constater qu'en l'état, la mise en œuvre de cette déjudiciarisation ne portera pas les fruits escomptés mais plongera plutôt l'arbitrage dans une crise qui pourrait bien le faire sombrer dans l'oubli et par corollaire, faire fuir les investisseurs de l'espace OHADA car faut-il encore le rappeler, ces dernier affectionnent particulièrement ce mode de justice à celui rendu par les Etats.

Le constat posé, il convient donc dans un second temps de poser le regard sur les manquements qui affectent une bonne déjudiciarisation de l'arbitrage ad-hoc OHADA. Cette tâche nous permettra par la suite de faire des propositions conséquentes pour la déjudiciarisation de l'arbitrage puisse garantir le même niveau de sécurité juridique aux parties et aux Etats, garants de la justice sur leur territoire.

Conclusion de la première partie.

La justice arbitrale est sous tutelle de son homologue justice étatique. La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA que nous entreprenons est un long processus qui passe par plusieurs étapes.

Le premier niveau consiste à adapter le corpus juridique actuel à la vision que l'on se fait de l'arbitrage de demain : Dans cette optique, ce sont les textes régionaux qui ont une valeur juridique plus grande que les autres dispositions qui font l'objet d'un toilettage. Il s'agit d'élaguer toutes les dispositions ayant un rapport entre le juge et l'arbitre, avant, pendant ou après son office.

Les dispositions nationales complètent celles dites communautaires. A ce titre, elles subissent une révision totale au travers les codes d'investissement, les codes d'arbitrage ou encore les codes de procédures civiles. Le but de cette manœuvre est d'arrimer les lois nationales aux nouvelles règles régionales.

Enfin, dernière roue du carrosse de ce changement du système juridique, les différentes conventions en vigueur. L'arbitrage est avant tout une justice conventionnelle. Les arbitres puisent leur légitimité du contrat qu'ils passent avec les parties aux litiges. Il est donc naturel que ces parties puissent tenir compte des nouvelles règles qui régissent la rédaction de leur convention. L'objet visé est de rendre homogène les normes arbitrales qui consacrent l'exclusion du juge.

Dans un second temps, il s'est révélé important d'adapter la nouvelle mouture arbitrale au concept judicaire présent : Ainsi, le juge est débarrassé des critères de compétence que la loi lui reconnait pour se saisir d'une question d'arbitrage. Cette opération entraine des conséquences sur le plan humain avec la disparition des juges d'appui et de contrôle du paysage arbitral.

Cette opération qui provoque le scepticisme des Etats marque un frein à cette volonté de déjudiciarisation de l'arbitrage qui, en l'état, crée une instabilité juridique de l'arbitrage parce que conçu comme système reposant sur la présence du juge, nécessite un réaménagement de ses fondamentaux.

Partie II

La déjudiciarisation par le respect de ses exigences

« *L'administration de la justice requiert la mise en place d'un cadre adéquat qui regroupe un ensemble d'exigences pour son épanouissement, son développement* »[514]

[514] S. AMRANI-MEKKI, « Chantiers de la justice- premières réactions aux chantiers de la justice, Transformation numérique, Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions », *Gaz. Pal*. 6 févr. 2018, n° 5. p. 67.

Les difficultés que connait la justice étatique poussent les justiciables à se tourner vers de nouvelles formes de règlement de différends. Il s'agit de procédures extrajudiciaires qui aboutissent à une solution généralement bien accueillie par les parties. Le succès de ces méthodes conduit les justiciables à faire d'une de ces pratiques, leur justice principale. En effet, l'arbitrage est devenu le premier mode de règlement de différends dans le commerce international devant la justice étatique.

Le succès de l'arbitrage tient principalement à ses avantages : célérité, souplesse, confidentialité… En outre, à l'instar de la justice étatique, il dispose de certains pouvoirs qui la mettent sur un même pied d'égalité que la justice des Etats. Toutefois, cette égalité est relative puisque le juge étatique dispose de certaines prérogatives au sein de l'arbitrage.

Le processus de déjudiciarisation engagé sur l'arbitrage ad-hoc OHADA permet de voir l'extraordinaire engrenage de la cette machine juridico judiciaire et la subtile fusion qui existe entre ce mode alternatif de règlement de différent et la justice étatique. Nous sommes parvenus à la conclusion que le changement du corpus juridique communautaire, national et conventionnel qu'accompagne un dessaisissement des Cours et tribunaux ne garantissent pas la réussite de ce vaste chantier socio-juridique.

Les exigences que nécessite la déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA sont nombreux ; les défis sont gigantesques et requièrent une réelle volonté de tous les acteurs. C'est pourquoi dans un premier temps nous focaliserons sur les exigences au sein de l'arbitrage lui-même (**Titre 1**), puis en second lieu, nous nous pencherons sur les exigences de l'OHADA et des Etats (**Titre 2**).

Titre I

Les exigences de la déjudiciarisation au sein de l'arbitrage

« *L'arbitre est un juge, certes privé, mais il tranche, il juge. Cependant, s'il détient la balance de la justice, il n'en a pas le glaive…* »[515]

[515] S. LAZAREFF, « Le juge et l'arbitre », *Gaz. Pal*. 16 déc. 2008, n° GP20081216001, p. 3.

Le but de ce titre est d'examiner les conditions nécessaires à une bonne déjudiciarisation de l'arbitrage *ad-hoc* OHADA. Il concerne donc exclusivement l'ensemble d'éléments constitutif de l'arbitrage Ohaha. Une vision panoramique balaiera l'institution de l'arbitrage lui-même, les acteurs ainsi que les institutions connexes dans le but de déceler les manquements intrinsèques à l'arbitrage. Cette opération *in fine* doit permettre à l'arbitrage d'être affranchi de l'assistance du juge sans pour autant le fragiliser en termes de rendu de la justice.

Premièrement, la suppression de l'assistance du juge crée une méfiance des usagers vis-à-vis de l'arbitrage. Ces derniers avaient pris l'habitude d'associer l'arbitre au juge étatique comme si l'arbitre n'assurait que la *jurisdicio* et le juge, l'exécution. Une autre vision du couple arbitre et juge, la présente comme un fils en apprentissage auprès de son père. L'enseignement n'étant pas terminé, le départ du père non seulement rend le fils orphelin mais en plus, le laisse inexpérimenté face aux challenges de sa mission.

Deuxièmement, le départ du juge entraine de *facto* la fin de certaines procédures judiciaires qui permettaient une meilleure administration de la justice. L'impossibilité de recourir à ces outils oblige l'arbitre à innover. Cette nouvelle vision nécessitera que les organes connexes à l'arbitrage OHADA soient révisés mais aussi que les obligations des parties soient revisitées.

En tout état de cause, les exigences de la déjudiciarisation du point de vue arbitral, s'orientent vers deux axes : la révision du statut de l'arbitre (**Chapitre 1**) de même que les obligations des parties et les réformes procédurales (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La nécessaire révision du statut de l'arbitre

« *L'arbitre doit être une personne physique disposant du plein exercice de ses droits et n'étant frappée d'aucune incompatibilité professionnelle* »[516]

[516] C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Lextenso, 2013, p. 232.

De nombreuses conventions internationales ratifiées par les Etats membres de l'OHADA reviennent sur les principes de la justice. Ces derniers mettent en avant le droit d'accès à la justice mais aussi l'exigence d'une bonne administration de la justice.

Ces points sont déterminants pour les Etats en termes de notation sur l'état de la justice dans leurs pays respectifs. Cette notation est d'autant plus importante puisqu'elle permet d'une part de mesurer le niveau d'état de droit[517] d'un pays. D'autre part, elle impacte sur la venue d'investisseurs dans l'espace régional. De fait, les investisseurs sont certes à la recherche de terres d'investissement mais ils sont surtout à la recherche de terres d'investissement où la sécurité juridique de leur apport est garantie par différents acquis juridico-judiciaires[518].

Depuis plusieurs années déjà, l'arbitrage s'impose dans le paysage judicaire régional[519], national[520]. L'essor de ce mode alternatif de règlement de différends est encore plus amplifié avec le mouvement de la mondialisation qui réduit le monde en « *village global* »[521]. Les entreprises, les capitaux étant désormais mobiles, la peur que les intérêts privés confrontés à ceux des Etats ne soient jugés par un « juge partial » a conduit les acteurs du commerce international à plébisciter l'arbitrage comme mode premier de règlement de conflits[522]. M. KAHN affirmait à ce propos qu' « *en matière d'investissement, [NDA: l'arbitrage] est considéré comme une des garanties les plus précieuses qui puissent être accordées à l'entrepreneur privé* »[523]. Ainsi, comme le relèvent des auteurs, « *le droit international a trouvé un terreau particulièrement*

[517] Notion juridique théorisée par Hans KELSEN. Elle renferme trois concepts : le respect de la hiérarchie des normes, l'égalité des sujets de droit et l'indépendance de la justice. De manière brève, l'Etat de droit se définie comme étant « un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. Il est fondé sur le principe essentiel du respect de ses normes juridiques (la légalité), chacun étant soumis aux mêmes droits, quel que soit l'individu ou la puissance publique ». www.toupie.org/Dictionnaire/Etat_droit.htm

[518] En ce sens, v. R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international », *LPA* 7 déc. 1998, n° PA199814603, p. 8.

[519] Les regroupements communautaires économiques opérés à l'échelle mondiale recommandent comme mode de règlement de conflit, l'arbitrage. Pour ce qui est de l'espace Ohada, cet engouement se traduit par un droit commun de l'arbitrage et l'érection d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui, en même temps fait office de centre d'arbitrage institutionnel.

[520] L'attrait pour l'arbitrage se manifeste par le volume de textes législatifs sur la matière (Code d'arbitrage, Code d'investissement, Code de procédure civile…)

[521] Selon l'expression du sociologue canadien Marshall Macluhan, *War and Peace in the Global Village*, 1968.

[522] Sur la question, V. l'arbitrage d'investissement.

[523] Ph. KAHN, « *Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française* », *JDI*, n° 2, 1965, p. 375.

fertile de réalisation juridictionnelle[524] *dans les décisions arbitrales, rendues par les tribunaux arbitraux* »[525].

Une confusion est souvent opérée entre le tribunal arbitral et l'arbitre[526]. L'arbitre est le tiers désigné pour exercer la fonction d'arbitre. En revanche, le tribunal arbitral est un collège investit de la fonction juridictionnelle[527]. L'arbitre est alors le talon d'Achille de l'arbitrage. C'est le personnage central de l'arbitrage, assure la doctrine[528].

Cependant, force est de constater qu'en dépit de son rôle primordiale au sein de l'arbitrage, l'arbitre reste un acteur peu vulgarisé. Ce peu d'intérêt se manifeste également dans les textes législatifs. En France[529] par exemple, Mr FOUCHARD remarquait que « *le nouveau code de procédure civile est resté fort discret sur la personne, la mission, les droits et les obligations de l'arbitre* »[530]. L'acte uniforme sur l'arbitrage ne fait pas mieux puisqu'il ne se borne qu'à une énonciation non exhaustive de quelques droits et obligations liées au statut de l'arbitre[531]. Heureusement que le droit n'est pas que textuel. Il s'appuie aussi sur la doctrine[532] et la jurisprudence qui ont permis de dégager les prémisses du statut de l'arbitre[533].

Il faut attendre les travaux de Philippes FOUCHARD[534] ou encore ceux de Thomas CLAY[535] pour voir l'arbitre mis en lumière. Les textes modernes en droit de l'arbitrage[536] ont fini par consacrer dans leurs dispositions un statut à l'arbitre. A cet

[524] J. COMBACAU, S. Sur, *Droit international public*, 10e éd., Domat, Paris, Montchrestion, 2012, p. 575.
[525] P. JACOB et F. LATTY, « *Arbitrage transnational et Droit international général* », *annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012, pp. 605-652.
[526] En ce sens, v. Th. CLAY, « *L'arbitre* », préface Ph. FOUCHARD, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 647-648, p. 513-514.
[527] Notons néanmoins qu'un arbitre unique constitue également un tribunal arbitral.
[528] J.-B. RACINE, Th. CLAY (sous la dir), « Le nouvel arbitre », *in le Nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, p. 117.
[529] Les décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981
[530] Ph. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb*. 1996, p. 325, reproduit *in Ecrits, CFA*, 2007, p. 147.
[531] Article 7 de l'AUA.
[532] Pour une approche sociologique, v. Th. CLAY, « Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique », *in les arbitres internationaux*, Société de législation comparée, 2005, p. 13.
[533] Le statut de l'arbitre, suppl. spéc., Bull. Cour international d'arbitrage de la CCI, 1995.
[534] Ph. FOUCHARD, « *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française* », *op. cit.*, n° 3, p. 325.
[535] Th. CLAY, « *L'arbitre* », préface Ph. FOUCHARD, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001.
[536] Le décret du 13 janvier 2011 de la législation française, l'AUA, les règlements d'arbitrage de la CCJA, CCI, AFA, CIRDI.

arsenal juridique vient en renfort une abondante doctrine que Mr CLAY qualifie de « *complémentaire* »[537].

Ainsi, le contrat d'arbitre établie un lien conventionnel[538] entre les parties et l'arbitre : c'est le lieu de l'acceptation entre « *l'offre de service d'arbitrage et la demande en arbitrage* »[539] puisque d'un côté, les litigants désignent le ou les arbitres et de l'autre côté, le ou les arbitres acceptent de trancher le contentieux. Le contrat d'arbitre ne doit cependant pas être confondu avec le contrat d'organisation de l'arbitrage qui émane des centres d'arbitrage. En effet, lorsque les parties optent pour un arbitrage institutionnel, elles adhèrent par la même occasion, à l'offre permanente et ferme comprise dans le règlement d'arbitrage de l'institution sollicitée[540]. Cette acceptation est alors greffée à la convention d'arbitrage. Sous le vocable de contrat d'organisation de l'arbitrage, se fige le lien contractuel[541] entre les parties et le centre d'arbitrage[542].

A l'instar du contrat d'organisation de l'arbitrage, le contrat d'arbitre fait peser des droits et des obligations à l'arbitre vis-à-vis des parties et vice versa. L'étendue de ces droits et varie d'une législation à une autre, d'une institution à une autre[543]. En outre, seuls les droits et obligations de l'arbitre retiendront notre attention. Parmi les droits de l'arbitre, nous relevons deux types : les droits inhérents à la mission juridictionnelle[544] et les droits conventionnels[545]. Idem en ce qui concerne les obligations. Nous retrouvons une classification sur deux points : les obligations liées à la mission juridictionnelle et les obligations liées à l'arbitrage.

Les obligations liées à la mission juridictionnelle comprennent notamment les principes d'indépendance, d'impartialité, de révélation, de célérité, de loyauté mais encore l'obligation de juger, d'organiser efficacement l'arbitrage. Les obligations inhérentes à l'arbitrage quant à elles, se composent de l'obligation de confidentialité, d'efficacité de la sentence… Nous intéressera dans cette partie, l'obligation de juger.

---

[537] Th. CLAY, « *L'enseignement et la recherche en droit de l'arbitrage* », *CAPJA, Cah. arb.* n° 3, 2017, p. 419

[538] Paris, 19 déc. 1996, *Rev. arb*. 1998, p. 121, note Ch. JARROSSON.

[539] C'est nous qui le disons.

[540] Paris, 22 janvier 2009, somm., p. 2959. Obs. Th. CLAY ; *Cah. arb.*, 2010, p. 219, note Y. DERAINS et SCHROEDER.

[541] Sur la question des rapports entre les parties et l'arbitrage institutionnel, v. Ph. FOUCHARD, « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », *Ecrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 429.

[542] *RCDIP* 2002, p. 124, note Ch. SERAGLINI ; Civ, 1re, 20 févr. 2001, *Bull. civ*. I, n° 39.

[543] En droit Ohada, les articles 7, 8 et 13 viennent définir l'ensemble des droits et obligation qui pèsent sur l'arbitre. v aussi, M. N. NDEYE COUMBA, « Le statut de l'arbitre dans la réforme de l'arbitrage en droit Ohada », *LEDAF* mai 2018, n° 111h0, p. 5

[544] Sans être exhaustif, immunité de l'arbitre, empêchement, abstention et démission de l'arbitre, liberté de jugement de l'arbitre…

[545] Sans être exhaustif, le droit à la rémunération, les provisions sur frais et honoraires…

La mission principale de l'arbitre est de trancher le litige qui lui est soumis. Il ne peut donc pas déléguer sa mission juridictionnelle à un tiers[546] tout comme sa démission ne peut être acceptée qu'en cas de cause légitime ou par accord des parties. L'obligation de juger à laquelle est soumis l'arbitre requiert de la part de ce dernier, un certain nombre de qualités (**section 1**) mais encore un renforcement de ses prérogatives (**section 2**).

Section 1. Les qualités de l'arbitre

« *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* » a-t-on coutume de dire. Cette assertion a toute sa place lorsqu'on sait que la pratique de l'arbitrage nécessite pour l'individu, plusieurs qualités. Il existe des qualités dites indifférentes et des qualités propres à l'arbitre.

Les qualités indifférentes font références par exemple aux capacités physiques ou psychiques de la personne. Il peut également s'agir du sexe ou de sa religion[547]. On imagine que conditionner la fonction d'arbitre à de telles qualités reviendrait à opérer une discrimination. Or, la discrimination est un délit consacré dans plusieurs constitutions[548].

Par ailleurs, sa qualification professionnelle ou ses diplômes sont tout aussi indifférents. Toutefois, il existe des incompatibilités à la fonction d'arbitre. Celles-ci sont laissées au pouvoir discrétionnaire des Etats qui légifèrent dessus[549].

Les qualités propres à l'arbitre sont, elles constituées de l'indépendance et de l'impartialité[550]. Sous réserve du respect de ces exigences, les parties sont donc libres de choisir l'arbitre qu'elles veulent. Et c'est bien là le nœud du problème. En effet, l'arbitrage ad-hoc OHADA régit désormais « *le vieux droit des gens de Grotius* »[551] dont les Etats sont parties prenantes. Or ces derniers manifestent un scepticisme vis-à-vis de cette forme d'arbitrage notamment parce que les arbitres ne sont pas

[546] Ch. JARROSSON, « L'expertise juridique », in *Liber Amicorum Claude Reymond autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 127, spéc. n° 8, p. 130.
[547] Pour une étude détaillée de ces qualités, v. Th. CLAY, *L'arbitre*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001, spéc. n° 457 à 478, p. 383 à 400.
[548] Le préambule des toutes les constitutions des Etats membres de l'Ohada contient une disposition dans laquelle il est clairement mentionné le rejet de la discrimination pour des motifs physiques, culturels, économiques, réligieux…
[549] Il s'agit des personnes ne jouissant plus du plein exercice de leurs droits, des personnes frappées par des sanctions, des incompatibilités professionnelles…
[550] Article 7 alinéa 3 de l'AUA.
[551] Ch. LEBEN, « *La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements* », cet *Annuaire*, 2004, p. 714

suffisamment qualifiés pour juger des litiges ayant des Etats pour parties. Cependant, le retrait des Etats à l'arbitrage causerait un grand handicap à ces derniers puisque les investisseurs préfèrent ce mode de règlements de différends à la justice étatique. D'où l'intérêt que les arbitres soient des professionnels de la justice (§1) doté d'un sens élevé de probité (§2).

§1. L'arbitre, ce professionnel de la justice

« *Il est peu d'exemples connus d'un chirurgien du genou opérant un patient d'une affection cardiaque et effectuant un pontage. Et pourtant, il est chirurgien* »[552]. *De même il est d'exemples peu connus d'un professeur de droit romain donnant une consultation à l'occasion de poursuites pour abus de biens sociaux. Et pourtant, il est professeur agrégé* »[553]. Ces deux exemples illustrent parfaitement la situation dans laquelle se retrouve l'arbitrage *ad-hoc* OHADA et qui, nous le pensons, le fragilise.

En effet, le fait de ne pas encadrer la qualification professionnelle ou même son niveau de compétence laisse libre court aux parties, dans le choix de leur arbitre. Or de nos jours, les matières à arbitrer sont devenues très pointues de telle sorte que seuls les spécialistes peuvent rendre des décisions justes et acceptées de tous. La professionnalisation de l'arbitre s'avère donc être une exigence, un impératif pour une meilleure administration de l'arbitrage.

La professionnalisation de l'arbitrage ad-hoc OHADA passe nécessairement par la formation des arbitres (A) menée par des institutions spécialisées (B).

A. La formation des arbitres

Pour l'exercice d'une activité, certaines aptitudes cognitives sont souhaitées : pour être avocat, médecin, avoué, architecte, pilote, magistrat, des examens professionnels et ou l'appartenance à un ordre sont obligatoires. Au sujet de l'arbitrage, en dehors des obligations contenues dans le contrat d'arbitre, aucune référence n'est faite concernant sa connaissance à la matière. Cette latitude permet aux parties de par exemple prendre un arbitre qui ne manie pas la langue française. L'acte uniforme édictant que la sentence doit être en français, les parties devront s'attacher

[552] S. LAZAREFF, « De la qualité des arbitres », *Gaz. Pal*. 20 mai 2004, n° GP20040520001, p. 3
[553] S. LAZAREFF, *op. cit*, p. 3.

les services d'un traducteur. Cette éventualité a également un coût puisque le traducteur devra être rémunéré.

En outre, vouloir ériger l'arbitre en une profession élitiste revient à entraver le choix et la volonté des parties (1). Au demeurant cette entrave favorisera un meilleur rendu de la justice et permettrait d'éteindre de scepticisme des Etats (2).

1. L'obligation pour les arbitres d'avoir des connaissances, un frein à la liberté des parties

La plus part des règlements d'arbitrage ou encore de contrat d'arbitre n'exigent pas de l'arbitre, des connaissances pointues dans le domaine dans lequel le litige se situe. La CCI de Paris, la AAA ou encore la chambre arbitrale de l'OMPI, figures de proue de la matière ne font pas mieux. Il est parlé de conformité au règlement de l'institution[554] et de célérité[555], d'accomplissement de la mission[556].

Toutefois, certaines références au professionnalisme sont faites timidement[557] mais ça ne reste que suggestif. La LCIA par exemple s'approche du critère de formation lorsqu'elle édicte que les arbitres sont désignés « *with due regard for any particular method or criteria of selection agreed in writing by the parties. In selecting arbitrators consideration will be given to the nature of the transaction, the nature and circumstances of the dispute, the nationality, location and languages of the parties and (if more than two) the number of parties* »[558]. On pense que les réticences des clauses compromissoires ou des règlements d'arbitrage sont essentiellement dues au statut de l'arbitrage.

Si le droit du commerce international en général a toujours semblé être un terrain favorable à l'épanouissement de la volonté[559], l'arbitrage l'est davantage. En effet, l'arbitrage est une justice conventionnelle, c'est-à-dire émanant d'un contrat dont on sait qu'il est l'émanation de la volonté des contractants[560]. Il puise sa légitimité sur la liberté des parties qui organisent elles-mêmes leurs justices. Cette organisation passe

[554] Article 23 OMPI
[555] Article 7.5 CCI
[556] Article 13.1 CCI
[557] Dans certains arbitrages commerciaux, les arbitres désignés sont des commerçants. Cependant, ce n'est pas la règle qui prévaut.
[558] Article 5.5 LCIA
[559] J.M. JACQUET, « La CNUDCI et l'autonomie de la volonté », *LPA* 18 déc. 2003, n° PA200325211, p. 70.
[560] En ce sens, J.P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique », *RDC* 2004, n° RDCO2004-3-003, p. 621.

aussi par le choix de leur juge. C'est d'ailleurs l'un des éléments capitaux dans la résolution du litige puisque la solution peut être annulée si la désignation de l'arbitre est entachée d'irrégularité. Ce n'est donc pas une surprise si l'autonomie de la volonté des parties y occupe une place prépondérante puisqu'elle innerve toute l'institution.

Les parties disposent de la liberté de choisir leur juge. Cette désignation est consensuelle dans le sens ou chaque arbitre doit être validé par la partie adverse. Les parties peuvent alors choisir l'arbitre qu'elles veulent, selon les critères qu'elles jugeront adaptés pour la situation. Bien que l'expérience par l'acquisition de compétence soit un atout pour l'arbitre et partant pour l'arbitrage, vouloir l'imposer aux parties revient à freiner la liberté de ces dernières.

De fait, les parties devront nécessairement choisir un arbitre qui dispose de connaissances dans le secteur d'activité dans lequel le litige se situe. Imposer ou du moins orienter le choix des parties limite le caractère libéral de l'arbitral et porte préjudice à l'institution. Ce genre de recommandation ou exigence peut-être tolérée en ce qui concerne l'arbitrage institutionnel puisque les parties se plient au règlement d'arbitrage du centre lorsqu'elles confient la gestion du litige à une institution d'arbitrage[561]. Dans le cas de l'arbitrage ad-hoc où la liberté des parties est la règle, cela peut être mal perçu.

Dans la pratique, cette exigence peut s'avérer complexe à réaliser à cause du nombre d'arbitres disponible. L'OHADA est une jeune institution. La promotion de l'arbitrage comme mode de règlement de différend n'est certes plus dans sa phase expérimentale cependant, il reste encore peu utilisé. On espère que le rattachement de l'arbitrage d'investissement à l'acte uniforme insufflera une nouvelle dynamique à la promotion de cette justice. Le faible nombre des arbitres par rapport à la diversité de la nature des litiges à trancher fait que dans la pratique, on risque de se retrouver avec des litiges sans arbitres faute de compétence sur le sujet.

2. La spécialisation des arbitres, un atout pour l'arbitrage

Le monde est en perpétuel mutation, les usages du commerce international le sont davantage. Le droit étant un produit social, il est nécessaire qu'il s'adapte à l'évolution de ces pratiques commerciales. Cette adaptation au-delà de la loi doit également toucher les procédures et mécanismes de justice.

[561] L. SHORE, H. SMIT, *Arbitration Rules, International Institutions*, 3rd éd., Juris Publishing Inc., 2010.

L'arbitrage étant un mode de justice, il est important qu'il s'arrime à la tendance actuelle. Cette dernière tend à spécialiser les arbitres. On parle de plus en plus d'arbitrage corporatif. Philippe FOUCHARD le définit comme un centre spécialisé « *essentiellement dans les branches de commerce et de produit dont s'occupent les unions syndicales qui en sont membres* »[562]. En d'autres termes, il s'agit de réunir des arbitres en fonction de leur spécialité. Dans cet ordre d'idées, on retrouve des arbitres spécialisés dans les fruits et légumes, des arbitres spécialisés en propriété industrielle, des arbitres spécialisés dans les matières pétrolières… On assiste alors à la naissance des chambres arbitrales.

En France, cette pratique existe depuis longtemps. La Chambre arbitrale international de Paris (CAIP) en est la parfaite illustration. Elle a été créée par la pratique en se fondant sur un réel besoin des commerçants désireux d'être jugés par leurs pairs, dans un minimum de temps avec un minimum de frais[563]. Le législateur a par la suite adapté le texte à cette nouvelle activité. C'est ainsi que la loi RNE du 15 mai 2001 vient modifier l'article 2061 du Code de procédure civile.

En Afrique, particulièrement dans l'espace OHADA, la pratique de l'arbitrage corporatif n'est pas encore développée voire inexistante. Si le phénomène touche les arbitrages institutionnels, on pourrait néanmoins l'adapter à l'arbitrage *ad-hoc*. Plusieurs auteurs soutiennent la professionnalisation ou plutôt la spécialisation des arbitres. Thomas CLAY dans une interview affirmait que « *l'arbitrage international connait un double phénomène de professionnalisation et de diversification : D'un côté les « boutiques » d'arbitres dans les principaux pays d'arbitrage se multiplient afin, de parer notamment aux règles de conflits d'intérêts toujours plus exigeantes. Mais d'un autre côté, on assiste à un développement protéiforme de l'arbitrage à partir d'un modèle unique aujourd'hui stabilisé et reconnu* »[564]. C'est dire si l'arbitrage OHADA qui est un arbitrage international n'est pas quelque peu en retard par rapport à la tendance mondiale.

Le problème de la compétence des arbitres devient une véritable problématique doctrinale. Certains auteurs pensent que l'arbitre devrait rester tel qu'il est aujourd'hui, c'est-à-dire ne pas lui imposer un minimum de connaissance. Pour eux, spécialiser l'arbitre au point d'en faire un métier revient à ouvrir la boite de pandore. Thomas CLAY estime à ce propos qu' « *il est important que l'arbitrage ne devienne pas un métier, sous peine de voir les arbitres dépendant professionnellement de leur nomination et perdre ainsi en indépendance et en objectivité. Je ne conçois l'arbitrage*

[562] Ph. FOUCHARD, *Rev. arb.*, 1990, p. 281.
[563] I. GUERIF, « L'évolution et l'avenir de l'arbitrage professionnel », Dossier : L'avenir de l'arbitrage, point de vue, *La lettre de la chambre arbitrale international de Paris*, juin 2014, n° 5. http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2014-06-long.html
[564] Th. CLAY, entretiens, http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2014-06-long.html

que comme une activité annexe à une activité professionnelle principale. Sinon, le métier de juger existe déjà : c'est celui des magistrats »[565]. L'imminent professeur semble néanmoins omettre que l'arbitre est fait juge par la volonté des parties. A ce titre, il exerce une fonction juridictionnelle aussi bien dans le fond[566] que dans la forme[567]. Le professeur CLAY n'est pas le seul à penser à avoir ce point de vue. Il le partage avec Mr DEGOS, avocat arbitre. Ce dernier, dans la même veine que Thomas CLAY ajoute en disant que « *l'arbitre professionnel exclusif, c'est une fausse bonne idée* »[568]. Pour lui, l'arbitre doit, « *être plus professionnel, avoir des connaissances et des compétences, mais l'arbitre doit exercer un autre métier* »[569]. Il rejoint CLAY sur les risques de dépendances que fait courir la professionnalisation sous forme de métier de l'arbitre.

D'autres en revanche, moins sceptiques pensent qu' « *une personne pressentie pour être arbitre doit posséder des compétences juridiques et techniques nécessaires en fonction du litige* »[570]. Il en va de la bonne administration de la justice comme le fait remarquer Mr GRANDJEAN lorsqu'il affirme que « *l'expérience importe plus encore dans l'arbitrage ad-hoc que dans l'arbitrage institutionnel* »[571]. Au demeurant, la confiance qui est au fondement de la relation à l'arbitre vient d'ailleurs conforter ce recours à un professionnel-arbitre. De plus, l'arbitrage est déjà transformé en métier. Un arbitre affirme en réponse à la question de savoir si l'arbitrage deviendra un métier que « *d'une certaine manière, ça l'est déjà un peu, certains arbitres, anciens avocats, juges, experts-comptables consacrant l'essentiel de leurs activités de fin de carrière à l'arbitrage* »[572]. C'est dire si nous ne sommes pas déjà sur une forme de professionnalisation de l'arbitrage. Pour résumer les différents points de vue, la doctrine prône une spécialisation de l'arbitre mais reste divisée quant à la proposition de rendre l'arbitrage un métier à part entière.

Dans le droit OHADA, et dans un contexte de déjudiciarisation, les parties devraient se savoir accompagnées par des professionnels de l'arbitrage mais aussi de la matière sur laquelle porte le litige. Nous pensons que la professionnalisation de l'arbitrage doit devenir une règle écrite dans l'arbitrage ad-hoc OHADA. Elle offrirait

---

[565] Th. CLAY, entretiens, http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2014-06-long.html *op.cit.*

[566] Le tribunal arbitral tranche le litige dans le fond par application des règles de droit ou d'autres procédés.

[567] L'utilisation de procédure identiques à celle du magistrat, une décision qui à l'autorité de la chose jugée, les voies de recours…

[568] L. DELGOS, entretiens, http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2014-06-long.html

[569] L. DELGOS, *op. cit.*

[570] P. O. TOMANDJI. N., *L'éthique dans l'arbitrage international*, Thèse, UPVD, 2017, p. 32.

[571] J.P. GRANDJEAN et C. FOUCHARD, « Le choix de l'arbitre : De la théorie à la pratique », *Cahier de droit de l'entreprise*, juillet-août 2012, n° 4, p. 37.

[572] W. NAHUM, expert-comptable et commissaire aux comptes, expert judiciaire, arbitre. Entretiens, http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2014-06-long.html

une garantie supplémentaire aux usagers et rassurerait l'Etat quant à la bonne administration de la justice. L'arbitre doit donc devenir un métier à part entière réservé à une certaine élite et ce, pour abonder dans le sens de Ian PAULSSON qui écrivait qu' « *individual reputations in this field grow only by the slow accretion of evidence of independence and fairmindedness in numerous instances when it really matters. Elitism is no sin; the ambition to work at the highest possible level is surely a healthy one. The building of a reputation in this challenging context is a lengthy process, which offers no assurance of success. However, it creates a depth of confidence which can never be achieved by self-serving declarations* »[573]. Notre position se justifie notamment du fait que le juge est mis hors du périmètre arbitral. Les résistances doctrinales sont certainement dues au fait que le juge intervient dans la procédure arbitrale et en est quelque peu garant. Cependant, dans le cadre d'une déjudiciarisation, l'arbitre doit être suffisamment outillé pour rendre justice.

A cet effet, nécessaire d'envisager la formation de ces magistrats privés par des institutions spécialisées.

B. La création des écoles spécialisées

Qui dit spécialisation des arbitres parle implicitement de leur formation. Celle-ci ne peut être faite que par le truchement d'organismes spécialisés en la matière. La structuration de l'OHADA lui permet de disposer d'une Cour commune de justice et d'arbitrage où siège des magistrats mais aussi les auxiliaires de justice dont les greffiers. Il est indéniable que ce personnel judiciaire, pour son efficience doit bénéficier de formations mais aussi de recyclage sous forme de stages. C'est principalement pour cette raison que le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique a institué en ses articles 3 et 41, une école spécialisée, chargée de la formation de cette élite judiciaire.

L'école Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) est créée dans les années 2000. Elle dispose de la personnalité morale et juridique et de l'autonomie financière. En outre, elle bénéficie d'un statut international qui lui permet de disposer de prérogatives telles que l'immunité diplomatique pour ses employés. Son siège actuel est établi à Porto-Novo au Benin.

L'un des objectifs de l'ERSUMA est d'assurer la formation et le perfectionnement des magistrats et auxiliaires de justice en droit harmonisé et en droit

[573] I. PAULSSON, « Ethics, Elitism, Eligibility», *J. Int'l. arb*., Déc. 1997, n° 13, p. 19.

des affaires[574]. Dans son titre III, le statut de l'école dispose[575] que l'ERSUMA a compétence pour :

- La formation initiale des magistrats des pays membres ;
- Un complément de formation pour les auditeurs de justice des pays membres ;
- La formation au droit harmonisé et au droit des affaires des magistrats et auxiliaires de justice des pays membres ;
- La formation continue des magistrats des pays membre sous forme de stages de recyclage et de spécialisation ;
- Un complément de formation et une spécialisation pour les auxiliaires de justice des pays membres ;
- Une formation à destination des arbitres prévus à l'article 21 du traité ;
- Toute autre formation compatible avec son statut que le conseil d'administration, ou le conseil de ministre déciderait de lui confier.

L'avant dernier point nous intéresse particulièrement puisqu'il évoque la formation des arbitres. Le Traité sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique fait la promotion de l'arbitrage comme mode de règlement de différends. Cependant, il privilégie ou du moins consacre dans ses textes, l'arbitrage institutionnel organisé par la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). L'article 21 du Traité dispose que « la Cour commune de justice et d'arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres […] »[576]. Souvenons-nous maintenant que l'article 13 du statut de l'ERSUMA prévoit une formation des arbitres. Nous déduisons alors que les arbitres dont il est question sont ceux inscrits sur le registre de la CCJA.

L'exclusion du juge dans la procédure arbitrale ad-hoc fragilise la matière et installe un climat de méfiance des investisseurs vis-à-vis de la sous-région. Des garanties de sécurité doivent leur être données. Celles-ci passent notamment par un renforcement des compétences des arbitres. Cette optimisation de compétence peut être faite par le biais l'ERSUMA (1) ou d'autres institutions privées (2).

[574] Article 4 alinéa 2 du statut de l'ERSUMA http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Statuts-ERSUMA.pdf
[575] Article 13 du statut de l'ERSUMA http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Statuts-ERSUMA.pdf

[576] Alinéa 2 de l'article 21.

1. L'apport de l'ERSUMA pour la formation des arbitres

L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) a pour vocation de former les arbitres inscrits sur le registre de la CCJA[577]. C'est l'une des missions que lui a assignée son conseil d'administration. Cette formation répond au besoin de spécialisation et d'adaptation dont-on besoin les arbitres pour trancher les litiges qui revêtent différentes natures et relèvent de différentes branches du droit. Pour exemple, le droit des NTIC n'est que très peu développé dans l'espace régional. Quasiment aucun pays ne dispose de règle en la matière. Les arbitres issus du continent peuvent alors être moins outillés pour faire face à ce type de conflit. Il en est de même au sujet des problématiques environnementales. L'initiative de l'ERSUMA s'avère donc être capitale pour l'efficacité des arbitres CCJA.

Toutefois, les arbitres CCJA ne devraient pas être les seuls à pouvoir bénéficier de cette opportunité. Cette offre de formation doit être étendue à tous arbitres des Etats membres de l'organisation. En effet, la déjudiciarisation de l'arbitrage *ad-hoc* diminue par la même occasion le niveau de sécurité juridique de cet arbitrage. Le juge y est considéré comme une caution morale à la bonne administration de la justice. Son éviction peut créer un vent de panique auprès des investisseurs et usager de ce mode de règlement de conflits. Il est donc important de rassurer ces personnes en apportant des garanties à l'accroissement du niveau de sécurité de l'arbitrage *ad-hoc*.

L'ERSUMA par son savoir-faire doit ouvrir ses offres de formation à l'ensemble des arbitres désireux de se spécialiser. Une brèche dans ce sens est ouverte lorsque dans l'article 13 du statut de l'école il est écrit que l'ERSUMA a compétence pour assurer un complément de formation pour les auditeurs de justice des pays membres. Le substantif auditeur de justice reste pour moins vague et peut apporter plusieurs contradictions. Selon le dictionnaire, auditeur de justice est le nom réservé aux élèves de l'école nationale de la magistrature pendant leur scolarité[578]. Il est alors fait référence ici à un complément de formation aux élèves des différentes écoles nationales de la magistrature des divers pays membres de l'organisation et non plus des personnes désireuses de recevoir une formation.

Deux possibilités s'offrent à nous : un enrôlement des arbitres au niveau des écoles nationales de chaque Etats membres ou alors une modification de l'article 13 du statut de l'ERSUMA.

[577] Article 13 du statut de l'ERSUMA, *op. cit.*

[578] Dictionnaire juridique de Serge BRAUDO, https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/auditeur-de-justice.php

L'enrôlement des arbitres au niveau des ENM se fera sous forme d'inscription des arbitres candidats à la professionnalisation. Ils recevront alors le titre d'auditeur de justice et pourront de ce fait intégrer l'ERSUMA.

L'autre option serait la modification de l'article 13 du statut de l'ERSUMA. Cette modification devra intégrer le fait que les arbitres non enrôlés au registre de la CCJA puissent néanmoins prétendre à une formation. Le conseil d'administration ou le conseil de ministre devra en instruire l'école.

Par ailleurs, l'ERSUMA devra adapter ses infrastructures aux flux d'étudiants qu'engendrera l'ouverture de la formation aux arbitres no inscrits à la CCJA. Une réorganisation structurelle et financière s'impose à cette institution.

L'ERSUMA n'est pas la seule institution capable de former les arbitres. D'autres peuvent également le faire.

2. L'apport des autres institutions privées

Dans une société libérale, la formation des arbitres de l'OHADA ne peut être l'apanage d'une institution, fusse-t-elle régionale. Conformément au principe de la liberté d'entreprendre, des institutions privées pourraient bien prétendre à cette formation. Des écoles pour des arbitres peuvent être créées. Elles se chargeront de la professionnalisation des arbitres en leurs apportant toutes les ressources cognitives nécessaires pour en faire de parfaits juges. Elles associeront à leur formation l'apprentissage de l'éthique de l'arbitrage.

A défaut de création d'école, des institutions spécialisées peuvent suppléer ce manquement en proposant des formations payantes. De nombreuses institutions d'arbitrage sont compétentes dans ce domaine. Il s'agit particulièrement des centres d'arbitrage conventionnels. Nous pensons par exemple à la CCI de Paris, au CIRDI et bien d'autres encore. Ce peut être également le cas des centres d'arbitrage corporatif. En fonction de la spécialité que l'arbitre souhaiterait avoir, il choisira une corporation arbitrale. Il y apprendra ainsi toutes les techniques nécessaires à sa professionnalisation.

Au-delà des qualifications de l'arbitre, celui doit également avoir une probité irréprochable.

§2. L'exigence de probité et le renforcement des autres qualités

Outre la formation des arbitres, il est nécessaire de donner une âme à cette discipline. L'arbitrage repose sur des bases qui fondent sa compétence. A ces bases, s'ajoute un ensemble de qualités attachées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre. Malheureusement de nos jours, plusieurs dérives entachent l'honorabilité de justice par des comportements déviants. Ces dérives sont parfois le fait des parties mais généralement, elles le sont du fait des arbitres eux-mêmes. Aussi, a-t-il été préconisé de renforcer la probité des arbitres (A).

Par ailleurs, la disparition du juge dans la procédure *ad-hoc* OHADA nécessite que l'arbitre renforce les autres qualités qui le définissent (B) afin de garantir un maximum de sécurité aux usagers de l'arbitrage *ad-hoc*.

A. La nécessaire probité des arbitres

Un célèbre auteur sur l'arbitrage affirmait que « *le droit de l'arbitrage est devenu un droit de solutions, axé principalement sur la traduction d'intérêts matériels, (…). Mais il y a plus préoccupant : les opérateurs et leurs conseils, ainsi que les tribunaux arbitraux, infligent trop souvent à l'arbitrage des inquiétantes dérives : dans un climat général de plus en plus délétère, sur fond de corruption et de manquements répétés à la déontologie des affaires, les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensible : les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accentue ; les manifestations et les congrès divers abondent, mais, loin d'être des lieux de réflexions, ils ne constituent plus guère que des forums commerciaux où règne une âpre concurrence entre '' marchant du droit'' avides de se saisir d'une part de la manne et où s'épanouit l'autopromotion publicitaire* »[579]. Cet exposé non exhaustif des maux qui minent l'arbitrage est corroboré par pierre LAVILE qui n'hésite pas de parler lui, de commercialisation de l'arbitrage international[580]. Désormais, l'arbitrage est gangréné, ses principes fondamentaux corrompus. Cette situation ternie son image et jette l'opprobre sur l'arbitre.

En dépit d'une révision des règles du droit positif, il semble important qu'une dose de règles morales soit ajoutée à celle de règle de droit.

[579] B. OPPETIT, « *Théorie de l'arbitrage* », Presse Universitaire de France, 1998, p. 127.
[580] P. LAVILE, « *Sur une « commercialisation » de l'arbitrage international* » http://www.lalive.ch/data/publications/pla_commercialisation_20arbitrage.pdf

En effet, depuis plusieurs années, on assiste à un regain de norme morale à l'instar de l'éthique dans l'arbitrage international. Il est donc urgent que les arbitres OHADA s'imprègnent de ce nouveau dogme (1) et développe davantage le principe de loyauté envers les parties (2).

1. L'urgence de s'approprier les règles d'éthique

L'échec de régulation par les normes juridiques conduit au développement des normes morales. Bruno OPPETIT affirmait d'ailleurs que « *l'essor de l'éthique révèle incontestablement une crise de régulation juridique par trop désengagée et coupée de certaines valeurs communes dont la nécessité se ressent pourtant dans la vie sociale* »[581]. L'arbitrage international est en crise. Cette crise affecte les fondamentaux de l'arbitrage. Ces fondamentaux sont des règles ultra normatives à partir desquelles le droit de l'arbitrage s'est construit[582]. « *Mon expérience de l'arbitrage - qui, je l'espère, est un cas isolé- me laisse un profond sentiment d'injustice, d'autant plus vif que la sentence est rendue en premier et dernier ressort* »[583], se plaignait un usager de l'arbitrage. Dans le même élan, selon l'expression du président du Conseil national des barreaux Christian CHARIERRE-BOURNAZEL, l'éthique et l'indépendance des arbitres sont plus que jamais au cœur d'une « *tyrannie de la suspicion* »[584] . « *Un abîme est en train de se creuser entre les juges professionnels et les praticiens libéraux. Seuls les premiers seraient légitimes, les seconds suspects de tout. Le libéral serait malsain tandis que le fonctionnaire serait pur. Le secret serait le masque de la fraude* », assène l'ancien bâtonnier de Paris. Le remède à cette crise de confiance vis-à-vis de l'arbitre est entre autre, de redonner une nouvelle image à l'éthique de l'arbitre.

L'éthique se définit comme un ensemble de valeurs morales qui guide une action. Elle serait alors le fil conducteur des arbitres durant tout leur office. Elle permet d'ajuster les comportements des arbitres face aux différents acteurs de l'arbitrage. De fait, l'éthique a pour but ultime d'assurer la bonne continuité et le développement de la société ou de l'organisation[585]. Cet ensemble de normes morales sera greffé à l'ADN de l'arbitrage d'une part mais aussi dans le statut de l'arbitre

[581] B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, op. cit, p. 138.
[582] L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Thèse, Université Versailles, Saint Quentin en yvelines,
[583] Relaté par L. NEUER, « *Justice : l'arbitre, juge et partie* », le point, http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/justice-l-arbitre-juge-et-partie-24-04-2013-1658487_56.php
[584] L. NEUER, *Op. Cit*.
[585] P. O. TOMANDJI. N., *L'éthique dans l'arbitrage international*, Thèse, UPVD 2017, p. 116.

d'autre part. Ces règles se mêleront à celles existantes et formeront un ensemble de règles intangibles, un nouveau socle juridique sur lequel reposera l'âme de l'arbitrage.

L'éthique deviendra un devoir, une obligation pour chacune des parties à l'arbitrage. L'adhésion à l'arbitrage vaudra acceptation tacite au contrat d'éthique puisqu'elle fait dorénavant partie de l'arbitrage. Cette protection en plus permettrait de renforcer le contrôle des arbitres mais aussi de les sanctionner pour violation de l'éthique de la profession car elle constitue un gage de respect des engagements des opérateurs comme le fait remarquer Prince odilon TOMANDJI[586].

Au sein de l'arbitrage OHADA, les dérives sont tout aussi présentes. La gangrène est présente et continue d'infecter les quelques parties saines qui restent. Il est donc urgent d'apporter le remède à ce grand corps malade.

La profession d'arbitre exige que l'impétrant puisse avoir un sens élevé de la morale. Cela se traduit par une obligation du respect du code de conduite qui sera dressé. L'arbitre OHADA devra se soumettre à ces nouvelles exigences morales qui complètent celles déjà présente. Au demeurant, ces nouvelles règles augmentent la responsabilité des arbitres.

Qui dit responsabilité dit par la suite sanction. Les nouvelles règles créent de nouvelles obligations des arbitres vis-à-vis des parties. Ces dernières, en cas de violation de ces règles peuvent directement engager la responsabilité de l'arbitre devant un tribunal pour faute contractuelle. Les sanctions prévues à la suite peuvent être dissuasives. Elles inciteraient les arbitres à beaucoup plus de rigueur, de professionnalisme dans l'exécution de sa mission.

L'éthique à elle seule ne suffira pas à endiguer les dérives des arbitres. Une amplification du principe de loyauté s'avère utile.

2. L'amplification du principe de loyauté

La loyauté se définit comme étant la fidélité manifestée par la conduite aux engagements pris, au respect des règles de l'honneur et de la probité[587]. C'est un élément important dans l'arbitrage qui a été dégagé par la jurisprudence. Il fait l'objet de codification dans certaines législations et d'une vague allusion dans d'autres.

[586] P. O. TOMANDJI. N. *Op. Cit.* p. 117.
[587] Dictionnaire CNRTL, http://www.cnrtl.fr/definition/loyaut%C3%A9

En France, c'est l'article 1464, alinéa 3 du CPC, issu de la dernière réforme du droit de l'arbitrage[588] qui institue l'obligation de loyauté des arbitres. Cette exigence imposée à l'arbitre s'entend aussi bien vis-à-vis des parties que des arbitres en cas de tribunal arbitral composé de plusieurs arbitres. Elle requiert de l'arbitre un usage équitable de ses pouvoirs dans la conduite de la procédure. Aucune partie ne doit être lésée au détriment d'une autre.

Le droit OHADA énonce que « *les parties doivent être traité sur un même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* »[589]. Est-ce une allusion au principe de loyauté ? En tout cas, on y pense fortement même si la lecture de cet article laisse cours à divers interprétations.

La pertinence de ce principe devrait conduire le législateur à mentionner de façon la plus explicite le principe de loyauté des arbitres vis-à-vis des parties et de ses pairs. Cette solution aurait le mérite de ne pas supposer la loyauté des arbitres mais aussi de pouvoir sanctionner son manquement en tant que faute contractuelle.

B. Le renforcement des autres qualités arbitrales et les moyens de contrôle

L'arbitre ne pourra être reconnu comme juge au même titre que celui des juridictions étatiques que s'il parvient à inspirer confiance aux usagers. Cette confiance passe indubitablement par le renforcement des qualités qu'il détient (1) mais également une assurance à l'égard des moyens de contrôle de ces qualités et des sanctions qui en découleraient en cas de fraude (2).

1. Le renforcement des autres qualités de l'arbitre

A l'instar des arbitres d'autres régions, l'arbitre OHADA est assujetti à un ensemble d'obligation qui est en réalité sont des qualités attachées à sa mission juridictionnelle. En l'absence de ces qualités, « *on ne pourrait parler de justice », car elles « transcendent tous les particularismes techniques et nationaux* »[590]. Ces qualités sont nombreuses mais nous ne parlerons ici que de l'indépendance et l'impartialité, qui

[588] Décret du 13 janvier 2011.
[589] Article 9 de l'AUA.
[590] B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 29.

sont « *de l'essence de la fonction juridictionnelle exclusive par nature de tout lien de dépendance à l'égard notamment des parties et de tout préjugé* »[591].

L'indépendance et l'impartialité font l'objet d'une abondante doctrine[592] et plusieurs auteurs soulignent la distinction entre les deux notions même si dans les faits, il existe une petite corrélation. Cette corrélation est également visible lors du passage de la sentence devant le juge qui, n'hésite pas à apprécier globalement les deux notions[593]. L'indépendance requiert une l'absence de lien entre l'arbitre et les parties, ou tout autre pouvoir de fait[594]. L'impartialité, elle, souligne l'inexistence de préjugé de l'arbitre. Elle peut être objective ou subjective. L'impartialité est dite objective lorsque des faits sont susceptibles de faire douter légitimement les parties[595]. En revanche, l'impartialité est subjective lorsque l'arbitre a des considérations personnelles envers une des parties. Généralement, l'indépendance est un préalable à l'impartialité même si l'arbitre peut devenir partial sans que n'existe aucun lien de dépendance. Ces notions sont d'une telle importance qu'elles font obstacles à ce que l'avocat d'une des parties soit nommé arbitre dans le même litige[596] ou encore que l'administrateur d'un cabinet ayant exercé les fonctions de commissaire aux comptes pour plusieurs filiales d'une partie[597].

L'arbitre est donc tenu par une obligation de révélation[598] qui, elle découle, d'une exigence de transparence[599]. Avant d'être une disposition législative, cette obligation fut dégagée par la jurisprudence[600]. Aujourd'hui, elle est reprise par toutes les législations modernes sur l'arbitrage[601].

L'obligation de révélation était perçue comme une exigence qui entourait que la procédure de nomination des arbitres et prenait fin avec l'acceptation de la mission par ces derniers. Des dérives ont conduit au renforcement de cette obligation. Désormais,

---

[591] C. A. Paris, 28 nov. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 445, note Ch. BELLOCH.
[592] M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001 ; Th. CLAY, *L'arbitre,* Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, n° 275 et s, p. 231.
[593] *LPA* 2011, p. 17, note M. HENRY ; *Rev. arb*. 2011, p. 686.
[594] S. GUINCHARD, « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », *Rép. Dalloz Proc. civ*. mai 2003, n° 207.
[595] Civ. 2e, 16 sept. 2003, n° 02-15239 ; CEDH, 6 juin 2000, *Morel-France*, *Bull. inf. rap. C. cass*, 15 juillet 2000, p. 35.
[596] Versailles, 14 nov. 1996, *Rev. arb*. 1997, p. 361, note A. HORY.
[597] Paris 30 nov. 1999, Rev. arb., 2000, p. 299, note Ph. GRANDJEAN.
[598] J.-D. BREDIN, *« La révélation. Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », Etudes des procédures et d'arbitrage. Mélanges Jean-François Poudret*, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 349.
[599] E. LOQUIN, « *Les garanties de l'arbitrage* », in *L'arbitrage : une question d'actualité, LPA*, n° 197, n° 13, p. 14.
[600] Civ. 2e. 6 déc. 2001, *Rev. arb*., 2003, p. 1231, note E GAILLARD ; Paris 2 avr. 2003, D. 2003, somm., p. 2473, obs. Th. CLAY.
[601] Article 7 alinéa 4 et 5 de l'AUA ; article 1456 alinéa 2 du Code de procédure civile français.

l'obligation de révélation des arbitres les suit durant toute leur mission d'arbitre ainsi que l'énonce l'acte uniforme : « *à partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties* »[602]. Ce renforcement de l'obligation de révélation vise à garder l'arbitre dans sa position de neutralité et donc garder son indépendance vis-à-vis des parties.

Quid du contrôle et des sanctions ?

2. Contrôle et sanction des défauts de qualités des arbitres

Il s'agit notamment du défaut d'impartialité et d'indépendance. Lorsqu'au cours de sa mission, des faits de nature à remettre en cause l'indépendance ou l'impartialité des arbitres sont remarqués, ces derniers peuvent s'abstenir. L'abstention est une possibilité qu'offre le droit à l'arbitre de se retirer de la procédure lorsque des circonstances semblent affecter son indépendance ou son impartialité. En droit OHADA, c'est l'article 7, alinéa 2 qui en parle[603]. L'abstention est donc une limite à l'obligation d'accomplir sa mission qui pèse sur l'arbitre.

Le défaut d'indépendance ou d'impartialité des arbitres peut conduire à trois sanctions distinctes : la récusation, l'annulation de la sentence et la responsabilité de l'arbitre.

La récusation est permise lorsque l'arbitre n'a pas exécuté son obligation de révélation et que les faits mettant en doute ses qualités sont démasqués durant le procès. En revanche, si l'arbitre avant sa nomination avait déclaré ces faits et que les parties ne se sont pas opposées à sa nomination, elles sont réputées avoir renoncé à leur droit de récuser l'arbitre[604]. En principe, la procédure de récusation ne suspend pas l'instance arbitrale. Les arbitres peuvent continuer à administrer l'instance jusqu'à ce que la décision du juge tombe. Les actes accomplis durant cette période restent légales et valables[605]. Cependant, pour éviter que la sentence soit annulée parce que rendue par un arbitre récusé, les parties peuvent prévoir directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, que l'instance arbitrale soit suspendue. Cette suspension entrainerait également une suspension du délai. Ainsi, aucune rallonge de délai ne sera sollicitée.

---

[602] Article 7 alinéa 5 de l'AUA.

[603] « *L'arbitre s'engage à poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission* ».

[604] Civ. 2e, 28 sept 2000, n° 97-20605.

[605] Paris, 12 nov. 1998, *Rev. arb*. 1999, p. 374, note Ch. JARROSSON.

L'arbitre qui perd ses qualités juridictionnelles perd dans le même élan son pouvoir de dire le droit. Ainsi, la sentence qui serait rendue par un arbitre qui manifestement n'est pas indépendant ou impartiale court le risque d'être annulée lors de son contrôle par le juge de l'annulation[606]. Le recours en annulation permet aux parties de se rattraper lorsqu'elles n'ont pas exercées leur droit de récusation[607] . L'annulation de la sentence peut être également causée par le défaut de révélation de l'arbitre[608].

Enfin, l'abandon des qualités juridictionnelles de l'arbitre peut engager sa responsabilité[609]. En effet, l'arbitre se rend coupable soit d'une faute découlant de son contrat avec les parties[610] soit d'un délit[611]. Il peut se voir ainsi, condamner à devoir payer des dommages et intérêts.

Au-delà de la formation, de la spécialisation et du relèvement du sens moral de l'arbitre et de l'arbitrage, notamment par l'introduction d'une éthique, il semble évident que d'autres réformes soient indispensables.

Section 2. Plaidoyer pour de nouveaux pouvoirs des arbitres

Le droit de choisir son juge, défendu par les jusnaturalistes, légitime le recours à un arbitre pour trancher une contestation ente deux ou plusieurs parties. A cette première légitimé s'ajoute celle tirée de la contractualisation des rapports entre individu[612] que les parties signent avec l'arbitre. Ensuite, le recours à l'arbitre est légalisé par les nombreux textes de loi y faisant référence[613].

La mission de l'arbitre est de trancher le litige en donnant son point de vue contenu dans une décision nommée sentence. D'ailleurs, n'est-ce pas la définition du mot juger ? Si l'on s'en tient à l'acception littéraire du mot, juger signifie se déterminer, prendre position sur quelque chose ou encore, prononcer une sentence sur

[606] Paris, 7 févr. 2008, *Rev. arb*. 2008, p. 501, note J.-B. RACINE
[607] Com. 25 mars 1999, *Bull. civ*., II, n° 56.
[608] Civ. 1re, 4 nov. 2010, *Cah. arb*. 2010, p. 1147.
[609] Paris, 12 oct. 1995, *Rev. arb*. 1999, p. 324, note Ph. FOUCHARD.
[610] Paris, 12 oct. 1995, *Rev. arb*. 1999, p. 324, *Op. Cit*.
[611] TGI Paris, 9 déc. 1992, *Rev. arb*., 1996, p. 483, obs. Ph. FOUCHARD, p. 360.
[612] Le compromis ou la clause compromissoire
[613] Dans le cadre de l'Ohada, nous parlerons de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage ; les différents Codes d'investissement nationaux, les Codes de l'arbitrage interne.

quelqu'un ou une affaire[614]. A ce niveau, nul doute que l'arbitre a toujours exercée la fonction de juge. A travers cet acte, il assume donc une mission juridictionnelle : c'est un juge.

Cependant, la mission de rendre justice et surtout de la faire respecter nécessite des pouvoirs particuliers, spéciaux, propres à la fonction de juge. L'étude de ce point implique que nous puissions plonger dans l'esprit de la notion de justice afin d'en dégager les composants qui fondent le pouvoir des hommes appelés à rendre justice.

La fonction de juge ne se limite juste pas à prononcer une décision. Ce serait restreindre le périmètre du juge. La fonction de juger est attachée à deux éléments qui en font son essence, son pouvoir : la *jurisdictio* et l'*impérium*.

Si le premier s'identifie comme le pouvoir de dire le droit, il reste toutefois formel –le droit est dit-. Le second en revanche exprime la force, la contrainte et vient donc matérialiser ce qui a été dit –le droit est fait-[615]. Vu de cet angle, il apparait que l'arbitre n'a pas toujours été le ''juge'' que l'on a voulu nous faire croire parce que dépourvu de ce dernier élément. En effet, ''le juge arbitre'' comme il se fait appeler, s'il dispose du pouvoir de dire le droit à *contrario*, on lui dénie tout pouvoir à caractère contraignant.

L'arbitre officiant dans le cadre d'un arbitrage *ad-hoc* se trouve dans une situation d'impuissance relative face aux parties d'une part mais aussi des tiers, d'autres parts. Les équilibres ayant été modifiés dans l'arbitrage *ad-hoc*, il est important de revoir l'*imperium* vis-à-vis de l'arbitre dans ce que nous appelons la problématique de l'*imperium* (§1). Cette réforme prend tout son sens lorsqu'on sait les conséquences qui découleront sur l'arbitre (§2).

---

[614] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/juger/45115 consulté le 23/07/17 à 21h 25.

[615] R. LAHER, *Impérium et Jurisdictio en droit judiciaire privé*, Thèse de Droit soutenue le 17/11/2014 Paris Est.

§1. La problématique de l'*imperium*

Le droit de glaive était un droit personnel dont seul jouissaient les souverains[616]. C'est bien plus tard que ce droit a pu être cédé. Les empereurs ont pris l'habitude de le transférer aux magistrats. C'est ainsi que l'*imperium* s'est révélé aux juges et partant à la fonction de juger. Ainsi, il apparait que l'*imperium* est un pouvoir lié à la fonction de juger (A). L'arbitre étant un juge, il est impératif de réviser son *imperium* (B).

A. L'*imperium* un pouvoir intimement lié à la fonction de juger

L'essor de l'arbitrage dans la société a conduit à ce qu'on s'intéresse davantage à son acteur principal ainsi qu'à ses pouvoirs. Il en ressort des différentes études menées à ce sujet que l'arbitre détient dans la pratique, des pouvoirs similaires à ceux du juge étatique. Mais à analyser les prérogatives de ces deux juges, nous remarquons que l'arbitre n'est pas ce juge qu'il devrait être parce que dépendant de son homologue de la justice étatique pour certaines actions. Pourtant, l'*imperium* s'affirme comme un élément indissociable à la fonction de juger (1).

Si l'arbitre est réellement ce juge dont il nous est venté la puissance et l'efficacité au même titre que le juge étatique, ce dernier doit être autonome des autres mécanismes de justice. A cet effet, il devrait avoir une parcelle de pouvoir. Cet argumentaire a trouvé un écho favorable puisque l'arbitre s'est doté d'un *imperium* sur mesure : l'*imperium* arbitral (2).

[616] Le *ius gladii* était attribué spécialement.

1. L'*imperium*, un instrument indissociable à la fonction de juger

La fonction de juger est appréhendée comme une « mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (…), les missions de contrôle, liées à l'exercice de la juridiction gracieuse, et les fonctions associées à l'une ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle »[617]. Toutefois, en creusant davantage, nous nous apercevons que la notion de justice se compose de deux éléments : la *jurisdictio* et l'*imperium*. L'un exprime le pouvoir de rendre la justice[618] tandis que l'autre symbolise le pouvoir d'user de la force[619]. Selon l'analyse de Laher RUDY, la justice n'est rendu qu'avec le concoure de la *jurisdictio*. C'est ce pouvoir qui permet au juge de dire le droit. Tous les acteurs chargés de trancher une contestation disposent de ce pouvoir. Il faut dire que la notion de *jurisdictio* a connu une évolution sémantique[620]

L'arbitre, personnage investie d'une mission juridictionnelle par les parties, bénéficie également de cette prérogative. Cependant, tant bien même le droit serait dit, reste à le mettre en application. Les décisions prisent par les juges ou les arbitres ne font pas souvent l'objet d'une application immédiate de la part des condamnés. Ces derniers se montrent parfois peu enclins à exécuter la condamnation requise à leur endroit. Dans cette hypothèse, l'*imperium* a été légué aux magistrats afin de faire appliquer par la force, leurs décisions. Dès lors, cette nouvelle prérogative s'ajoute à la *jurisdictio* et ensemble, deviennent les éléments constitutifs de la fonction de juge. Il est aujourd'hui impensable d'imaginer un juge étatique sans pouvoir de contrainte. La justice se définie donc comme le pouvoir de dire le droit assortie d'un pouvoir de contrainte pour mettre en application le droit. Cet attribut du pouvoir doit être revêtu par tous les juges y compris les arbitres. Dans les faits, ce dernier ne dispose pas de

[617] G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/ PUF, 2001, V°, juridictionnel, p. 495.
[618] R. LAHER, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Bibliothèque des Thèses, 2014, p. 312.
[619] R. LAHER, *Op. Cit*.
[620] V. P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain, dans le droit canonique*, classique de GRATIEN à INNOCENT IV, (1140-1254), Paris, Jouve, 1964, p. 117 et s. cité par R. COLSON, *La fonction de juger : Etude historique et positive*. Fondation Varenne. LGDJ, pp.348, 2006, Fondation Varenne.

cette prérogative. Le symbole de la justice est une balance tenue en équilibre par un glaive. Est-il possible de concevoir cette justice sans le glaive ? Doit-on parler de justice dans ces conditions ? Les acteurs doivent-ils être nommés juge ? Pour notre part, il est impensable que la justice (dès lors qu'on la nomme ainsi), puisse être imaginée sans pouvoir de contrainte. Nous serions beaucoup plus dans d'autres modes de règlement de différends.

La notion de justice a évolué, elle a ajouté à la parole, l'action en cas de refus d'obtempérer. Quel que soit le mode de justice, dès lors qu'on est sur une situation juridictionnelle, le juge devrait être doté de tous les attributs de la justice. L'*imperium* ne devrait plus être perçu comme un élément propre au magistrat. Au demeurant, cela ne cause aucun problème si des individus décident de se mettre sous la juridiction d'une entité privée et d'en respecter les règles. C'est aussi la volonté des parties en soustrayant aux juges étatiques leurs contentieux. Ainsi, tout comme il est impossible d'appréhender le symbole de la justice sans glaive, il est impensable d'imaginer un juge sans *imperium*. L'*imperium* est un instrument indissociable à la fonction de juger.

Il est évident que sans un minimum de contrainte, l'arbitre ne peut exécuter sereinement sa mission. C'est pourquoi une portion d'*imperium* lui est confiée.

2. L'*imperium* arbitral

Si théoriquement la doctrine s'accorde à dire que l'arbitre ne détient pas d'*impérium*, dans la pratique, il en est tout autrement. Nous constatons qu'il peut désormais avoir le pouvoir de prendre certains actes au même titre que le juge étatique. Mais que l'on ne s'y méprenne pas. *« L'opération par laquelle l'arbitre se trouve doté de cette parcelle d'imperium procède d'une articulation entre l'autorisation implicite des parties et la reconnaissance expresse des Etats. Ainsi, issu concurremment d'une autorisation implicite des parties et d'une reconnaissance expresse des Etats intéressés, l'imperium de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de*

commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des Etats » [621] explique D. CHEKROUNE.

Dans sa thèse[622], ce dernier nous fait entrer dans les méandres de la notion d*'imperium* et nous apprend que l*'imperium* peut être scindé en trois catégories bien distinctes: ce sont l*'imperium mixtum, imperium merum et imperium summum*. Exprimant la contrainte exercée par un organe de contrainte, l'*imperium summum* est un instrument de la souveraineté territoriale de l'Etat. *L'imperium merum* quant à lui, est le pouvoir le plus absolu à la disposition du juge étatique.

En revanche, l'*imperium mixtum* qui exprime l'injonction intellectuelle est intimement lié à l'exercice de la *jurisdictio*. Cet *imperium*, ne suppose aucun pouvoir de contrainte matérielle. Cette dernière parcelle d'*imperium* n'est pas un monopole d'Etat et peut revenir dans une certaine mesure à l'arbitre. Malheureusement pour ce dernier, cet *imperium* ne lui octroie pas le pouvoir de rendre ses décisions exécutables dès leur prononcé[623], pas plus qu'il ne peut contraindre une partie à exécuter une obligation de faire ou de forcer un tiers à témoigner[624].

Néanmoins, de par cet *imperium*, l'arbitre peut enjoindre une partie à produire des pièces[625], ordonner une mesure d'instruction[626], prononcer une injonction de

---

[621] *L'imperium de l'arbitre*, Thèse de droit, université Panthéon la Sorbonne, 2008. Résumé.

[622] L'*imperium de l'arbitre*, thèse de droit, université Panthéon Sorbonne, 2008.

[623] Mis à part l'exécution forcée provisoire que peut ordonner l'arbitre. Sur la question, voir S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. P. MAYER, E*conomica*, 2004, spéc. n° 275, p. 192.

[624] Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, spéc. n° 228-229, p. 188-189, cité par Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 327.

[625] Conformément aux principes de loyauté et de collaboration dans la conduite de la procédure dont sont tenues les parties. Sur cette question, voir CCI n° 1434 (1975), *JDI* 1976, p.979 ; S. JARVIN, « L'obligation de coopérer de bonne foi. Exemple d'application au plan de l'arbitrage international », *in L'apport de la jurisprudence arbitrale, pub.* CCI n°440/1, 1986 p.157, spéc. p. 175 ; F. RUHLMANN et O. GUTKES, « L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux : Remèdes souhaitables », *RDAI* 1995, p. 437, spéc. p. 454.

[626] Nomination d'experts…

faire[627] et même une astreinte[628] qui constitue une peine privée[629]. Aussi, est-il obligé de recourir à la collaboration du juge étatique pour que sa sentence puisse faire l'objet d'une exécution forcée par le biais d'une procédure nommée *exequatur*.

Nous sommes donc en présence d'un *imperium* taillé pour l'arbitre. Les facultés que lui permettent cet *imperium* ne sont pas de nature à lui donner une autonomie complète dans la gestion optimale de la justice. Un paradoxe peut être relevé quant aux exigences qu'a l'arbitre de rendre diligemment, de manière efficace et confidentielle la justice.

La diligence ne peut être observée lorsqu'il doit continuellement saisir le juge étatique pour régler des incidents de procédure. Il est indéniable que c'est du temps perdu pour les arbitres et pour les parties qui en principe vont vers l'arbitrage pour un gain de temps qu'elles ne trouvent pas dans la justice étatique.

L'efficacité de l'arbitre peut être abordée au regard de ses prérogatives. En effet, l'arbitre ne dispose pas de pouvoirs capables de contraindre une partie ou un tiers à exécuter sa sentence. Cet handicape fragilise sa mission puisqu'il doit impérativement recourir aux services d'un acteur extérieur pour parvenir à ses fins.

Enfin, on ne saurait parler de confidentialité lorsque le litige est porté devant un tiers extérieur à la procédure arbitrale. Il s'agit bien évidemment du juge : ce dernier, par le biais de la clause compromissoire est écarté du litige que les parties ont décidé de soumettre à un juge privé. Il parait indécent et peu respectueux de la volonté des partie que ce même acteur éjecté par les parties par la porte, revienne par la fenêtre.

L'*imperium* arbitral tel que conçu présentement ne peut pas répondre aux exigences de la déjudiciarisation. Une réforme s'impose.

---

[627] Paris, 7 oct. 2004, *Rev. arb* 2004, p. 982 ; D. 2005, pan. 3062, *obs*. Th. CLAY ; *JDI* 2005, p. 341, note A. MOURRE et P. PEDONE ; *JCP* G 2005, I, 134, n° 5 et 7, *obs*. J. ORTSCHEIDT, qui note que : « *le prononcé d'astreintes ou d'injonctions… constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise aucun dépassement de la mission de l'arbitre* ».

[628] Paris, 10 mars 1995, *Rev*. *arb*. 1996, p. 143, *obs* Y. DERAINS.

[629] S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, spéc. n° 11, p. 10.

B. La nécessité de la révision de l'*imperium* arbitral

L'*imperium* est une notion millénaire. Jadis exclusivement réservé au magistrat, la doctrine a fini par démontrer que l'arbitre juge, lui également disposait d'une parcelle de ce pouvoir. Cependant, l'*imperium* arbitral n'a pas la même fonction et le même pouvoir que celui détenu par le juge étatique. Comment rendre justice efficacement dans ce contexte ? Nous suggérons alors que l'arbitre juge soit doté de l'*imperium merum* au même titre que le juge étatique (1) dans l'optique d'accroitre l'efficacité de l'arbitrage (2).

1. Pour un octroi de l'*imperium merum* au juge arbitre

L'*imperium merum* est le pouvoir le plus absolu. C'est celui qui lui permet de mettre en mouvement la puissance publique afin de contrainte un tiers à exécuter une décision. Il est la prérogative exclusive du juge étatique qui ne le partage avec aucun autre acteur de la justice. Il le détient de l'Etat tout comme les consuls, les dictateurs, les questeurs, les préteurs, le détenaient du *recognoscens superiorem*[630] .

Un auteur affirme que dans l'*imperium merum*, existe la *jurisdictio*[631]. Cette affirmation vient renforcer le point de vue de ceux qui estiment que la justice ne peut être exercée sans pouvoir de contrainte. En effet, pour contraindre un individu à exécuter une décision, il faut avoir entendu l'individu, être au fait du litige pour *in fine* prendre la décision idoine. REBUFFE abondait dans le même sens lorsqu'il écrivait que « *le pur empire ne consiste pas dans la seule exécution de la sentence pénale, mais aussi dans la connaissance et l'examen des causes criminelles et leurs*

[630] Le prince
[631] Ph. FABRY, *L'Etat royal : Normes, justice et gouvernement dans l'œuvre de Pierre REBUFFE* (1487-1557), PUT 1 Capitol, LGDJ, 2015, p. 175.

décisions »[632]. En d'autres termes, il faut que le magistrat connaisse le délit avant de le sanctionner[633].

Un auteur écrivait « *la justice sans force est impuissante, la force sans justice est tyrannique* »[634]. L'arbitre exerce sa mission juridictionnelle sans pouvoir de contrainte. Il décide des mesures envers les parties en espérant que celle-ci les exécutent de bonne foi. Cependant, la recherche de la vérité nécessite des investigations, des actions qui, lorsqu'on est démunie d'un pouvoir de contrainte, freine ou limite le périmètre d'action de l'arbitre : c'est le cas lorsqu'un tiers détient des informations importantes pour la continuité du procès et voire la manifestation de la vérité. L'arbitre n'a pas de pouvoir sur le tiers parce qu'il n'est pas partie à la convention d'arbitrage qui est un contrat. Quand bien même il en serait partie, l'arbitre ne peut toujours pas le contraindre à apporter les documents sollicités. A la rigueur, il peut en tenir compte lors du rendu de sa décision.

Les exemples de ce type sont légions. Etant une justice à part entière, administrée par un juge privé, l'arbitre mérite de disposer du pouvoir de contrainte. Ce pouvoir lui permettrait d'être encore plus efficace dans sa mission.

2. L'accroissement de l'efficacité de l'arbitre

Il est indubitable que l'octroi de l'*imperium merum* rendra l'arbitre autonome. En effet, l'arbitre s'affranchira de l'assistance du juge étatique qu'il est obligé de solliciter à chaque fois que la procédure est bloquée. En ayant un pouvoir de contrainte l'arbitre devient le véritable maître de sa procédure.

L'arbitre rendu autonome par l'*imperium merum* confère une nouvelle dimension à l'arbitrage. Dans un arbitrage *ad-hoc*, c'est au président du tribunal que

[632] Ph. FABRY, *Op. Cit.*, p. 174.
[633] *Ibid* , p. 174.
[634] B. PASCAL, Mathématicien, philosophe français.

revient le soin d'organiser et de contrôler l'instance arbitrale[635]. L'organisation et le contrôle de la sentence passent par divers exigences. Par exemple, l'arbitre juge pourra réellement s'atteler à la célérité de la procédure arbitrale. Cette obligation est quelque peu freinée par les multiples pauses que causent la saisine du juge au cours de l'instance arbitrale. Même s'il peut arriver que les délais soient suspendus, il n'en demeure pas moins que dans la pratique, la suspension n'est pas la règle. Cet état de fait contribue à allonger le temps de l'arbitrage et en conséquence, ralentir la procédure qui se doit être rapide.

Il est aussi à mettre au crédit de l'*imperium merum*, le respect de la confidentialité des litiges soumis à l'arbitrage. Lors d'une procédure arbitrale, le juge saisi d'une demande de règlement d'incident peut être amené à connaître certaines informations sur le litige pendant devant la justice arbitrale. Or, la volonté des parties est de soustraire cet officier public du litige.

Dès lors que l'arbitrage est doté de ce pouvoir spécial, il ne saisira plus le juge. Les informations sur le litige resteront à la seule connaissance des parties et leurs conseils. Ainsi, la confidentialité dans l'arbitrage s'en trouve totalement respectée.

Enfin, l'efficacité de l'arbitre pourra aussi être démontrée au niveau de l'exequature des sentences arbitrales internes à l'espace OHADA. Ces dernières ne feront plus l'objet d'un contrôle de la part des juges nationaux mais seront directement applicables avec le concours des forces publiques. Toutefois, les garanties d'un procès juste et équitables restent présentes et même renforcées.

L'octroi de l'*imperium merum* à l'arbitre n'est pas sans conséquences pour l'arbitrage. Plusieurs nouveautés sont à noter.

[635] Cl. REYMOND, « Le président du tribunal arbitral », *in Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 467, spéc. p. 473.

§2. Les conséquences des nouveaux pouvoirs arbitraux

Le renforcement des pouvoirs de l'arbitre apporte une révolution dans cette justice privée. Plusieurs secteurs connaissent un changement. C'est le cas notamment en ce qui l'étendue des compétences arbitrales dans la procédure (A) mais aussi au sujets des rapports entre l'arbitre et les parties voire, les tiers (B).

A. L'élargissement des compétences dans la procédure arbitrale

Le fait de disposer de l'*imperium merum* hisse l'arbitre au même rang que le juge. Désormais, l'arbitre n'a plus besoin de saisir l'autorité judiciaire pour lui apporter une assistance particulière. Il est totalement libre et maître de son instance. Il a compétence sur tous les aspects de la procédure. Dans cette configuration, nous pensons qu'il y a une nouvelle appréciation du principe de compétence-compétence (1) qui résorbe la question des suretés judiciaires et des saisies conservatoires(2).

1. Une nouvelle appréciation du principe de compétence-compétence

Le principe de compétence-compétence est une notion en droit de l'arbitrage qui fait l'objet de nombreuses études[636]. Le fort intérêt qu'il suscite témoigne de la place qu'il occupe dans ce droit. D'aucuns y voient un principe « *fondateur* »[637],

[636] M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage.* Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 2011 ; M. De BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préface de P. BELLET, 2e éd, Paris, GNL, 1990 ;

[637] J.-P. ANCEL, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 161. cité par Magali BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Université Nice Sophia Antipolis, 2011. Français. P. 7.

« *fondamental* »[638] voire « *éculé* »[639] tandis que d'autre le qualifie de « *sacro-saint* »[640]. Cependant, quel que soit l'auteur tous, s'accordent à reconnaitre ce principe comme étant la « *pierre angulaire* »[641] de l'arbitrage.

Le principe de compétence-compétence n'a pas toujours été reconnu formellement[642] à l'arbitre. Ces derniers ne pouvaient juger que des contestations de l'étendue de la convention d'arbitrage, à l'exclusion de son existence et de sa validité[643]. C'est à partir de 1980 que le principe fait l'objet d'une base légale avec les nombreux textes qui l'institut[644]. Aujourd'hui, le principe est devenu la pièce maitresse du droit de l'arbitrage.

Le principe de compétence-compétence est un « *principe caméléon* »[645] à en juger par sa difficile appréhension. Définie comme la faculté qu'a un juge de se prononcer sur sa propre compétence[646], le principe de compétence-compétence est bien plus vaste que cela. Dans sa thèse, Magalie BOUCARON-NARDETTO présente ce principe comme étant un conflit de compétence entre la justice arbitrale et la justice étatique. C'est également sous cette approche que nous développerons notre argumentaire sur l'évolution de cette notion suite à l'acquisition de l'*imperium merum* à l'arbitre.

---

[638] J. SEKOLEC, N. ELIASSON, « *The Uncitral Model Law on arbitration and Swedich Arbitration Act : A comparison* », L. HEUMAN et S. JARVIN, *The Swedich Arbitration Act of 1999 Five years on : A Critical Review of Strenghts and weaknesses*, Symposium Proceeding, University of Stockholm, October 2004-2006, p. 171, spéc. 195.

[639] X. DELPECH, obs, sous Cass. Civ., 1re, 11 fév. 2009, *Laviosa c. Afitex*, D., 2009, p. 557.

[640] E. Silva ROMERO, note sous sentence CCI, n° 10671 prononcé en 2000 ; *JDI*, 2005, 1268, p. 1276.

[641] M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage.* Université Nice Sophia Antipolis, 2011. Français. P. 7.

[642] C.A. Paris, 13 mars 1808, v° « Arbitrage-Arbitre », extraits *in Jur. Gén.*, n° 984, spéc. note n° 2, p. 57.

[643] E.-A. BARTIN, *Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930, n° 164, p. 406.

[644] Article 26 du décret n° 80-354 du 14 mai 1980 ; article 1466 du Code de procédure civile ; article 1465 du CPC tel que repris par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

[645] L'expression est de M. BOUCARON-NARDETTO

[646] V° « compétence-compétence », *in* O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Rennes, PUR, Didact Droit, 2011. « *Règle classique de procédure arbitrale selon laquelle l'arbitre a compétence pour statuer sur sa propre compétence* ».

Magalie BOUCARON-NARDETTO explique que « *le principe compétence-compétence consiste en un mécanisme composite se déployant dans le temps du procès arbitral et dans l'espace des deux ordres juridiques considérés. Ainsi, trois règles distinctes permettent à chacune des justices – justice française et justice arbitrale – de connaître de sa propre compétence de manière coordonnée. Tout d'abord, en amont et en parallèle de l'instance arbitrale, l'effet négatif de la compétence-compétence paralyse le pouvoir des juridictions étatiques de statuer sur leur compétence. Ensuite, le temps du procès arbitral, l'effet positif de la compétence-compétence des tribunaux arbitraux reconnaît à ces derniers le pouvoir de juger de leur compétence. Enfin, au stade post-arbitral, l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques permet à ces dernières de retrouver le pouvoir de statuer sur leur compétence lors des recours ouverts contre la sentence* ». Nous constatons que le principe de compétence-compétence agit sur différents moments pendant l'instance arbitrale, avant, pendant et après.

La possession de l'*imperium merum* impactera les effets du principe sur ces différents moments mais aussi figera les positions. En effet, bien qu'étant morcelé dans le temps, « *chacune des règles examinées connaît limites ou écueils. Parfois, l'équilibre est rompu soit au profit des juridictions d'État, soit au profit des juridictions arbitrales* »[647]. Il est à craindre un effet positif absolu du principe de compétence-compétence. Ce dernier donne compétence au tribunal arbitral sur une affaire au détriment de la justice arbitrale pour ensuite laisser la main au juge lors du contrôle de la sentence. Ce principe changera radicalement : l'arbitre sera compétent en amont et en aval de sa procédure. L'effet négatif du principe de compétence-compétence sera permanent de telle sorte que les tribunaux étatiques soient constamment incompétents pour se saisir des problématiques de l'arbitrage.

Le principe de compétence-compétence ne sera plus un principe tangible, relatif mais plutôt un principe intangible et constant.

[647] M. BOUCARON-NARDETTO, *Op. Cit.*

Toutefois, cette nouvelle appréciation du principe de compétence-compétence, on le voit, règle toutes les difficultés que le juge-arbitre pourrait rencontrer s'agissant des sûretés judiciaires et des saisies conservatoires.

2. Le cas des sûretés judiciaires et saisies conservatoires

Les mesures conservatoire prises à temps constituent souvent un atout décisif dans un litige et en tout cas incitent le débiteur à rechercher une solution amiable fait remarquer un auteur[648]. Elles peuvent chercher à préserver une situation de fait, de droit ou des preuves et même à anticiper sur la solution au fond du litige en sollicitant une provision[649]. Ce principe, bien que controversé, est majoritairement admis par les législations sur l'arbitrage[650] qui n'hésitent pas approuver le fait que l'arbitre peut prendre ce genre de mesures *ex parte*[651] en dépit des réticences doctrinales[652].

Si l'arbitre est autorisé à prendre des mesures conservatoires ou provisoires il ne l'est pas en ce qui concerne les sûretés judiciaires et les saisies conservatoires pourtant, ces deux actions font parties de la famille des mesures provisoires et conservatoires. L'incompétence de l'arbitre à prendre ses mesures était motivée par le fait qu'il ne disposait pas de pouvoir de contrainte envers les parties et encore moins envers les tiers extérieurs à la convention d'arbitrage. Par conséquence, ces mesures étaient de la compétence exclusive du juge étatique.

---

[648] B. MOREAU, « Sûretés conservatoires et arbitrage », http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/Suretes_conservatoires_et_arbitrage_29112013.pdf

[649] Sur la question, v° *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international,* Publ. CCI n° 519, Paris, 1993 ; A. CARLEVARIS, « Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et conservatoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien », *Cah. arb*., vol. I, *Gaz. Pal*. éd., 2002, p.140.

[650] Article 28 du règlement CCI 2012 ; article 14 alinéa 13 de l'AUA ; article 25 alinéa 1 du règlement LCIA ; article 26 du règlement CNUDCI.

[651] A. REINER, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », *JDI* 1998, p. 853, spéc. p. 864.

[652] Contre cette pratique, Y. DERAINS, « L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte », *Cah. arb*., vol. II, *Gaz. Pal*. éd., 2004, p. 74.

L'octroi de l'*imperium merum* à l'arbitre lui confère le pouvoir de contrainte que détient parallèlement le juge. Dès lors, il peut réquisitionner la force publique pour faire exécuter une décision. Sur le terrain du droit processuel, il est désormais apte à engager des mesures visant à saisir de manière provisoire des biens et à pratiquer des sûretés judiciaires. Ainsi, ces deux procédures qui justifiaient l'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage disparaissent de même que l'exequatur des mesures provisoires ou conservatoires coulées dans des sentences arbitrales[653], procédure longtemps controversé en France[654] mais finalement acceptée[655].

L'impact de l'*imperium merum* sur l'arbitre ne se manifeste pas que sur le plan processuel, il reflète aussi sur les acteurs de l'arbitrage.

B. Les conséquences sur les acteurs de l'arbitrage

L'arbitre munit de l'*imperium merum* dispose désormais d'un pouvoir de contrainte sur les acteurs de l'arbitrage. Ces acteurs sont les parties d'une part (1) et les tiers d'autres parts (2).

1. Le nouvel *imperium* de l'arbitre vis-à-vis des parties

L'arbitre est choisi par les parties mais pour autant, il reste indépendant et impartiale[656]. Il n'existe aucun lien hiérarchique entre eux. Une décision de justice rappelle d'ailleurs que l'arbitre n'est en aucun cas un employé des parties.

[653] L'Allemagne, la Suisse, en Grande-Bretagne sous certaines conditions : J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, préc., n° 635 et s., p. 573 et s.
[654] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1316, p. 729.
[655] Paris, 7 oct. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 982 ; *JCP G* 2005, I, 134, n° 5 et 7, obs. J. ORTSCHEIDT.
[656] Civ. 1re., 20 févr. 2001, *RCDIP* 2002, p. 124, note Ch. SERAGLINI.

Certains recours au juge étatique se justifiaient par le fait que l'arbitre ne puisse enjoindre les parties à exécuter par la force la sentence ou certaines décisions visant l'administration de la justice[657]. L'arbitre, juge privé ne peut faire une « *intrusion dans le patrimoine d'autrui* »[658]. D'autres sont simplement du fait de la loi. De nombreuses dispositions législatives[659] réservent la saisie conservatoires et les sûretés judiciaires à la seule compétence du juge judiciaire.

L'arbitre qui dispose du plein *imperium* à l'instar du juge étatique exerce désormais un pouvoir de contrainte sur les parties.

En effet, sa décision bénéficie de l'autorité de la chose jugée et est exécutable immédiatement avec le concours de la force publique si besoin est. Désormais, l'arbitre peut enjoindre des parties à communiquer une pièce nécessaire pour faire avancer les débats. Il peut dans le même ordre d'idées, procéder à des sanctions en cas de refus.

C'est une véritable révolution juridique puisqu'à ce jour, face au manque de coopération des parties, l'arbitre ne peut que prendre acte et dans une moindre mesure le faire ressortir dans la sentence. Dans le pire des cas, il peut prononcer des astreintes à la partie récalcitrante, sans jamais pouvoir la forcer à s'exécuter concrètement. Avec l'*imperium merum*, c'est le pouvoir d'injonction et le pouvoir de commandement que détient désormais l'arbitre. Il dispose désormais de la balance et du glaive pour rendre justice dans sa procédure.

Les nouveaux pouvoirs de l'arbitre n'ont pas un impact que sur les parties. Les tiers peuvent aussi désormais être sous le coup d'une action de la part de l'arbitre.

[657] Sur la question, v° M. De FONTMICHEL (dir) et J. JOURDAN-MARQUES, *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 70.
[658] R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3e éd., 2013, n° 1125, p. 878.
[659] Article 1468 du CPC français ; article 14 alinéa 13 de l'AUA.

2. L'*imperium* de l'arbitre et le tiers

L'arbitrage est un contrat qui lie les litigants au juge privé qu'ils ont désigné pour trancher leur différend. Selon les règles contractuelles, les obligations tirées de cette convention ne lient que les signataires de la convention. Dans cette configuration, difficile pour les arbitres de donner des instructions à un tiers non partie à l'arbitrage. Ce dernier, s'il ne manifeste pas le besoin de se plier à la demande de l'arbitre peut ne pas s'exécuter[660] et l'arbitre en principe ne dispose d'aucun mécanisme[661] pour l'y contraindre.

Dès lors que l'arbitre est doté de l'*imperium merum*, c'est-à-dire le pouvoir de contrainte dont est revêtu le juge étatique, plus rien ne s'oppose à ce que l'arbitre puisse prendre des mesures à l'endroit d'un tiers. Mieux, le tiers, même s'il n'est pas partie à la convention d'arbitrage devra néanmoins, répondre à la demande de l'arbitre comme si c'était un juge étatique qui l'enjoignait.

Il est plus que normal lorsque cela est nécessaire, que l'arbitre puisse solliciter le concours d'un tiers pour la manifestation de la vérité. L'arbitre, tout autant que le juge recherche la justice. Celle-ci peut être détenue par un tiers. Si le juge peut entendre le tiers dans ses prérogatives juridictionnelles, l'arbitre qui bénéficie des mêmes prérogatives, peut également l'entendre.

L'arbitrage n'a plus de preuves à faire dans l'administration de la justice. C'est une justice responsable aussi bien à l'égard des parties, qu'à l'égard des règles de la conduite du procès. A cet effet, le tiers n'a pas de soucis à se faire puisqu'il peut se faire accompagner par un avocat qui défendra ses droits.

[660] V°. J.-L. DELVOLVE, « L'arbitrage et les tiers : III. – Le droit de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1988, vol. III, pp. 501-556.
[661] Excepté le recours à l'intervention du juge étatique.

Conclusion du chapitre I

Déjudiciariser l'arbitrage *ad-hoc* implique des changements profonds sur l'arbitre. Ce personnage central de l'arbitrage doit opérer une mutation intrinsèque de sa profession afin de s'adapter au nouveau challenge qui sera le sien.

Des mœurs, en passant par les qualités jusqu'au pouvoir, l'arbitre doit pouvoir se réinventer pour pouvoir offrir aux usagers une justice parfaites, délestée de toutes impuretés. Ce n'est qu'au prix de toutes ces réformes que l'arbitre pourra efficacement supporter le départ du juge des procédures arbitrales.

Chapitre I. L'indispensable coopération des parties et les réformes procédurales

« *La coopération entre l'arbitre et les parties est un devoir tiré des principes directeurs du procès* »[662]

[662] En ce sens, L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Etudes offertes à J. Normand. Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 71, spéc. n° 19, p. 90.

Pour que la déjudiciarisation puisse être menée parfaitement il faut que l'ensemble des acteurs intervenant dans la procédure arbitrale fasse l'objet d'un réaménagement de prérogatives. C'est cette idée qui nous conduit à la reconsidération du statut de l'arbitre.

Cependant, bien qu'étant l'épine dorsale de la procédure, l'arbitre n'en est pas le seul acteur. Il partage la scène arbitrale avec les parties dont il tire son pouvoir juridictionnel. A cet effet, il convient également de revoir les termes de la relation entre l'arbitre et les parties en redéfinissant la coopération des parties à l'arbitrage (**section 1**) d'une part.

Au-delà des parties, l'arbitrage repose sur des méthodes et des techniques qui forment le droit processuel arbitral. Ce dernier est empreint à la présence du juge étatique. Dès lors, la disparition du juge dans l'instance arbitral fragilise ce droit processuel et place l'arbitrage OHADA dans une instabilité juridique, peu propice à la venue des investisseurs. Aussi, convient-il de revoir ce droit processuel en apportant une renaissance (**section 2**) d'autre part

Section 1. La redynamisation de la coopération des parties à l'arbitrage

Au-delà des obligations qui pèsent sur l'arbitre, les parties elles aussi, supportent le poids de certaines contraintes dont il est interdit de transgresser. Pour beaucoup de ces règles, elles émanent des procédures qui régulent l'instance arbitrale, c'est le cas de la coopération entre les arbitres et les parties[663]. La coopération des parties est perçue à deux échelles distinctes : la première avec l'arbitre et la seconde entre les elles-mêmes. La particularité de ce principe est qu'il impacte lourdement l'arbitrage au travers de sa portée (§2). Mais avant, voyons en les fondements (§1).

[663] Sur la question de l'émergence du principe de coopération en droit judiciaire français, voir S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *in Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, p. 1135, spéc. n° 1287, p. 1184.

§1. Les fondements de la coopération des parties

Les fondements de la coopération des parties à l'arbitrage sont à chercher dans la matrix de l'arbitrage elle-même. En effet, la philosophie de l'arbitrage subordonne l'efficacité de l'instance (A) et la rapidité dans la résolution du litige (B) à cette obligation de coopération.

A. L'efficacité de l'instance

Le procès arbitral vise à trancher la contestation soumise à l'arbitre par les parties. L'arbitre, au travers les informations que les parties mettent à sa disposition prend une décision qualifiée de sentence arbitrale. C'est dire si la justesse de la sentence est caractérisée par la loyauté des débats (1) et la sincérité des pièces fournies (2).

1. La loyauté des débats

Plusieurs législations modernes sur l'arbitrage tant interne[664] qu'international[665] prennent le soin d'énoncer l'obligation de loyauté qui pèse sur les parties sans en décliner le contenu comme le relève M. LOQUIN lorsqu'il affirme que « *le principe de loyauté n'est pas défini par le décret du 13 janvier 2011qui a introduit dans le Code de procédure civile français, le principe de loyauté* »[666]. Le principe de loyauté intervient aussi bien au début qu'à la fin de la procédure avec le prononcé de la

[664] Article 1464 al. 3 du CPC français.
[665] Articles 1506 du droit de l'arbitrage international français ; article 14. 4 de l'AUA ; article 33 de l'Arbitraction act anglais.
[666] E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd, juillet 2015, 9782306000595.

sentence. Mais que retrouve –t-on au sein de ce principe ? Des principes à contenu variable nous explique-t-on[667].

Le principe de loyauté réuni sous ce vocable, un ensemble de solutions disparates, énoncées par la jurisprudence. Le professeur LOQUIN voit les obligations pour les parties de concentrer les moyens et les demandes et celle de ne pas se contredire au détriment de l'autre partie. Toutefois, nous choisissons la loyauté lors des débats pour illustrer notre propos.

La justice arbitrale à l'instar de la justice étatique est rendue par le juge sur la base des allégations des parties. L'acte uniforme en son article 14.3 dispose qu' « *à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer et de prouver les faits propres à les fonder* ». En d'autres termes, les parties doivent apporter toutes les preuves nécessaires à soutenir leur affirmation. C'est uniquement sur la base de ces allégations que le juge prend souverainement sa décision. Il faut donc que les débats soient loyaux, c'est-à-dire qu'ils ne soient pas teintés de malice ou de fourberie. Les parties s'engagent notamment à se communiquer les pièces dans des délais raisonnables. Cela suppose qu'aucune rétention d'information ne doit être effectuée par l'une des parties. Dans le cas contraire, la situation d'équilibre dans laquelle se retrouve chacune des parties se trouve rompue et des risques d'annulation pèsent sur la sentence. La loyauté des débats oblige que les parties apportent au tribunal arbitral, des pièces authentiques.

2. La sincérité des pièces fournies

Le débat ne peut être loyal si les pièces apportées par les parties sont fausses. En ce sens, la sincérité des pièces fournies est le prolongement de l'obligation de loyauté des débats.

[667] E. LOQUIN, *op. cit.*

Il n'est pas rare que les parties transmettent au tribunal arbitral des pièces totalement trafiquées dans l'optique d'avoir une meilleure argumentation. Cependant, grâce au contradictoire, il est possible de contester la pièce soumise comme preuve. Toutefois, il existe un bémol : la transmission de fausses pièces entraine inévitablement un contentieux sur l'élément contesté. Il peut arriver que des experts soient solliciter pour attester de l'authenticité de l'acte ou encore que des témoins soient appelés pour éclairer le tribunal sur la provenance de l'acte… Que l'on soit dans l'un ou dans l'autre des cas, la situation est dommageable pour l'arbitrage.

En effet, lorsqu'une partie transmet un faux document au tribunal, celui-ci peut recourir au service d'un expert pour certifier l'authenticité du document. Ce service bien entendu n'est pas gratuit, il a un coût. Les frais sont supportés par les parties qui devront déjà faire face aux frais d'arbitrage. Il est indéniable que cette situation est préjudiciable pour la trésorerie des entreprises dont on sait que la ligne directrice est de faire du profit.

En outre, lorsqu'un témoin est appelé pour livrer sa part de vérité, c'est du temps en plus qui est utilisé. Ne perdons pas de vue que l'arbitre n'a pas le pouvoir de contrainte sur les parties, encore moins les tiers. En souhaitant entendre un témoin par la contrainte par exemple, l'arbitre doit faire appel au juge. C'est ce dernier qui auditionne le témoin. Il est évident que le temps imparti[668] à l'arbitrage sera entamé par cette procédure et qu'il faudra par la suite, demander une prorogation des délais d'arbitrage.

La sincérité des pièces fournies permet alors de maitriser les coûts de l'arbitrage en évitant des frais annexes tels que le paiement des experts mais aussi un gain de temps en évitant la prorogation des délais au-delà du temps imparti. Les fondements de la coopération des parties reposent également sur la rapidité dans la résolution du litige.

[668] L'acte uniforme prévoit un délai de 6 mois sauf stipulation contraire des parties.

B. La rapidité dans la résolution du litige

La rapidité dans le traitement du litige, voici un des atouts de l'arbitrage sur la justice étatique. En effet, la justice étatique ploie sous le nombre sans cesse grandissant des affaires. Cette surcharge est dommageable pour le monde des affaires qui lui, a besoin de célérité pour être rentable. Cette garantie leur est donnée par l'arbitrage, mode alternatif de règlement de différent qui a par ailleurs le statut juridictionnel puisqu'il présente tous les attributs d'une justice étatique.

La rapidité dans la résolution du contentieux est le fruit de la célérité dans la procédure (1) et l'absence de blocage (2).

1. La célérité de la procédure

Exigence procédurale, la célérité s'impose aux parties à l'arbitrage[669]. Elle fait l'objet d'une codification tant dans l'acte uniforme[670] qu'en droit français[671]. Il implique notamment que les parties ne doivent pas ralentir d'une quelconque manière l'érection du tribunal arbitral. De fait, il arrive que des parties peu enclines à participer à l'arbitrage en dépit de ce qu'elles aient signées la convention d'arbitrage, boycottent la constitution du tribunal arbitral. Il peut s'agir de la non désignation de l'arbitre dans les délais requis ou encore la contestation de l'arbitre sur des motifs pas sérieux.

Le principe de célérité procédurale commande également que les parties respectent à la lettre le calendrier de la procédure tout comme la diligence dans la réponse à toutes les demandes que le tribunal sollicitera. L'administration de la justice oblige que les arbitres puissent élaborer un calendrier de travail. Cet outil permet une

[669] Sur la question, v. Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso édition, 2011, p. 91, spéc. n° 18 et s., p. 98.
[670] Article 14 al. 4 de l'AUA.
[671] Article 1464 al. 3 du CPC français.

meilleure gestion de leur tâche. Il comporte notamment les moments durant lesquelles des actes doivent être posés. Le respect scrupuleux de ce calendrier permet de garder une cohérence parfaite du déroulé de la procédure.

Par ailleurs, pour mieux renseigner le tribunal arbitral, les parties peuvent être enjointes à produire des documents. Malheureusement, les parties peuvent se montrer peu coopérantes en retenant le document ou l'information de manière à ralentir la procédure. De tels agissements causent du tort à la célérité de la procédure et plus loin, à l'efficacité de l'arbitrage.

2. L'arrêt des blocages de la part des parties

Peut-il y avoir célérité dans l'arbitrage tandis que la procédure est parsemée de blocages ? Nous ne le pensons pas. La célérité traduit une grande rapidité à agir ou à se déplacer[672]. Dans le cas de l'arbitrage ce mot désigne la vitesse avec laquelle la procédure vient à bout du litige en permettant à l'arbitre de trancher le contentieux. Les blocages quant à eux sont une succession de freins à la procédure. Ils peuvent être de plusieurs natures mais visent le même objectif : paralyser l'instance.

Dans ce contexte, l'arbitrage peut-il revendiquer sa célérité alors que des embuches lui sont posées durant toute l'instance ? Il nous paraît alors important de souligner ce point dans la coopération des parties. L'arbitrage est avant tout un contrat, c'est d'ailleurs pour cette raison qu'on le qualifie de justice conventionnelle[673]. A ce titre, les parties sont soumises aux règles du droit de contrat et ses exigences dont notamment la bonne foi.

La bonne foi est un élément moral dont l'importance n'est plus sujet à caution. Elle est en outre un élément cardinal dans l'arbitrage puisque c'est elle qui doit

[672] Dictionnaire du CNRTL, http://www.cnrtl.fr/definition/c%C3%A9l%C3%A9rit%C3%A9
[673] Sur la question du consentement nécessaire à l'arbitrage international, v. Paris , 1er juin 1999, *JDI* 2000, p. 370, note E. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2000 p. 493, et le commentaire de B. STERN, « *Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international* », p. 403.

empêcher les parties d'afficher un comportement répréhensible. Les parties se doivent respect et sincérité durant la procédure afin que celle-ci puisse définitivement trancher la contestation. Il est donc nécessaire que ces dernières puissent éviter de poser des embuches qui ralentiraient l'avancée de l'arbitrage et retarderaient le prononcé de la sentence. Après avoir vu les fondements de la coopération des parties à l'arbitrage, intéressons-nous à la portée qu'ils ont.

§2. La portée de la coopération des parties à l'arbitrage

Etudier la portée de la coopération des parties à l'arbitrage revient à analyser la manifestation de ces éléments. En d'autres termes, il s'agit pour nous de démontrer comment ses fondements sont mis en œuvre dans la pratique. Aussi, verrons-nous son application dans la loyauté procédurale (A) tout comme dans l'exécution des décisions (B).

A. La portée de la coopération des parties dans la loyauté procédurale

La loyauté est la colonne vertébrale de l'arbitrage. C'est elle qui sous-tend la pratique de cette noble activité en lui apportant une caution morale. Sa prééminence dans l'arbitrage est telle qu'elle irrigue tous ses aspects. Ce n'est donc pas une surprise si elle est présente durant la procédure en imposant une certaine conduite aux parties.

Le devoir procédural de loyauté des parties à l'arbitrage a d'abord été dégagé par la jurisprudence comme nous le relate M. SERAGLINI[674] avant d'être consacré par la loi en France. Le droit OHADA relativement jeune, la jurisprudence n'a pas inspiré le législateur dans ce sens. Les dispositions normatives ont directement pris position

[674] Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT., *Op. cit*. p. 346.

en faveur de ce principe notamment en disposant dans un article que « *les parties agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure […]* »[675].

Le principe de loyauté s'applique à tous les moments de la procédure comme nous l'avons dit. Cependant, durant la procédure, il peut s'apprécier lors de l'administration de la preuve (1) mais aussi en obligeant les parties à se faire connaître en temps utile (2).

1. Le principe de loyauté et l'administration de la preuve

Le principe de loyauté procédurale se matérialise dans l'administration de la preuve. Il oblige notamment aux parties à collaborer entre elles mais aussi avec l'arbitre. Concrètement, ces derniers doivent apporter leur soutien à l'arbitre à toute initiative allant dans ce sens.

L'administration de la preuve se fait de deux manières distinctes : en fait et en droit. Les parties doivent d'abord alléguer puis ensuite, apporter la preuve de ses allégations. Les dispositions législatives bien que quelque peu différentes sur le sujet[676] le rappellent à chaque fois puisque l'ensemble des droits modernes sur l'arbitrage retient le principe selon lequel il incombe aux parties d'apporter au débat des éléments de fait[677]. C'est là une conséquence de la maxime latine « *da mihi factum dabo tibi jus* »[678] ou encore nommé, le principe du dispositif. Par ailleurs, il est rappelé à l'arbitre ou du moins au tribunal arbitral qu'« *il ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* »[679], c'est-à-dire, des faits que les parties n'ont pas allégués, entendu que le tribunal ne peut tenir compte que des éléments factuels.

[675] Article 14 al. 4 de l'AUA.
[676] En ce sens, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, tome 2, 7e éd., n° 706, p. 540.
[677] En ce sens, l'article 6 du CPC français dispose que « les parties ont la charge d'alléguer les faits propres » et l'article 14.3 de l'AUA qui énonce que « *à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer et de prouver les faits propres à les fonder* ».
[678] Expression qui signifie donne-moi le fait, je te donnerai le droit
[679] Article 7 du CPC français.

Toutefois, ce principe connait des limites notamment avec la notion de faits adventices[680].

Il s'agit pour le juge de prendre en considération, des faits non invoqués par les parties. L'arbitre peut donc chercher dans les pièces qui lui sont soumises, des faits que les parties ont oublié d'évoquer ou qu'elles ont délibérément voulu taire. Cette faculté permet à l'arbitre de fonder sa décision sur des faits tirés du dossier que les parties n'ont pas particulièrement évoqués[681]. Cependant, s'il n'est pas tenu d'inviter préalablement les parties à s'en expliquer, les faits découverts doivent nécessairement faire l'objet d'un contradictoire devant les parties. Il ne suffit pas de juste alléguer des faits, encore faut-il les étayer, c'est-à-dire les prouver.

La règle *actori incumbit probatio* qui s'applique à l'arbitrage[682], est consacrée par la pratique arbitrale internationale[683] et fait partie de la *lex mercatoria*[684]. Il s'agit pour les parties de produire des éléments de preuve au soutien de ses prétentions. Cependant, ces allégations doivent être prouvées conformément à la loi. Autrement dit, les parties doivent produire des preuves recevables en droit. En effet, toutes les preuves ne sont pas acceptées lors d'un procès. Seules celles qui respectent le droit et pouvant faire l'objet d'un contradictoire sont reçues par le tribunal arbitral. la loyauté procédurale implique de la part des parties une limitations des incidents à la procédure.

[680] Sur cette notion, lire H. MOTULSKY, « *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge* », *D*. 1964, chron. , p. 235.
[681] Com. 16 juin, 1998, n° 96-12363 ; G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », *in Etudes offertes à J. Normand. Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 43.
[682] V. J. GILL. QC, G.-S. TAWIL et R. KREINDLER, « The 2010 Revisions to the IBA rules on the taking of Evidence in International Arbitration », *Cah. arb*. 2011, p. 23
[683] A. REDFEM et M. HUNTER, avec le concours de M. SMITH., *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2e éd., traduction E. ROBINE, LGDJ, 1994, p. 266.
[684] En ce sens, G. FLECHEUX, « La preuve dans les arbitrages internationaux », *in L'internationalité dans les institutions et le droit*. *Convergences et défis. Etudes offertes à A. Plantey*, Pedone, 1995, p. 321, spéc. p. 324.

2. La loyauté procédurale et les incidents

Sont considérés comme incidents, tout acte freinant la procédure arbitrale. Toutefois, il existe des incidents normaux et des incidents anormaux. Dans le sens de notre analyse, est considéré comme incident normal, celui qui survient lorsque les parties n'ont pas par exemple prévu les modalités de désignation des arbitres. La constitution du tribunal arbitral s'en trouve entravée.

En revanche, lorsqu'en dépit de ce que la convention arbitrale organise la désignation des arbitres mais que l'une des parties s'efforce à ralentir la procédure en trainant les pas ou encore en inventant des revendications, nous l'entendons comme des incidents anormaux. Le qualificatif de normal ou anormal dépend donc de ce que l'action de la partie soit fondé ou pas.

S'agissant du rapport avec le principe de loyauté procédurale, il faudrait que cet acte ne soit pas infondé. C'est-à-dire que l'acte doit reposer sur un motif réel et sérieux. Il ne doit pas être mû par une volonté de nuire à la procédure en ralentissant au maximum la célérité de la procédure. Ce point est très important car il a été remarqué que des parties faisant preuve de mauvaise foi, freinaient les procédures arbitrales en évoquant des motifs peu crédibles même si par la suite elles étaient condamnées.

La loyauté procédurale doit être dans l'éthique des parties mais au-delà, elle doit être effective. Les parties doivent à tout moment de la procédure se l'approprier car au fond, cela fait partie du principe de la bonne foi qui entoure les relations contractuelles.

Nous avons dit que la portée de la coopération des parties à l'arbitrage peut se mesurer par rapport à la loyauté procédurale. Mais il convient aussi d'ajouter à cette liste la loyauté dans l'exécution des décisions.

B. La loyauté dans l'exécution des décisions

La mission de l'arbitre est de trancher le litige que les parties ont bien voulu lui confier. La sentence définitive qu'il rend va dans ce sens puisqu'elle liquide le contentieux et dessaisit par la même occasion l'arbitre de ses pouvoirs juridictionnels[685]. On pourrait croire que le dessaisissement de l'arbitre de ses prérogatives marque également la fin des obligations qui pèsent sur les parties, mais il n'est est rien de tout cela. Certaines obligations pèsent toujours sur les parties, notamment celle de loyauté dans l'exécution des décisions.

L'exécution des décisions dont il est question ici comprend exclusivement les sentences définitives. Non pas que les autres décisions ne soient pas d'un grand intérêt mais simplement qu'elles ont été déjà dans les points précédents. Ainsi, la loyauté dans l'exécution des décisions requiert que celle-ci se fasse rapidement (1) et évitant tout dilatoire (2).

1. L'exécution rapide des décisions

Le prononcé de la sentence met un terme au litige. Il ne reste plus qu'aux parties à se conformer à la décision du tribunal. Ces dernières peuvent le faire volontairement ou encore attendre que la contrainte l'y oblige.

La loyauté dans l'exécution des sentences vise justement à se débarrasser de la seconde possibilité qui prend du temps puisqu'il faut recourir au service du juge étatique. De fait, lorsque la sentence paraît juste et qu'elle ne doit faire l'objet d'aucunes contestations, la partie défaillante doit immédiatement la mettre en œuvre afin que la partie victorieuse puisse rapidement jouir des droits dont elle était privée. C'est un prolongement de l'obligation de célérité qui conduit l'arbitrage. Y déroger

[685] Article 22 al. 1 de l'AUA.

reviendrait à bafouer ce principe et partant remettre en cause l'efficacité de l'arbitrage et de l'arbitre puisque ce dernier se verrait incapable de faire appliquer ses décisions sans recourir à l'assistance du juge étatique. Il est donc important que les parties fassent preuve de bonne foi en exécutant la sentence dès lorsqu'aucune voie de recours n'est engagée contre elle. Cette approche suscite dans une certaine mesure l'abandon des procédés dilatoires.

2. L'arrêt du dilatoire

Le terme dilatoire est tiré du latin *dilatum* qui veut dire retarder, différer le délai. Le lexique des termes juridiques[686] le définit d'ailleurs en ces termes : « *qui tend à gagner du temps* ». Manifestement, le dilatoire est une technique qui n'a d'autre fin que de ralentir abusivement le cours de la justice. Plusieurs législations[687] tentent de le prévenir en imposant aux parties des obligations[688].

Les parties par le l'obligation de loyauté qui pèse sur elles, se doivent d'éviter tout acte pouvant remettre en cause leur loyauté. Le dilatoire étant considéré comme un acte de mauvaise foi, il ne peut être admis au sein de l'arbitrage. La partie ayant perdu l'instance doit éviter de recourir à des manœuvres dilatoires pour faciliter l'exécution de la sentence.

Section 2. La renaissance du droit processuel arbitral OHADA

Le droit processuel est une matière jeune et fait l'objet de diverses appellations : droit procédural, droit judiciaire. Il n'est pas si ancien que ça puisqu'il ne date que

[686] R. GUILLEN et J. VINCENT. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 16e éd. Dalloz, 2007.
[687] Notamment le droit Ohada en son article 14.
[688] En ce sens, v. M. BASSIROU. BALDE., *« L'instance arbitrale : procédure », LEDAF* mai 2018, n° 111h1, p. 5.

d'une trentaine d'années en France[689]. Par ailleurs, on peut noter que cette matière a « *le vent en poupe* »[690]. Le droit processuel peut se présenter sous deux aspects :

- Celui d'un droit comparé de procédures internes, tel que l'entend Henry MOTULSKY, c'est-à-dire l'examen des procédures entre les différentes catégories de juridiction[691].
- Un droit commun du procès. C'est-à-dire la constitution d'un socle commun à toutes les procédures.

De ce second aspect sur lequel nous fonderont notre critique scientifique, peut se dégager une définition du droit processuel. Un auteur le définit en ces termes « *La procédure est la succession d'actes nécessaires, à l'introduction, à la mise en état, aux débats et aux délibérés des juges et à l'exercice des recours, jusqu'à parvenir à l'exécution des décisions qu'ils ont rendues* »[692]. Le droit processuel est donc l'ensemble de techniques et de procédés visant à atteindre un jugement et son application.

Admis comme tel, il est évident que toutes les juridictions disposent de règles propres. Bien que n'étant pas une juridiction, mais cependant investie d'une mission juridictionnelle, l'arbitrage dispose lui aussi d'un droit processuel. Les règles qui fondent ce droit, varient d'un système juridique à un autre. En conséquence, le droit OHADA dispose de son droit procédural. Toutefois, en raison de la disparition du juge dans la procédure, il apparait impérieux d'arrimer le droit processuel OHADA à certains standards internationaux en matière de droit de l'homme et principe directeur du procès (§1) afin de garantir aux usagers une bonne administration de la justice.

En outre, le départ du juge prive l'arbitre de l'utilisation de certaines procédures. Une innovation et un renforcement des procédures se révèlent être capitaux (§2).

---

[689] E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, 3e éd., 2014, p. 9
[690] E. JEULAND, *Op. Cit.*
[691] H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz 2010.
[692] S. BRAUDO, *Dictionnaire juridique*, https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/procedure-civile.php

§1. La renaissance procédurale à l'aune des principes directeurs du procès et des droits de l'homme

La disparition du juge dans le paysage arbitral laisse l'arbitre orphelin de certaines procédures qui étaient du ressort du juge étatique. Il est à craindre un désintérêt de l'arbitrage par les usagers. En effet, le juge est de plus en plus considéré comme un garde-fou à la fois des dérives de la procédure mais aussi celles des arbitres. Son éclipse jette sur l'arbitrage une image de justice incontrôlée. Les récents scandales dans des arbitrages internationaux ne viennent pas contredire cette image[693].

Une des solutions à cette crise de confiance serait la standardisation du droit processuel OHADA aux règles supra législatives. L'idée d'un droit processuel commun n'est pas incongrue. Il en est de plus en plus question en Europe. Dans sa thèse[694], Noemie REICHLING expose l'importance d'un tel droit, ce d'autant plus que les institutions européennes aient abordé une réflexion autour de l'adoption de règles procédurales minimales communes[695]. Le programme Stockholm prévoyait l'adoption d'un livre vert sur les normes minimales à appliquer aux procédures civiles. La question de leur élaboration a été évoquée lors des assises de la justice de l'Union européenne[696]. Des recommandations allant dans ce sens étaient attendues pour le 30 juin 2018[697]

Dans l'espace OHADA, l'intérêt de cet accouplement de procédure se justifie par le fait que la majorité des investisseurs présents sur le continent africain proviennent majoritairement de l'Europe. Ces derniers avaient déjà souhaité avoir comme mode de règlement de différends, l'arbitrage. Ce mode de justice leur est familier et s'opère quasiment de la même manière, c'est-à-dire avec l'assistance du juge en ce qui concerne l'arbitrage *ad-hoc*. L'éviction du juge dans cette procédure par le législateur doit l'obliger à apporter d'autres gages de sécurité dans l'administration de la justice. En ce sens, l'homogénéisation des règles procédurales constitue un premier pas.

---

[693] V° notamment l'affaire Bernard TAPI c/ Crédit Lyonnais où l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre remettent en cause la sentence rendue.

[694] N. REICHLING. *Les principes directeurs du procès civil dans l'Espace judiciaire européen*. Droit. Normandie Université, 2017. Français.

[695] N. REICHLING, Op. Cit, p. 11.

[696] Assises tenues les 21 et 22 novembre 2013 à Bruxelles.

[697] Commission des affaires juridiques du parlement européen, rapporteur Emil RADEV, *Projet de rapport contenant des recommandations à la commission relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union Européenne*, 2015/2084 (INL), PE 593.974, 10 fév 2017 http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0210+0+DOC+XML+V0//FR

Il sera donc question de cette standardisation du point de vue des principes directeurs du procès (A) d'une part, et à l'égard des droits de l'homme (B) d'autre part.

A. La standardisation du droit processuel OHADA du point de vue des principes directeurs du procès

Le terme principe directeur est polysémique[698], surtout le mot principe qui renvoie à plusieurs acceptions[699]. Dans son étymologie, le mot principe est tiré du latin *principium.* Décomposé, on retrouve dans ce vocable, le mot *primo* qui veut dire premier, et le verbe *capere* qui signifie prendre. Le principe est alors ce qui prend la première place, le premier rang, la première part[700]. De manière commune, un principe est ce qui est à la base de quelque chose[701].

On distingue trois catégories de principes[702] : le principe d'ontologie, exprimant ce qui est ; le principe de logique, expliquant ce qui s'impose à la raison et le principe normatif expliquant ce qui doit être. Dans un contexte juridique, plusieurs définitions peuvent être tirées. Le dictionnaire CORNU en donne sept acceptions[703] : « *règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* »[704], une « *règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »[705] ou bien encore une « *maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif* »[706]. De cette multitude de définitions, nous retiendrons néanmoins un trait commun : le caractère général de cette notion[707].

Dans une autre approche, un auteur affirme que le principe est « *la norme que l'on appelle ainsi pour lui attribuer, à tort ou à raison, une importance*

[698] A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », *in* S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit*, Economica 2008, p. 49 et s.
[699] M. De BECHILLION, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998,
[700] D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, p. 1201, cité par M. GOUBINAT, *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse Grenoble, 2016, spéc. n° 31.
[701] Dictionnaire de la langue française Littré, v° principe, sens 1.
[702] Sur les différentes catégories, v°. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, p. 827 à 830.
[703] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10e éd. 2014, p. 804.
[704] G. CORNU, *Op. cit*, sens 1
[705] G. CORNU, *Op. cit*, sens 2
[706] G. CORNU, *Op. cit*, sens 3.
[707] J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *in le droit privé français au XX ème siècle. Etudes offertes à G. RIPERT*, tome 1, LGDJ, 1950, p. 51 et s.

particulière »[708]. Noemie REICHLING relève toutefois qu'il n'y a aucun élément normatif supérieur dans cette définition[709]. Le mot directeur quant à lui, énonce l'idée de guide, qui donne une direction, un sens[710]. Ainsi, s'il fallait trouver une définition de la notion de principe directeur, adaptée au droit processuel, nous dirons que le principe directeur est une norme générale, d'une importance particulière et de nature à imprimer une direction, une orientation[711]. Il s'agit d'exigences essentielles, organisant les relations processuelles entre le juge et les parties, et entre les parties elles-mêmes déclare pierre Julien[712]. Un autre auteur dit d'eux qu'ils sont « *un cœur de règles primordiales, qui recèle la quintessence du procès civil* »[713] tandis que d'autres affirment qu'ils sont l'esprit du Code, sa philosophie, son âme[714].

Les principes directeurs du procès font l'objet d'une consécration légale dans de nombreux pays[715] mais ne renvoie à aucune catégorie juridique connue, du droit de l'union européenne[716], idem dans le droit OHADA. Les principes directeurs du procès sont nombreux. Les intégrer tous, ferait l'objet d'une étude entière. Cependant, nous avons isolé quelques-uns dont nous estimons le caractère universel. Il s'agit de l'audience, la motivation de la sentence, droit à l'information (1) et le droit à un avocat et les obligations générales (2).

1. L'audience, la motivation de la sentence et le droit à l'information

Etudions en premier lieu l'audience ;

[708] Ph. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », *in Autour du droit civil, Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 225.
[709] N. REICHLING, *Op. Cit*, p. 14.
[710] A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le robert, 2010.
[711] Y.-M. LAITHIER, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC*, 2013, p. 410 et s.
[712] P. JULIEN, *Procédure civile*, LGDJ, oct. 2014, p. 240. https://www.lextenso.fr/ouvrage/9782275048277-112
[713] G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », *in Etudes P. Bellet*, Litec, 1991, spéc. p. 84.
[714] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND., *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, n° 405.
[715] Articles 1 à 29 du CPC français
[716] E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique,* Thèse, Aix-Marseille, 2000, cité par N. REICHLING, *Op. Cit*, p. 14.

Le tribunal arbitral est institué aux termes de l'article 5 de l'acte uniforme. Il est soit composé par les parties, ou alors par le juge étatique[717]. Dans tous les cas, le tribunal doit être composé afin de trancher le litige.

L'importance du tribunal se justifie par plusieurs raisons : c'est lui qui détient les pouvoir dans la procédure arbitrale. Par exemple, c'est le tribunal arbitral qui est chargé de juger l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage[718]. C'est encore le tribunal arbitral qui est chargé de l'administration de la procédure arbitral. La combinaison des dispositions des articles 11 ; 14 al. 2, 11, 12 et 13 et 15 de l'acte uniforme viennent attester de ce fait.

Ce n'est que lorsque le tribunal arbitral est constitué que les audiences peuvent y avoir lieu. L'audience est un impératif de toute mission juridictionnelle. Elle consiste à faire comparaitre les belligérants devant une assemblée composée de juge par le biais de la confrontation. Cette exercice est primordiale dès lors qu'il met en exergue une autre exigence (le contradictoire)[719] qui fera l'objet d'un autre point. Toutefois, il faut rester modéré dans l'interprétation des mots. Si on parle de comparaître, cela sous-entend la présence physique des litigants. Que se passerait-il si l'une des parties était absente ? Devrait-on tirer les conséquences de cette absence ?

Nous pensons que si l'une des parties ne peut être présente physiquement lors de l'audience, elle devrait être autorisée à utiliser les outils technologiques afin de pouvoir assurer sa défense. A cet effet, les techniques telles que la visioconférence doivent être vulgarisée voire légiférée. Un rapport nommé Justice et nouvelles Technologies vantait les mérites de ce mariage : « *Ces techniques et leurs mises en œuvre suscitent chez les professionnels du droit et de la justice, qui en exploitent déjà certaines ressources (le réseau e-barreau ou quelques tribunaux de grande instance, par exemple), de grands espoirs en matière de rationalisation du travail en améliorant les pratiques et en créant des types nouveaux de solutions aux problèmes de gestion collective des connaissances (travail collaboratif)* »[720] peut-on y lire. Ce rapport n'est pas le seul à encourager l'introduction des NTIC dans la pratique de la justice. Dans une note de la présidence de la république Tchèque parue sur le site de l'Union Européenne, il était écrit que « *l'interconnexion des registres électroniques tenus par les Etats-membres, le recours à la visioconférence dans le cadre des procédures judiciaires transfrontalières ou la création d'un portail européen de justice en ligne (e-justice) pour un accès uniforme au droit pour tous les citoyens de l'UE et les*

[717] Article 5 alinéa 2 de l'AUA.
[718] Article 11 al. 1 de l'AUA.
[719] Voir *infra*
[720] Mission de recherche Droit et Justice, Justice et nouvelles technologies, 2013, p. 2. http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2013/11/A.O_Justice_nouvelles-technologies.pdf

spécialistes du droit : dans tous ces domaines, l'utilisation des nouvelles technologies de l'information peut rendre la pratique judiciaire bien plus efficace et apporter ainsi aux citoyens une véritable valeur ajoutée »[721].

L'utilisation de la visioconférence n'est pas totalement méconnue du droit OHADA dans sa généralité puisqu'il autorise cette pratique dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales[722]. Un auteur constate que « *la visioconférence et les autres moyens de télécommunication facilitent désormais la tenue des réunions en droit OHADA comme si, ces derniers c'est-à-dire les actionnaires se trouvaient face à face durant lesdites assemblées* »[723].

L'enjeu pour nous dans le droit de l'arbitrage OHADA est de disposer d'un tel outil afin de garantir aux parties une audience en bonne et due forme. L'audience n'est pas le seul principe directeur qu'on peut retenir.

En second lieu, voyons la motivation de la sentence ;

La motivation de la sentence se joint à la tenue de l'audience. Elle a la même force obligatoire que la tenue de l'audience. Le tribunal arbitral doit fournir une décision suffisamment détaillée. Cette exigence revêt un caractère impératif comme le révèle l'utilisation du verbe devoir dans la formulation de l'article 20 al. 2 de l'acte uniforme : « *la sentence doit être motivée* ». Plusieurs pays exigent que la sentence soit motivée[724]. Toutefois, cette disposition impérative en droit OHADA est atténuée en droit comparé ou la France[725] ainsi que d'autres pays[726] autorisent que la sentence ne soient pas nécessairement motivée en droit de l'arbitrage international. Cette position nous parait dommageable dans la mesure où la motivation de la sentence permet aux parties de recourir efficacement à tout droit de réexaminer la décision et de trouver le moyen sur lequel fonder son recours contre la sentence.

La seule possibilité qui rendrait une sentence exempte de motivation serait celle où la sentence a été rendue d'accord-partie. En effet, il ne s'agit pas là d'une décision juridictionnelle puisqu'elle n'émane pas de l'arbitre. Il ne fait qu'acter la décision des parties ayant trouvé un arrangement sur leur litige. Cette approche est partagée par la

---

[721] Site de l'U.E du 16/12/2008, présidence de la république Tchèque, cité par Mission de recherche Droit et Justice, http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2013/11/A.O_Justice_nouvelles-technologies.pdf

[722] article 454-1 al. 1 de l'AUDSC/GIE

[723] D. ALLECHI, *La visioconférence et les autres moyens de télécommunication en droit Ohada*, 28/06 2018. https://lex4.com/la-telecommunication-en-droit-ohada/ consulté le 30/07/2018 à 13h 35.

[724] Belgique, art. 1701 du CJ ; Italie, art. 823 du CPC, exemples tirés de J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 746, p. 708.

[725] Article 1482 suivit de l'article 1483 du CPC français.

[726] Notamment la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999.

législation anglaise qui dispose que « *la sentence doit être motivée à moins qu'elle ne soit rendue d'accord-partie […]* »[727].

Il existe une autre raison pour laquelle la sentence ne serait pas motivée : lorsque les parties en font expressément mention dans la convention d'arbitrage. Il peut arriver que les parties décident que le juge arbitre sous soustrait à l'obligation de motiver sa sentence. Dès lors, l'arbitre s'abstient de motiver sa décision.

Dans l'un ou dans l'autre des cas exposés, le droit OHADA reste inflexible. La sentence doit être motivée. Sa position se justifie notamment par le fait que les parties sont présumées avoir voulu que la sentence soit motivée[728] mais également au regard de l'une de ses sources, la loi-type de la CNUDCI qui prévoit que « *la sentence est motivée […]* »[729]. De plus, comme nous le dit bien Mr MOTULSKY, l'exigence de motivation est ressentie comme une garantie fondamentale[730] et est destinée à assurer le respect des droits de la défense[731].

La motivation de la sentence offre donc une garantie d'une décision en parfaite adéquation avec les aspirations sécuritaires des parties à l'arbitrage. Le droit OHADA en obligeant à ce que les décisions arbitrales rendues sous son empire soient motivées marque son ambition d'offrir une meilleure justice aux usagers. A l'exclusion du devoir de motivation qui pèse sur les arbitres, nous pouvons également adjoindre le droit à l'information.

En dernier lieu, pour clore cette série de principes directeurs qui pourraient être unifiés dans le cadre du droit processuel OHADA, nous pouvons évoquer le droit à l'accès à l'information.

L'arbitrage est une justice conventionnelle et consensuelle, c'est-à-dire voulue par les parties. Cela ne veut pas dire que les parties en connaissent toutes les arcanes. En conséquence, l'arbitre se doit d'être transparent envers les parties. L'idée de transparence ici développée est de garantir aux parties, un accès aux différentes informations sur le déroulement de l'instance. Ce peut être des questions sur l'introduction d'une procédure ou encore les délais de prescription ou de déchéance etc. Le rapport de la commission de l'U.E. chargée de faire des propositions sur les principes directeurs communs à minima, en son article 19 a retenu ce point. Elle

[727] Art. 52 al. 4 de l'*Arbitration Act* de 1996, *Rev. arb*. 1997, p. 93.
[728] Art. VIII de la convention de Genève du 21 avril 1961 dont l'OHADA est membre.
[729] Art. 31.2 de la loi-type CNUDCI du 21 juin 1985.
[730] H. MOTULSKY, *Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU et J. FOYER, Dalloz, tome 1, 1973, n° 29, p. 80, cité par Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestion, 2013, p. 793.
[731] H. MOTULSKY, *Etudes et notes de procédure civile*, préc., n° 29, p. 80, cité par Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestion, 2013, p. 793.

énonce que « *les Etats membres s'efforcent de fournir aux citoyens des informations transparentes et aisément disponibles concernant l'introduction de diverses procédures, les délais de prescription et de déchéance […]* ». C'est dire si l'accès à l'information constitue un principe cardinal dans la justice.

L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne consacre pas expressément l'accès à l'information. On suppose qu'il est compris dans l'obligation de loyauté qui pèse sur les arbitres. Aussi, souhaitons-nous que cette exigence soit intégrée dans le corpus normatif de l'OHADA afin de rassurer un peu plus les utilisateurs de l'arbitrage.

Les audiences, la motivation de la sentence ou encore le droit à l'information ne sont pas les seuls principes directeurs qui devraient être communs.

2. Le droit à un avocat et la conduite des travaux

Le droit à un avocat fait partie des droits dont disposent les parties pour se défendre[732]. Dans le droit de l'arbitrage OHADA, aucune obligation n'est faite aux parties de recourir aux services d'un avocat. Le choix leur est laissé. Il en est de même au sein la législation française où un article énonce la liberté qu'ont les parties de se défendre elles-mêmes ou de se faire accompagner par le défenseur de leur choix[733].

La législation française va au-delà de la simple représentation par un avocat puisqu'elle autorise les parties à recourir aux services d'un mandataire pour se défendre[734]. Pour elle, la défense d'une partie peut être faite par n'importe qu'elle individu dès lors qu'il est mandaté par les parties.

Nous ne nous inscrivons pas dans cette logique. La justice est une chose sérieuse qui ne saurait être confiée au premier venu. Idem pour la défense des litigants. L'avocat a toute sa place dans une procédure arbitrale pour plusieurs raisons :

- C'est un professionnel des métiers de la justice. Le président national des Barreaux fait remarquer qu'aucun professionnel de l'arbitrage n'est à mesure de rivaliser avec les garanties qu'offre l'avocat dans une procédure arbitrale. Respect de la déontologie sous contrôle des ordres, respect du secret

[732] Civ. 1re , 28 avril, 1986.
[733] Art. 18 et 1472 al. 6 du NCPC français.
[734] Art. 18 et 1472 al. 6 *op. cit.*

professionnel et des règles du conflit d'intérêt, obligation de transparence et d'information[735] …

- L'avocat peut être nommé arbitre sous réserve de certaines conditions
- L'avocat est un prescripteur dans le sens où il rédige des contrats où des clauses compromissoires peuvent y être ajoutées.

Pour cela, il mérite d'être associé dans la procédure au titre de conseil des parties comme dans la justice étatique. Ce n'est pas un hasard si les travaux de la commission sur les principes directeurs communs à minima de l'U.E. Cela souligne son importance dans la procédure surtout au regard des enjeux. En effet, l'arbitrage commercial ou même celui d'investissement traite des litiges où d'importantes sommes sont en jeu. Il serait regrettable pour une des parties, de confier la défense de ses droits à une personne non spécialiste du droit.

Nous recommandons alors que l'arbitrage *ad-hoc* puisse épouser l'idée de rendre l'office de l'avocat obligatoire d'autant plus que le juge n'interviendra plus dans la procédure. Une fois de plus, ce sera un gage d'une justice transparente et efficace, qui ne ménage aucun effort pour la manifestation de la vérité. Si l'avocat est tant sollicité dans l'arbitrage c'est aussi pour s'assurer de la bonne conduite des travaux.

Le tribunal arbitral comme son homologue de la justice étatique gère l'administration du procès. Cette gestion s'effectue par divers actes. L'article 9 des recommandations de la commission de l'EU sur les principes directeurs à minima vise 9 points pouvant être communs aux procédures pour les rendre encore plus efficientes. Nous partageons ce point de vue. Nous estimons que l'arbitre dans sa quête de la vérité doit tout comme les juges :

- Encourager les parties à coopérer entre elles tout au long de la procédure ;
- Recenser très tôt les problèmes ;
- Déterminer les questions qui nécessitent une enquête ;
- Décider l'ordre dans lequel les questions doivent être résolues ;
- Aider les parties à mettre fin au recours en totalité ou en partie ;
- Fixer le calendrier pour surveiller l'évolution des recours ;

Cet ensemble de règles, nous le pensons, aidera à une meilleure administration des travaux et fera gagner un précieux temps à l'arbitre.

[735] P. LEYDOUX, « L'arbitrage interne, un autre territoire à conquérir pour les avocats », *in Cah. arb.* 3e éd. 2017, p.3.
https://e-services.avocat.fr/sources/Cahiers/1.Juridique/Cahiers-thematiques/CNB-2017-10_ARB_Les-cahiers-de-l-Arbitrage-3e-ed.pdf

Il est important pour la justice arbitrale de calquer le modèle de gestion de la justice publique. Non pas parce qu'elle serait incapable d'élaborer ses propres règles[736] mais simplement parce que le défi d'éloigner définitivement le juge de sa procédure peut créer une crise de confiance chez les usagers puisque ces derniers considèrent le juge comme un garde-fou aux dérives de l'arbitrage.

Nous espérons qu'en ayant les mêmes procédures, l'idée d'opacité qui entoure la pratique de l'arbitrage se transforme en transparence et garantisse aux parties une sécurité juridique et judiciaire.

Les réformes de la procédure ne doivent pas être faites uniquement sur les principes directeurs du procès.

B. Les réformes processuelles en tenant compte des droits de l'homme

Les droits de l'homme sont au centre des préoccupations du droit. Ils font l'objet de l'attention de la doctrine qui lui consacre plusieurs écrits[737]. C'est un concept dont il est difficile de cerner les aspects parce qu'évolutif[738].

Plusieurs législations leur accordent une place de choix en leur donnant une valeur constitutionnelle dans la norme suprême étatique[739]. Cette importance s'explique aussi parce que les droits de l'homme sont le socle de base des garanties

[736] La justice arbitrale dispose déjà des règles qui lui sont propres.

[737] J. PROUST, *L'arbitrage CIRDI face aux droits de l'homme*, thèse 2013, Paris I, Panthéon, Sorbonne ; BOURGEOIS Bernard, « **2** - *Kant et les droits de l'homme* », dans *Philosophie et droits de l'homme*. sous la direction de BOURGEOIS Bernard. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Questions », 1990, p. 33-48. URL : https://www.cairn.info/philosophie-et-droits-de-l-homme--9782130429586-page-33.htm ; Th. PAINE, *Théorie et pratique des droits de l'homme*, Hachette, 1792 ; TERRE Dominique, « Les droits de l'homme et le droit positif », dans *Les questions morales du droit*. sous la direction de TERRE Dominique. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Éthique et philosophie morale », 2007, p. 93-106. URL : https://www.cairn.info/les-questions-morales-du-droit--9782130515166-page-93.htm ; LEVINET Michel, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2 (n° 86), p. 227-263. DOI : 10.3917/rfdc.086.0227. URL : https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2011-2-page-227.htm

[738] En ce sens, V. H. PALLARD et S. TZITZIS (textes recueillis et présenté par), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, cité par YACOUB Joseph, « Pour un élargissement des droits de l'homme », *Diogène*, 2004/2 (n° 206), p. 99-121. DOI : 10.3917/dio.206.0099. URL : https://www.cairn.info/revue-diogene-2004-2-page-99.htm

[739] Préambules des constitutions Gabonaise, Française, Congolaise, Ivoirienne, Burkinabé, Malienne, Sénégalaise, Tchadienne…

fondamentales dont tout justiciable doit être assuré de disposer[740]. En effet, la recherche de la justice ne doit pas être faite au détriment de ce sacro-saint principe. Le non-respect de ces droits peut entrainer l'annulation de la décision de justice.

Même si les droits de l'homme sont un concept difficile à cerner, on sait néanmoins dans le cadre d'un procès, ils s'appuient sur des principes tels que l'équité des parties (1) mais aussi le respect du droit à la défense (2).

1. Le principe du procès équitable

Le principe de procès équitable renvoie au fond à la qualité de la procédure. Il s'agit de faire un inventaire des garanties que lui accorde le droit dans la tenue du procès. Ces garanties peuvent varier d'une matière à une autre. Par exemple, les garanties ne sont pas les mêmes en matière civile qu'en matière pénale. Autant préciser que nous n'énumèrerons que les garanties issues de matière civile puisque l'arbitrage n'est point autorisé en matière pénale du moins, selon l'acte uniforme relatif à l'arbitrage OHADA.

La première garantie est celle relative au tribunal : il faut que le tribunal soit légal au vue de la loi, c'est-à-dire que sa composition respecte parfaitement les dispositions en la matière. Notons cependant que la loi dont il est question ici est celle que les parties ont convenu d'appliquer pour l'érection de leur tribunal. Le droit à un tribunal établit par la loi comporte en son sein la question de l'accès à un tribunal. Cette dernière fait allusion au droit de recours que dont doit jouir chaque justiciable. De fait, parce que la justice n'est pas toujours parfaite, il doit être accordé à un justiciable, l'opportunité que sa contestation soit revue par un autre tribunal, on parlera de second degré de juridiction.

Toutefois, en droit de l'arbitrage, on ne parlera pas de second degré de juridiction, il n'en existe pas. En revanche, des voies de recours sont mentionnées et peuvent être exercées par les litigants[741]. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs jugé qu'en privant des individus de l'exercice des voies de recours, l'Etat les avait privés du droit à l'accès au tribunal.

Le procès équitable renvoie à l'équité. Celui-ci fait référence à l'égalité des armes au cours de la procédure. Ce principe impose que « *toute partie à une action [civile ou*

[740] X. VUITTON, *Le procès équitable, l'article 6 §1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, 1re éd. LGDJ, 2017.

[741] Le chapitre 5 de l'AUA consacre 4 articles aux voies de recours, de l'organisation à la mise en œuvre : art. 25 à 29.

pénale ait] une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable vis-à-vis de la partie adverse »[742] retient Mme MEUNIER. En d'autres termes, les parties doivent bénéficier des mêmes avantages et inconvénients durant l'instance arbitrale. Une autre garantie qui découle des droits de l'homme, le principe du contradictoire.

2. Le principe du contradictoire

La Cour européenne des droits de l'homme estime que le principe du contradictoire « est l'une des principales garanties d'une procédure judiciaire »[743]. Il se caractérise par le fait que le juge doit veiller à ce que les éléments du contentieux, fassent l'objet d'un débat entre les parties. Ce principe est partagé par le droit OHADA, notamment en son article 9 qui dispose que *« les parties doivent être traitées sur un même pied d'égalité et chaque partie doit avoir toutes possibilités de faire valoir ses droits »*. On l'aura compris, l'AUA enrobe le principe du contradictoire dans celui de l'équibre des parties. Toutefois, la CCJA veille à ce que ce principe ne soit utilisé de manière dilatoire comme ce fut le cas dans l'affaire Asecna c. snack bags[744].

En l'espèce, condamnée au paiement de plusieurs sommes à la société SNACK BAGS par un tribunal arbitral, l'Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) a introduit un recours en annulation devant la Cour d'appel de Douala en invoquant une violation du principe du contradictoire par les arbitres. À cet effet, la demanderesse a allégué qu'excepté une convocation du 18 septembre 2002 l'informant de la désignation d'un arbitre, elle n'avait plus reçu d'autres informations sur la procédure arbitrale l'opposant à la société SNACK BAGS. En conséquence, elle n'avait pas été appelée à produire ses moyens de défense devant le tribunal arbitral.

Non convaincue par ce moyen, la Cour d'appel de Douala a débouté l'ASECNA en s'appuyant sur une lettre avec accusé de réception du 25 avril 2005 et des convocations du 6 juin 2002, du 14 juin 2002 et du 25 octobre 2004, toutes ignorées de l'ASECNA. Afin d'obtenir la censure de la décision des juges camerounais, l'ASECNA a saisi la CCJA en cassation. À cet effet, le pourvoi a

[742] J. MEUNIER, *La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme*, https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419087/file/La_notion_de_proces_equitable_devant_la_Cour_europeenne_des_droits_de_l_homme_-_MEUNIER_Julie.pdf p.5.
[743] CEDH, *feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, série A, n° 99, § 44.
[744] CCJA, avr. 2015, n° 011/2015.

soutenu que les pièces indiquées ci-dessus ne provenaient pas de la partie adverse et n'avaient donc pas pu faire l'objet d'un débat contradictoire. De ce fait, la demanderesse a conclu qu'il y a eu rupture de l'équilibre procédural tel qu'édicté par l'article 9 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage (AUA).

La CCJA a rejeté le pourvoi au motif que « *ce moyen pris essentiellement sous l'angle de la violation du principe de la contradiction, ne critique en rien l'arrêt déféré mais la sentence arbitrale ; qu'en outre la cour d'appel, en analysant les circonstances de la remise des convocations, apprécie souverainement les faits* »[745].

Indiscutablement, la position de la CCJA dans cette affaire est empreinte de *favor arbitrandum*, la violation du principe du contradictoire ne pouvant être admise aisément. Pour autant, cet arrêt appelle néanmoins quelques remarques relatives au contrôle de la CCJA en matière de recours en annulation fait remarquer M. NGWANZA[746]. Les hauts magistrats de l'OHADA ont refusé de faire droit à l'action de l'ASECNA qui voulait circonscrire le respect du principe du contradictoire aux hypothèses où les pièces et autres documents de la procédure lui ont été communiquées par son contradicteur. « *Une telle analyse n'est pas convaincante car le principe du contradictoire vise l'équilibre procédural, en l'occurrence le droit à l'information sur les évolutions de la procédure. S'il est indiscutable qu'il appartient à chaque partie de transmettre ses écritures et pièces probatoires à son adversaire, il n'en demeure pas moins que la demanderesse ne peut pas se prévaloir d'un procès inéquitable dès lors qu'elle a été en mesure de se défendre. Il faudrait que les documents et pièces ne lui aient pas été communiqués, ou qu'elle n'ait pas eu le temps de préparer sa défense* »[747] renchérit M. NGWANZA.

« *L'ASECNA a fondé son action sur le fait que les informations sur la procédure ne lui ont pas été transmises par son contradicteur, laissant penser de ce fait que le respect du contradictoire ne s'attache pas uniquement au droit à l'information mais également à l'auteur de l'information. Cette analyse, teintée de malice, est particulièrement inappropriée car elle ouvre la porte à la mauvaise foi en justifiant l'inertie de justiciables parfaitement informés de l'ouverture d'une procédure arbitrale contre eux* » conclu [748].

Le respect du principe du contradictoire n'est qu'un prolongement du droit à la défense qui est un dérivé des droits dont dispose l'homme. Nul ne peut être condamné s'il n'a pas eu le temps d'alléguer ses motifs devant un tribunal régulièrement constitué. En réaffirmant la place qu'occupe le principe du contradictoire dans une

[745] CCJA, *op. cit*.
[746] A. NGWANZA, « Ohada/Ohada », *CAPJA* n° 1, 2017, p. 123
[747] A. NGWANZA, *op. cit*. p. 123.
[748] *Id bid*. P. 123.

instance arbitrale sous l'empire de l'AUA, l'arbitrage *ad-hoc* OHADA montre sa détermination à rendre une justice équitable et respectueuse des droits de l'homme.

§2. L'innovation et le renforcement des règles de procédure

Le droit est un produit social, c'est-à-dire qu'il évolue en même temps que la société. Il en va de même pour le droit processuel qui est condamné à innover à chaque fois pour garantir le maximum de sécurité juridique aux justiciables. La grande mu que l'arbitrage *ad-hoc* effectue impose que le droit processuel suive le mouvement. Il est donc urgent qu'une innovation (A) se fasse mais aussi qu'un suivi des procédures existantes soit effectué (B).

A. La nécessité d'innover en matière procédurale

L'innovation procédurale dont il est question renvoie aux techniques dont l'arbitre pourrait être amené à utiliser pour résoudre une difficulté ou garantir un droit lors du procès. Il est donc question de création de nouvelle procédure (1).

1. La création de nouvelles procédures

La loi énonce certaines procédures à la compétence exclusive du juge. Cela sous-entend qu'en l'absence de l'autorité judiciaire, aucune autre n'est habilitée à effectuer ces procédures. Il en est ainsi en ce qui concerne par exemple les saisies conservatoires ou les sûretés judiciaires, mais également des procédures de révocation d'un arbitre etc.

Le juge-arbitre amputé de la présence du juge étatique dans son procès arbitral perd vraisemblablement certains outils procéduraux qui concourent à la bonne administration de la justice. De ce fait, il apparait urgent et impératif que l'arbitrage se dote de nouvelles procédures visant à favoriser l'exécution des mêmes procédures que celles effectuées par les procédures étatiques.

Les experts de l'arbitrage, c'est-à-dire la doctrine et les professionnels doivent réfléchir sur des procédures semblables que celles du juge afin de garantir le même

niveau de sécurité à l'arbitrage que celui dans lequel il se trouve lorsque le juge prête son assistance. La création de nouvelles procédures ne suffit pas. Il faut en plus que celles existantes, fragilisées par le départ du juge soient renforcées.

B. Le suivi des procédures existantes

Le suivi des procédures existantes s'effectue par le renforcement des dites procédures (1).

1. Le renforcement des procédures existantes

Certaines procédures initiées par les arbitres, pour leurs efficacités doivent recevoir un appui de la part du juge. Cet apport judiciaire vise à rendre la décision de l'arbitre applicable vue que ce dernier ne dispose pas du pouvoir de contrainte[749].

L'exclusion du juge fragilise en quelque sorte l'efficacité de la procédure initiée par l'arbitre qui n'a plus la force du juge pour l'aider à imposer sa décision. Il revient donc à la doctrine qu'accompagneraient les experts de l'arbitrage, à se pencher sur la question du renforcement des procédures existantes afin que l'absence du juge ne puisse causer du tort à l'arbitre et partant à l'arbitrage.

[749] En ce sens, v°. Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, spéc. n° 228-229, p. 188-189.

Conclusion du chapitre II

La disparition du juge du paysage arbitrale entraine une cascade de réforme. On ne saurait parler d'émancipation de l'arbitrage sans porter un regard nouveau sur les obligations qui pèsent sur les parties d'une part mais aussi sur les différentes procédures d'autres part. Il s'agit donc de redéfinir les devoirs des parties vis-à-vis de l'arbitre mais également vis-à-vis d'elles-mêmes. L'objectif étant de rendre compatible le nouvel arbitrage aux devoirs dont les parties sont assujetties.

Il s'agira aussi de porter un regard nouveau sur les procédures arbitrales car les anciennes ne cadrent plus avec la nouvelle nomenclature juridique de l'OHADA. Il sera plus que nécessaire de procéder à une innovation procédurale qui se caractérisera par la création de nouvelles procédures mais également par le renforcement d'autres.

Conclusion du Titre I

La déjudiciarisation est un processus inévitable qui sonne le glas d'une nouvelle ère juridique pour l'arbitrage OHADA. Toutefois, cette ère ne pourra atteindre les espoirs qu'on lui porte qu'à condition que les différentes parties, les différents acteurs puissent effectuer les réformes nécessaires.

En effet, la déjudiciarisation nécessite que des transformations intrinsèques et extrinsèques à l'arbitrage puissent être menées. Elles visent aussi bien les acteurs c'est-à-dire l'arbitre au travers la révision de son statut que les parties en revisitant leurs droits et devoirs. Le chantier de réformes serait inachevé et présenterait une inefficacité si l'on ne s'intéressait pas aux procédures.

Ces dernières sont la clef de voute de toute l'institution puisqu'elles peuvent rendre tout le travail opéré en amont caduque si jamais la sentence était déclarée nulle pour non-respect des procédures. Aussi, il est important de paramétrer les procédures afin qu'elles soient arrimées aux standards internationaux et de ce fait éviter que l'arbitrage OHADA ne soit délaissé, abandonné pour défaut de sécurité juridique.

Titre II

Les exigences de la déjudiciarisation auprès des Etats et de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

« *Il semble anormal qu'après avoir énoncé « solennellement, sous forme d'une règle matérielle propre aux relations commerciales internationales que l'Etat a la capacité de compromettre pour les besoin du commerce international, et maintenir par ailleurs ce même Etat à l'abri des conséquences de la procédure arbitrale dans laquelle il s'est engagé* »[750]

[750] B. OPPETIT. Le développement des règles matérielles. In: *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série, 1988. Journée du Cinquantenaire. pp. 121-139.

L'objectif de ce titre est de visualiser les manquements des Etats d'un part et ceux de la Cour commune de justice et d'arbitrage d'autre part, dans l'élaboration et la réussite de la déjudiciarisation de l'arbitrage Ohada. Aussi est-il question pour nous, de nous appesantir sur les éléments qui fragilisent ce processus pour ensuite en apporter des pistes de solution.

Primo, la première grande polémique qui endigue le bon fonctionnement de la déjudiciarisation est la prérogative de puissance publique dont jouissent les Etats, dans ses rapports avec l'arbitrage, en dépit de ce que prévoit les textes de l'acte uniforme qui dispose que « *les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public, peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* »[751]. En effet, il est prévu que l'Etat renonce à ses pouvoirs exorbitants lorsqu'il a décidé de se tourner vers l'arbitrage pour trancher un litige qui l'oppose à un opérateur privé. Cependant, dans les faits, ce n'est pas toujours le cas.

Secondo, l'objectif rechercher ne peut être atteint que si tous les organes de l'Ohada subissent des réformes qui leurs permettent de remplir pleinement et efficacement les nouvelles missions qui leurs sont assignées. La Cour commune de justice et d'arbitrage est l'un de ces organes. Il est donc urgent d'en revoir les prérogatives ainsi que le fonctionnement.

L'évolution du monde est telle qu'aujourd'hui, les Etats ne peuvent se retirer du commerce international. Acteurs de ce même commerce international, les personnes privées sont obligées de traiter avec les Etats. En raison, des garanties qu'offre l'arbitrage par rapport à la justice étatique les opérateurs privés optent pour cette justice privée. L'Etat n'a d'autre choix que de les suivre au risque de se retrouver sans partenaire économique. Sauf que l'abandon des prérogatives de puissance publique n'est que théorique. Il est reproché à l'Etat de conserver dans les faits ses prérogatives immunitaires et non-immunitaires, rompant de *facto*, d'une certaine façon, l'égalité entre les parties.

Fort de ce constat, il apparait clairement urgent de concilier l'arbitrage aux pouvoirs exorbitants des Etats (**Chapitre I**) tout comme la réforme de la CCJA (**Chapitre II**).

[751] Article 2 al. 2 de l'AUA.

Chapitre I. La conciliation entre l'arbitrage et les prérogatives de puissance publique des Etat

« *Peut-on simultanément soumettre la même entité au droit commun et à un droit d'exception ?* »[752]

[752] Paris, 1ère Ch. A., 10 août 2000, *Rev. arb.*, n° 1, 2001, p. 126, note Ph. Leboulanger.

La question des prérogatives de puissance publique au sein de l'arbitrage est permanente[753]. Elle est tellement permanente qu'elle devient une question d'actualité tant en Afrique que dans l'hexagone.

Le droit Ohada est perçu à bien des égards comme un droit original et novateur. Ces qualificatifs valorisant sont entre autre décernés en raison de la consécration de l'aptitude des personnes publiques à compromettre. En effet par le biais de son article 2 qui dispose que « *Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publiques et toutes autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quel que soit la nature juridique du contrat sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* »[754], le droit Ohada réussit à neutraliser les prérogatives de puissance publique des personnes publiques parties à l'arbitrage[755].

Les débats sur cette question sont très animés au sein de l'actualité OHADA[756] et il faut dire que la participation des personnes publiques à l'arbitrage continue à diviser la doctrine. Pour illustration, deux arbitrages au Bénin continuent d'alimenter la polémique. Il s'agit de deux affaires qui ont données lieux à des décisions judiciaires[757]. Dans ces affaires, la participation de l'Etat Béninois à l'arbitrage est discutée et les décisions de justice sont perçues comme des moyens d'expropriation de l'Etat. Deux courants doctrinaux s'affrontent : ceux qui pensent que les prérogatives sont structurellement incompatibles au régime de droit commun qu'offre l'arbitrage OHADA. Un auteur affirme dans ce sens que c'est la finalité publique des actions de l'Etat, fondamentale en droit public, qui explique cette inadéquation[758]. D'autre en revanche, estiment que les Etats impliqués dans des procédures arbitrales, perdent leurs prérogatives de puissance publique. Selon les défenseurs de cette thèse, l'Etat impliqué dans des activités commerciales perd ses prérogatives et tombe sous le

[753] V. F. POIRAT, « Les immunités des sujets du droit international (Etat et organisations internationales), *in* J. VERHOEVEN (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, Bibliothèque de l'institut des hautes études internationales de Paris, p. 11.

[754] Article 2 al. 2 de l'AUA.

[755] A. C. AQUEREBURU, « L'Etat, justiciable de droit commun dans le traité de l'OHADA », *Penant*, n° 865, 2008, p. 507.

[756] Sur cette question, v. M. KAMTO, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », *in* Ph. FOUCHARD (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 99-100.

[757] CCJA, arrêt n° 103/2015, *Société Bénin Control S.A c. Etat du Bénin* ; CCJA, arrêt n° 104/2015, *SCP et P. TALON c. Etat du Bénin.*

[758] M.I. SALAMI, interview accordée à *La nouvelle tribune*, 28 mai 2012.

régime de droit commun de l'arbitrage[759] à tel point qu'on pourrait parler de « *banalisation à outrance des prérogatives de puissance publique* »[760]. Une certaines doctrines va jusqu'à soutenir que les Etats ne gagnent jamais dans des arbitrages impliquant des personnes privées[761].

Dans les faits, cette dernière idée semble peu réelle au regard des nombreux litiges[762] allant dans le même sens que ceux déjà évoqués. Signe que la question n'est pas encore tranchée, l'ambiguïté observée sur le site de l'OHADA à la faveur de son communiqué. Il demandait aux différents usagers et particulièrement aux Etats, de l'arbitrage de faire très attention à l'arbitrage. C'est du moins ce que l'on comprend lorsqu'ils disent que « *Quant aux Etats, ils doivent être particulièrement prudents car ils sont extraordinairement vulnérables face à cette justice privée. Certaines condamnations arbitrales très lourdes rendues récemment par des arbitres (souvent issus des Barreaux) contre certains Etats OHADA en témoignent* »[763]. Comment une institution chargée de faire la promotion de l'arbitrage peut dans un communiqué officiel demander aux Etats parties de se méfier de cette justice privée[764] ?

L'Afrique n'est pas la seule région où le sujet est controversé. L'occident également connait la même problématique notamment à travers les affaires B. TAPIE, INSERM[765] ou encore SMARC[766]. Il est donc urgent de procéder à une conciliation des deux concepts pour parvenir à un arbitrage fort et sécurisé.

Un universitaire[767] s'est penché sur la question et apporte une solution basée sur les règles communautaires d'une part et conventionnelles d'autre part. En tout état de cause, la conciliation de ces concepts par des normes communautaires présente une complexité qui s'évanouit sous l'espoir de réussite par voie contractuelle (**Section** 1).

---

[759] C'est essentiellement la ligne de défense adoptée par Me. J. DJOGBENOU, avocat de la S.A. Bénin Contrôle dans l'affaire évoquée antérieurement.

[760] G. De la PRADELLE, « Banalisation de la partie publique dans l'arbitrage commercial international impliquant un Etat », *Gaz. Pal.*, 27-28 avril 2005, p. 977.

[761] Dans ce sens, M. BARLOW et R.M. JENNAR, « Le fléau de l'arbitrage international », *in Le Monde diplomatique*, févr. 2016.

[762] CCJA, arrêt n° 139/2015, 19 nov. 2015, *République de la Guinée c. GETMA international* ; CCJA, arrêt n° 12/2011, 29 nov. 2011, *République de Guinée Equatoriale et CEMAC c. La commerciale Bank Guinea Ecuatorial (CBGE) ;* CCJA, *Ass. plén.*, arrêt n° 141, 14 juil. 2016, *Etat du Niger c. Sté Africard*.

[763] www.ohada.com, « De grands dangers de l'arbitrage pour les Etats/recommandations du site aux Etats » consulté le 14/08/2018 à 15h 07 mn.

[764] La doctrine considère en effet que l'arbitrage est une justice privée. En ce sens, v. R. SOCKENG, « Les effets de la convention d'arbitrage en droit camerounais », Revue camerounaise de l'arbitrage, n° 4, janv-fév-mars 1999, p. 10.

[765] TC, 17 mai 2010, INSERM c. Fondation Saugstad, *Recueil*, p. 580.

[766] *D.*, 2013, p. 1445, note P. CASSIA.

[767] O. G. C. DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, Thèse, Université de Lyon Jean MOULIN et d'Abomey-Calavi, janvier 2018.

Par ailleurs, il est tout aussi important au titre de cette conciliation, de réformer les garanties étatiques à l'exécution des sentences et la responsabilité de l'Etat (**Section** 2).

Section 1. La complexité de la conciliation par des normes communautaires et l'espoir de la voie contractuelle

L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage reconnait de manière implicite la perte des prérogatives de puissance publique des personnes morales publiques parties à une procédure arbitrale[768] notamment en son article 2, alinéa 2. Cependant, le législateur vient remettre en cause cette perte de prérogatives de puissance publique en consacrant dans le livre relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, l'exonération des personnes morales publiques de toutes exécutions forcées ou encore de toutes mesures conservatoires.

En effet, dans son article 28, l'AUPSRVE pose le principe de l'exécution forcée ou la pratique des mesures conservatoires en disposant qu'« *à défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits* »[769]. Malheureusement, l'article 30 du même acte uniforme vient réduire le champ d'application du précédent article en énonçant que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* »[770]. Or, les Etats ainsi que d'autres personnes morales de droit publique ou encore de droit privé mais investies d'une mission de service public disposent de cette immunité d'exécution. Les prérogatives de puissance publique que l'AUA restreint ou supprime dans son article 30 se trouvent libérées et déployées dans toutes leurs amplitudes par l'AUPSRVE.

Cette contradiction normative pour la même institution laisse transparaître la complexité d'une conciliation par des normes communautaires (§1). Toutefois, l'espoir d'une possible conciliation demeure mais par voie contractuelle (§2).

[768] O.G.C. DAGBEDJI., Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, *op. cit*. p. 43.
[769] Article 28.1 de l'AUPRSVE.
[770] Article 30, alinéa 1 de l'AUPRSVE.

§1 : La complexité d'une conciliation par des normes communautaires

L'évolution de la société et partant des pratiques commerciales, l'émergence de nouveaux concepts tels que la mondialisation ont entrainé la caducité des normes existantes et la réorientation des Etats vers des secteurs dont traditionnellement, ils n'étaient pas coutumiers. De fait, l'Etat, essentiellement tourné vers des missions d'intérêt général se trouve désormais acteur du commerce international. Malheureusement, le recalibrage juridique n'a pas toujours suivit. Un auteur constate que « *les règles qui étaient faites pour l'Etat, puissance publique, n'ont plus été convenables pour l'Etat, industriel et commerçant* »[771]. Les rares tentatives d'harmonisation essayées se révèlent inefficaces du fait que la personne morale publique ne s'engage pas dans une relation arbitrale « *comme le ferait un particulier : elle a une position de droit prééminente, qui se marque par l'inégalité de principe dans les relations juridiques* »[772]. C'est dans ce contexte que M. DAGBEDJI propose une conciliation par des normes communautaires qui encadreront de manière efficace les prérogatives de puissance publique mais aussi les garanties de l'Etat en tant que personne morale publique engagée dans une procédure arbitrale.

En ce sens, il émet l'hypothèse de changement théorique des fondements de l'arbitrage et la réforme des normes juridiques communautaires. Cette entreprise présente des risques majeurs sur l'essence, la quintessence de l'arbitrage (A) et met à nu la difficulté d'une réforme juridique (B).

A. Le changement des fondements de l'arbitrage

L'arbitrage s'est bâti sur des fondements qui constituent son essence. Il s'agit notamment du caractère juridictionnel et libéral. On ne peut aujourd'hui parler d'arbitrage sans voir derrière la volonté des parties. De fait, la justice arbitrale est une justice dite volontaire mais surtout libérale. Le caractère volontaire qu'on lui gratifie tient de ce que les parties conviennent ensemble de soustraire leur différend au juge étatique pour le soumettre à un ou des arbitres. Changer ce paradigme dénature l'arbitrage, modifie son caractère volontariste et surtout libéral (1) Par ailleurs, le changement des bases théoriques fondamentales de l'arbitrage fait peser des risques sur cette institution (2).

[771] R. DAVID, « L'arbitrage dans le commerce international », *RIDC*, n° 4, 1982, p. 240.
[772] E. MCGREGOR, *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissement,* LGDJ, 2015, p. 13.

1. La dénaturation de l'arbitrage

Plusieurs mesures sont entreprises pour tenter d'harmoniser les pouvoirs des personnes morales publiques à l'arbitrage. Le bémol de ces mesures est que soit elles ne couvrent qu'une partie du problème et il en est ainsi du mandatement qui ne traite que des aspects liés aux prérogatives immunitaires ; soit elles nécessitent une nouvelle définition du fondement de l'arbitrage. La seconde option qui nous paraît plus globale puisqu'elle traite tous les aspects de prérogatives de puissance publique[773] est cependant la plus périlleuse car elle remet en cause la nature, les fondements actuels de l'arbitrage.

En effet, il est question dans ce changement de fondement, de supprimer le sacro-saint principe de l'autonomie de la volonté. L'autonomie de la volonté est la base de toute relation contractuelle. Or, il s'avère que l'arbitrage est conclu sur la base d'un contrat qui prend la forme d'une convention d'arbitrage ou de compromis. La doctrine s'accorde d'ailleurs sur ce principe à l'instar de M. MOTULSKY qui dit à ce propos que « *(…) l'arbitrage selon nous, est une justice privée, dont l'origine est normalement conventionnelle* »[774]. Supprimer le principe de l'autonomie de la volonté revient à altérer la notion d'arbitrage dans son essence, la priver de sa substance. La frontière entre l'arbitrage conventionnel et l'arbitrage forcé sera ainsi brisée.

La différence fondamentale entre en ces deux types d'arbitrage réside sur le caractère conventionnel de l'un par rapport à l'autre. L'arbitrage forcé est imposé, le plus souvent par des normes législatives. En ce sens la doctrine note qu' « *il arrive que la loi nationale impose l'arbitrage comme mode exclusif de résolution de certains conflits. (…) Il est vrai que la commission avait qualifié ces hypothèses ''d'arbitrage forcé'', imposé par la loi qui organisait la saisine, la composition du tribunal arbitral et la procédure à suivre.* »[775]. En revanche, l'arbitrage conventionnel est celui qui s'appuie sur le consentement des parties.

Cette proposition de refondation des fondements de l'arbitrage est à notre sens inopérant car l'arbitrage OHADA ne consacre aucun article allant dans ce sens. L'institution au contraire est portée vers le libre arbitre des parties à choisir leur justice puis dans le cas où ce serait la justice privée qui aurait reçu l'assentiment des litigants, ceux-ci pourront organiser leur procédure en désignant leur juge, la loi de procédure… Militer pour cette approche revient à placer l'arbitrage OHADA dans une position unique au monde qui fait peser des risques sur l'arbitrage.

---

[773] Les prérogatives immunitaires et non-immunitaires.
[774] H. MOTULSKY, Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage, Paris, Dalloz, 2010, p. 6.
[775] N. FRICERO, « L'arbitrage à l'aune de la convention européenne », *in L'arbitrage. Questions contemporaines*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 49.

2. Les risques liés au changement de fondement de l'arbitrage

L'OHADA en tant qu'organisation régionale fut créée en réponse aux difficultés économiques que rencontraient les pays de cet espace géographique. En effet, ces derniers éprouvaient beaucoup de mal à attirer les investisseurs étrangers dans leur zone commerciale en dépit de la forte attractivité et du potentiel économique dont elle regorge.

La mondialisation favorisant la rupture des droits de douane les Etats sont dans l'obligation d'adopter des postures libérales tout en garantissant une sécurité juridique aux investisseurs. L'édiction des règles communautaires est un signal positif pour les investisseurs qui ont vu une garantie de sécurité sur leurs affaires notamment en promouvant l'arbitrage comme mode de règlement de différends. Le caractère séduisant de l'arbitrage est garantie par la liberté que détiennent les parties durant la procédure : c'est une justice sur mesure peut-on affirmer.

La remise en cause de cette liberté inévitablement porte atteinte à la prospérité de ce mode alternatif de règlement de différend du moins sur le plan économique, politique et sociale.

Sur le plan économique, l'attractivité de la zone OHADA peut baisser. Les bailleurs de fonds ont été séduits par un modèle de justice proche des standards internationaux où la volonté des parties est la colonne vertébrale de l'institution. Dans des pays où la démocratie peine à véritablement s'installer, où la justice étatique n'est pas totalement indépendante et où la corruption gangrène le système économique, il est clair que retirer le pouvoir aux parties envoie un mauvais signal aux investisseurs étrangers dont dépend l'Afrique en partie pour se développer. Il est à craindre que le montant des IDE puisse chuter et entrainer une vague de conséquences dont l'arrêt des investissements, la perte de revenue pour les Etats (impôt sur le revenu et impôt sur la société) et donc une chute des budgets étatiques.

Sur le plan politique, on notera simplement l'échec des Etats à garantir un marché communautaire et sécurisé aux investisseurs étrangers. Le projet OHADA s'est bâti sur ces motivations. Deux décennies plus tard, perdre la confiance des investisseurs est l'aveu d'une politique d'intégration mal gérée et d'une incapacité à générer un climat saint, propice à l'épanouissement économiques des investisseurs.

Enfin, sur le plan social, le tableau n'est pas plus rose que dans les autres secteurs. En effet, la baisse des IDE entraine de *facto* l'arrêt de la création d'entreprise. Cette stagnation de la création d'entreprise ralentie l'embauche de la main d'œuvre et favorise la précarité de la population. A long terme, les conditions peuvent se dégrader

au point de créer une crise de chômage dans les Etats voire des instabilités politiques majeurs.

Au-delà du changement de fondement, la conciliation des prérogatives de puissance publique avec l'arbitrage doit passer par une réforme des normes. Celle-ci s'avère également complexe.

B. La complexité de la réforme normative

Faire coïncider les pouvoirs des Etats à l'arbitrage *ad-hoc* OHADA tel est défi que se lancent les juristes. Pouvoirs issus de la loi, il est donc normal que cette même loi parvienne à harmoniser les deux positions afin de parvenir à un équilibre. Cependant, il est important que soit mise à l'écart une « *révision de confort* » parfaitement inutile[776], au profit d'une « *révision d'intérêt* ». Dans cette logique, seules les normes antagonistes quant aux pouvoirs des Etats et à la bonne tenue de l'arbitrage doivent être revisitées. Dans cette catégorie, nous retrouvons les articles 2 et 30 d'une part de l'AUA et d'autre part de l'AUPRSVE. Cependant, même le choix de ses normes est sujet à controverse (1) qu'amplifie le peu d'enthousiasme des Etats (2).

1. La controverse doctrinale sur les normes à réviser

L'une des normes à susciter une vive polémique quant à sa révision est l'article 2 de l'AUA. Pour une certaine doctrine, le problème ne se pose pas au niveau de cet article. Le problème fondamental que pose la participation des Etats ou des personnes morales publiques à l'arbitrage réside sur l'inexécution des sentences arbitrales. En d'autres termes, le foyer du problème est l'immunité d'exécution dont jouissent ces catégories de personnes. Aussi, est-il inutile de toucher à l'article 2 de l'acte uniforme sur l'arbitrage puisque ce dernier ne traite que de la présence des personnes morales de droit public à l'arbitrage.

Cependant, cette doctrine semble oublier que les prérogatives de puissance publique intègrent également les immunités et privilèges non-immunitaires[777]. A ce

[776] Expression utilisée par M. J. F. AIVO, « Le mot révision de la constitution sent le souffre », *Le point Afrique*, http://afrique.lepoint.fr/actualites/frederic-joel-aivo-le-mot-revison-de-la-constitution-sent-le-souffre-15-07-2016-20545932365 .php consulté le 19 août 2018 à 11h 20.

[777] Lire F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA commentaire de l'arrêt de la CCJA du 7 juil. 2005, *affaire Aziablévi YOVO et autres*

titre et en raison de l'imprécision de l'article 2, il convient de le réécrire d'autant plus que « *la précision de la règle est le gage de son effectivité* »[778] comme le note M. DAGBEDJI. Ce dernier va d'ailleurs proposer une reformulation de cet article, notamment l'alinéa 2 en ces termes « *Lorsqu'une personne morale de droit public est partie à l'arbitrage, elle perd ses prérogatives de puissance publique* »[779]. Cette reformulation vient trancher avec le flou qu'entretenait la précédente formulation lorsqu'elle énonçait simplement 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* »[780]. Par ailleurs, cette imprécision peut constituer à juste titre, l'une de ce qui peut être considérée comme lacune[781] de tout le système OHADA[782].

La réécriture de l'article 30 de l'AUPRSVE quant à elle ne suscite pas autant de polémique que celle de l'article 2 de l'AUA. Néanmoins, on peut choisir entre une réécriture de cet article ou simplement sa suppression. La nouvelle reformulation de l'article 30 pourrait donner ceci « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires sont applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution sans possibilité de saisine du patrimoine de souveraineté* ». Cette reformulation a le mérite d'équilibrer la nature complexe de l'Etat tout en le mettant sur un pied d'égalité avec son cocontractant. Elle prend le soin néanmoins de préserver les éléments de souveraineté de l'Etat qui ne peuvent faire l'objet d'une saisine par un privé au risque de paralyser l'Etat.

D'autres auteurs préconisent une suppression pure et simple de l'article 30 de l'AUPRSVE. Elle entraînerait l'inutilité de l'exception de compensation et légitimerait le retrait de cet article. En tout état de cause, il est important que l'article 30 de l'AUPRSVE soit modifié ou supprimé afin que les personnes morales de droit public parties à un arbitrage soient délestées de leur immunité d'exécution. Toutes ces propositions font cependant face au manque d'enthousiasme des Etats

---

c. Société TOGO TELECOM », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 246. Ohadata-D-11-43.

[778] O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 270.

[779] *Ibid*

[780] Article 2, alinéa 2 de l'AUA.

[781] Sur une analyse de la notion de lacune voir G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 29.

[782] En ce sens, G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, *op. cit.*, 32.

2. L'absence d'enthousiasme des Etats

La problématique liée à la participation des personnes publiques dans l'arbitrage Ohada, notamment pour des questions liées à l'exécution des sentences arbitrales n'est pas récente[783]. La doctrine et la jurisprudence ont rappelé par diverses notes la difficulté qui existe à concilier les pouvoirs exorbitants dont jouissent ces personnes au droit commun qui régit l'arbitrage.

Cependant, en dépit de toutes ces alertes, les Etats qui peuvent activer le mécanisme de révision des actes uniformes restent silencieux. Aucunes communications, aucunes initiatives visant à rétablir la sérénité au sein des différents corps scientifiques. Cette attitude de la part des Etat laisse penser que la situation leur convient parfaitement. Les Etats savent que l'arbitrage est un levier important pour l'attraction des opérateurs économiques dans leur espace économique. Néanmoins, ils restent conscients de la menace que représenterait une perte totale des prérogatives de puissance publique. Il est indubitable que l'absence de volonté d'abandon des prérogatives de puissance publique est bien plus politique que juridique[784]. De plus, les retraits en cascade de plusieurs Etats du CIRDI confortent leur position. Il est fort aisé dans ce contexte de parler du peu d'enthousiasme des Etats pour régler cette situation.

Ce point de vue peut être étayé par l'opportunité manquée par ces Etats en 2017 lors de la révision de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage qui a par ailleurs vu la consécration de la médiation par l'édiction et l'adoption de l'acte uniforme sur la médiation[785]. En effet, 2017 fut une nouvelle année pour le droit de l'arbitrage OHADA. L'acte uniforme relatif à cette matière a fait peau neuve avec le renforcement des dispositions législatif dans l'optique de combler les différents vides juridiques que présentait la loi ancienne. Ce toilettage des normes communautaires aurait été le moment opportun de mettre un terme à la dichotomie que créée l'article 30 dans l'arbitrage OHADA. Malheureusement, cette question n'a jamais été à l'ordre du jour et donc n'a pas fait l'objet de réflexion.

L'arbitrage OHADA continu de porter cette tare génétique qui handicape l'efficacité de son arbitrage. Il ne serait pas exagéré de penser que certains investisseurs voient en cet article un frein à l'entreprenariat dans cette partie du globe

[783] Sur ce sujet, v. M. KAMTO, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », *op. cit*.
[784] En ce sens sur la dimension politique des privilèges immunitaires, v. M. HAURIOU, *Principe du droit public*, 2 ème éd., Paris, Sirey, 1916, pp. 49-54 ; I. GALLMEISTER, « Attentat du DC 10 d'UTA : immunité de juridiction de l'Etat libyen », *D.*, n° 13, 31 mars 2011, p. 890 ; D. MARTEL, « Haro sur les clauses de renonciation à l'immunité d'exécution ! », *D.*, n° 25, 11 juil. 2013, p. 1730.
[785] Adopté le 23/11/2017 à Conakry

où l'instabilité politique est présente et fragilise l'activité économique en semant le doute sur les lendemains certains.

La difficulté de parvenir à une conciliation par des normes communautaires ne doit pas achever notre optimisme de voir ces deux positions se rejoindre. Un espoir est encore possible par voie contractuelle ou simplement par le type d'arbitrage.

§2. L'espoir d'une conciliation par voie contractuelle ou par le type d'arbitrage

La justice arbitrale n'est pas une justice imposée. Elle repose sur le principe du volontariat quelle que soit la nature des parties en présence. En conséquence, le juge, l'arbitre ou encore les parties ne peuvent imposer un mécanisme contractuel. Dans les arbitrages impliquant des personnes morales de droit public, le principe reste le même : on peut être lié par la force.

La recherche d'une conciliation entre les prérogatives de puissance publique et le régime de droit commun qu'impose l'arbitrage peut trouver un épilogue à travers une solution concertée entre les parties par le biais d'un contrat. En effet, les parties pourraient librement consentir dans la convention d'arbitrage à endiguer les pouvoirs des personnes morales de droit public partie à l'arbitrage. Cette solution aurait le mérite de ne pas être imposé mais totalement désiré et assumé par les parties. L'espoir d'une conciliation des pouvoirs exorbitants des Etats et autres personnes de droit public peut donc résider sur un contrat.

La solution par voie contractuelle apparaît tout à fait crédible (A). Cependant, un régime particulier doit leur être appliqué (B).

A. Les instruments contractuels d'inflexion des prérogatives de puissance publique

L'immunité d'exécution dont jouissent les Etats et les personnes morales de droit public n'est pas un principe d'ordre public. Cette assertion est confirmé par une certaine doctrine qui assure que « *le principe qui reconnaît aux Etats une immunité d'exécution n'est pas d'ordre public* »[786].

[786] E. GAILLARD, « Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des Etats et autonomie des personnes morales dépendant d'eux. Réflexion sur trois principes incompatibles » *in* J.

Partant de ce postulat, il possible pour les Etats et les personnes morales de droit public, d'envisager une renonciation à ces pouvoirs exorbitants. Plusieurs législations reconnaissent cette éventualité comme le confirme l'abondante jurisprudence en la matière[787] après son revirement jurisprudentiel[788].

Deux types de renonciation pourraient être possibles : la renonciation spéciale et la renonciation générale. La renonciation spéciale est celle qui ne touche qu'un élément particulier des pouvoirs exorbitants des personnes morales de puissance public. Il convient pour une meilleure compréhension de préciser que l'immunité d'exécution comprend les immunités personnelles et les immunités réelles[789]. La renonciation spéciale ne prend en compte que l'un des deux éléments. Il est donc impossible de freiner les prérogatives de puissance publique par le biais de ce mécanisme puisqu'il protège de manière imparfaite la personne morale de droit privé de l'hyper puissance de son cocontractant. Néanmoins, certaines législations à l'instar de la Russie, utilisent ce mécanisme comme nous le rappelle *l'affaire Noga*[790]. L'idée séduit de plus en plus la doctrine africaine à l'instar de M. KENFACK-DOUAJNI[791] qui n'hésite pas à la recommander pour l'arbitrage OHADA.

La renonciation générale quant à elle est un mécanisme prospectif que propose M. DAGBEDJI inspiré de la renonciation spéciale. Pour ce dernier, le but est de parvenir à un renoncement contractuel mais global de la part des Etats et autres personnes morales de droit public, de toutes leurs prérogatives extraordinaires.

VERHOEVEN (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation* ?, Bruxelles, Larcier, Bibliothèque de l'institut des hautes études internationales de Paris, p. 122.

[787] Cass. civ., 1ère, 6 juil. 2000, *Société Creighton c. Ministère des finances de l'Etat du Qatar et consorts*

[788] Avant la confirmation par la jurisprudence, cette dernière fut réfractaire à cette idée. V. Paris, 21 avril 1982, *République Islamique d'Iran, OEAI et OEAITI c. Sociétés Eurodif et Sotidif et Commissariat à l'énergie Atomique, RCDIP*, 1982, p. 101, note P. MAYER

[789] Sur les différences entre les deux types d'immunité M. DAGBEDJI note que « *l'immunité d'exécution personnelle se distingue de l'immunité d'exécution réelle car elle renvoie à la catégorie des immunités strictement attachées à la qualité des personnes publiques. Contrairement aux immunités d'exécution réelle, elles sont des obstacles de droit à l'initiative d'une voie d'exécution contre la personne publique* » « *les immunités d'exécution réelle désignent la catégorie des immunités générées par les insaisissabilités des biens publics* », O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, op. cit.* p. 331.

[790] Dans cette affaire qui opposait le gouvernement de la république fédérale de Russie à la Compagnie *Noga*, l'Etat russe précisait dans les 8 et 9 respectivement du contrat 1 et 2 que « *l'emprunteur [NDA : le gouvernement russe] ne pourra se prévaloir ni pour lui-même, ni pour ses actifs ou ses revenus, d'aucune immunité de poursuite judiciaire, d'exécution forcée, de saisie ou d'autres procédures judiciaires en rapport avec ses obligations au titre de ce contrat* », Paris, 1ère Ch. A., 10 août 2000, *Rev. arb.*, n° 1, 2001, p. 126, note Ph. LEBOULANGER.

[791] V. G. KENFACK-DOUAJNI, « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 18, 2002, pp. 10-11 ; Du même auteur, « Arbitrage et investissement dans l'espace OHADA », *Rev. arb.*, n° 37, 2007, pp. 8 et s.

Les prérogatives de puissances publiques ne se limitant pas qu'aux immunités d'exécution, et dans un souci de toutes les paralyser d'un coup, nous acquiesçons le principe de la renonciation générale. Aussi, une clause renonciation générale de toutes les prérogatives doit être présente dans la convention d'arbitrage ou le compromis. La clause de renonciation générale est pluri formes, c'est-à-dire qu'elle n'a pas un aspect unique. Elle peut prendre la forme d'une clause du gel de la loi (1) ou une forme de clause de renonciation intégrale à l'ensemble des privilèges (2).

1. Les clauses de gel de la loi

La clause est une « *disposition particulière d'un acte juridique* »[792] écrit M. GUINCHARD. CORNU étoffe cette définition en rajoutant « *(…) ayant pour objet, soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun* »[793]. Le gel de loi traduit simplement la suspension des lois nationales visant l'application des prérogatives de puissance publique. Pierre MAYER définit la clause de gel de la loi comme étant la « *clause par laquelle l'Etat garantit à son cocontractant la non-édiction de certaines normes, ou leur inopposabilité à son égard, (…) puisque l'ensemble de la production normative lui est imputable, lui seul peut s'engager à la limiter* »[794]. Elles permettent donc aux parties, précisément aux Etats ou les autres personnes morales de droit public de renoncer aux dispositions nationales leur accordant des prérogatives spéciales.

Il faut dire que l'utilisation de ces clauses permet de garantir « *la stabilité de la procédure* »[795]. Les deux parties sont mises sur le même pied d'égalité. En acceptant la clause de gel de la loi, la partie publique renonce à se prévaloir des lois existantes d'une part, mais aussi à édicter d'autres lois pouvant raviver ses prérogatives exorbitantes d'autre part[796]. Cette situation permettra à arriver à ce que M. CADIET appelle « *la justice par le contrat* »[797]

---

[792] S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2015-2016, p. 184.
[793] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2007, p. 179.
[794] P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat », *in Choix d'articles de Pierre MAYER*, Paris, LGDJ, 2015, p. 268.
[795] O. G. C. DAGBEDJI, « *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales* », *op. cit*., p. 357.
[796] En ce sens, v. G. de la PRADELLE, « La banalisation de la partie publique à l'arbitrage commercial international impliquant un Etat », *Gaz. Pal*., n° 118, 28 avril 2005, p. 5.
[797] L. CADIET, « une justice contractuelle, l'autre », *in Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à jacques GHESTIEN*, Paris, LGDJ., *Coll. Anthologie du droit*, 2015, p. 186.

Par ailleurs, les risques d'un conflit de loi entre la loi nationale et la clause de gel de loi sont nuls. En effet, les lois nationales en la matière ne sont pas d'ordre public. Aussi, le caractère spécial de la loi contractuelle prévaut il sur la loi générale que représente la loi nationale.

La clause de gel de la loi n'est pas la seule technique. On peut également parler de la clause de renonciation intégrale.

2. La clause de renonciation intégrale

D'emblée, il est important de porter une distinction entre la notion de renonciation générale et la clause de renonciation intégrale. La renonciation générale, n'implique en réalité que la forme. M. DAGBEDJI va dans ce sens lorsqu'il écrit que « *la généralité de la renonciation concerne précisément la forme* »[798]. En revanche, la renonciation intégrale aux prérogatives de puissance publique intègre « *les privilèges immunitaires ou non immunitaires* »[799]. Par cette technique, l'Etat et les autres personnes morales de droit public voient leur pouvoir totalement anéanti. Que ce soit sur les privilèges immunitaires ou non immunitaires, ces personnes ne peuvent plus les invoquer.

Des exemples de clauses de renonciation intégrales sont légions. Nous pouvons arriver à des formulations du genre : « *L'Etat X s'engage à renoncer à l'étendue de ses privilèges immunitaires et non-immunitaire au profit des stipulations de la convention d'arbitrage et de l'efficacité de la sentence* »[800].

Le régime juridique de la clause de renonciation intégrale tout comme celui de la clause de gel de loi, repose sur les mêmes bases, c'est-à-dire sur les mêmes règles qui fondent le contrat. Il s'agit notamment des conditions de fond et de forme. Sur le fond, la base légale est l'article 1108 du code civil français de 1804[801]. Il fixe les conditions de capacité, l'objet et la cause du contrat.

Sur la forme, la gravité de l'acte envisagé nous oblige à insister sur son formalisme. A ce propos, un auteur définie le formalisme comme étant « *l'acte dans lequel l'inobservation de la forme juridiquement prescrite pour la manifestation de la*

[798] O.G. C. DAGBEDJI, « *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales* », *op. cit*., p. 361.
[799] *Ibid.*
[800] C'est nous qui en faisons la proposition.
[801] Il faut dire que cet article sert encore de base textuelle dans plusieurs pays membre de l'OHADA. Par ailleurs, cet article a été abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

volonté trouve sa sanction dans l'acte lui-même »[802]. Etant dans une démarche contractuelle, il est judicieux d'apporter une définition tenant compte de cette particularité. A cet effet, M. JACQUEMIN déclare que « *le formalisme contractuel est l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou règlementaire qui déterminent la manière dont la volonté ou une information particulière doit s'extérioriser au cours du processus contractuel sous peine de sanction en cas d'inobservation* »[803]. De cette définition que nous épousons, nous optons pour un formalisme *ad validitatem*[804] au lieu d'*ad probationem*[805] comme celui qui est requis pour la convention d'arbitrage[806]. Ainsi, l'écrit sera la forme privilégiée pour ce type de clause, dans l'optique de protéger la partie faible au contrat[807], en l'occurrence « *l'Etat renonçant* »[808].

Enfin, la clause de renonciation intégrale peut être autonome et indépendante du contrat principal à l'instar de la clause compromissoire ou du compromis. Dans la pratique, la décision de renonciation intégrale aux pouvoirs exorbitants doit se matérialiser dans un document autre que la convention d'arbitrage ou le contrat principal[809].

Les arrangements qu'offre la voie contractuelle pour la conciliation des prérogatives de puissance publique vis-à-vis de l'arbitrage font sauter un verrou à cette difficulté. Cependant, bien d'autres chantiers attendent les Etats si tant est que nous souhaitons parvenir à une déjudiciarisation de l'arbitrage tout en maintenant son niveau de sécurité judiciaire.

---

[802] R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement (trad. O. DE MEULAERE.)*, 3ème éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1887, p. 166.
[803] H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Thèse de droit privé, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 29.
[804] H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2016, 7ème éd., p. 145.
[805] H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, *op. cit.*, p. 137.
[806] En ce sens, v. C. J. SOSSOU BIADJA, *L'Acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale. Approche comparée de droit international privé*, se, Genève/Zurich, Schulthess éditions romandes, Coll. Genevoise, 2016, pp. 180-181 ; J-M. TCHAKOUA, « Convention d'arbitrage », *in* P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Paris, 2011, p. 586.
[807] En ce sens, v. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Thèse de droit privé, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 19-21.
[808] O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 366.
[809] En ce sens, v. O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 372.

B. Le régime particulier des clauses de renonciation

Les clauses de renonciation apparaissent comme des armes puissantes dans la lutte pour une meilleure gestion des prérogatives de puissance publique des personnes morales de droit public engagées dans un arbitrage avec les personnes morales privées. Au regard de leur importance et des enjeux qu'elles entrainent, il est nécessaire qu'elles puissent subir un régime spécial afin qu'elles ne souffrent d'aucunes lacunes. Aussi, proposons-nous que ces clauses soient explicites (1) et intangibles (2).

1. La nécessité du caractère explicite des clauses

Comme toutes les stipulations contractuelles, la clause de renonciation générale et du gel de loi doivent impérativement remplir des conditions qui renforceraient leur légalité. Ces conditions peuvent être les mêmes que celles imposées par le droit commun des contrats[810]. Un formalisme particulier doit être imposé à ces clauses. Dans cette optique, l'écrit fait office de forme la plus plausible. En effet, elle est préférée aux autres formes par son caractère explicite. L'importance et surtout les conséquences que produisent ces clauses sont tellement grandes que ce serait faire preuve de négligence si ces dispositions n'étaient pas expressément inscrites sur un contrat.

L'écrit présente également un avantage en terme de probatoire. Il n'est pas rare de voir des contentieux basés sur des contestations d'acceptation d'une clause non écrite. Aussi, devons-nous prévenir ce type de contentieux en imposant l'écrit comme forme de ces clauses. Au cours d'un litige sur l'acceptation de la renonciation des pouvoirs par ces clauses, il sera bien plus facile pour la partie à qui incombe la charge de la preuve de démontrer que son cocontractant était bel et bien d'accord.

Sur un tout autre point, judiciaire en l'occurrence, cela permettra également d'intenter à l'endroit de la partie de mauvaise foi, une action en justice pour fausse déclaration, saisine abusive de la justice… Si les clauses doivent être écrites, il faut qu'elles soient tout aussi intangibles.

[810] Notamment l'article 1108 du Code civil français qui sert de base contractuelle à l'établissement de plusieurs conventions dans l'espace OHADA d'autant plus que l'institution ne dispose pas d'un acte uniforme en la matière. Cet article dispose que « *quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation.* ».

2. L'importance du caractère intangible des clauses

Le dictionnaire français[811] donne deux sens à l'adjectif intangible. Dans un premier sens, le mot est définit comme quelque chose « *que l'on ne peut toucher* ». L'intangibilité renvoie alors à quelque chose d'insaisissable, impalpable. Le second sens que le dictionnaire donne à intangible est celui de quelque chose « *que l'on ne doit (ou ne peut) pas changer, modifier ; auquel on ne doit pas porter atteinte* ». Autant dire que ce sens sied avec le caractère que nous souhaitons donner aux clauses de renonciation aux pouvoirs exorbitants des personnes morales de droit public. En effet, il est important que ces clauses soient dotées de ce caractère. Il interdit aux personnes morales de droit public de revenir sur leur engagement de renoncer à leur pouvoir. De ce fait, ces règles ne peuvent être violées ou reniées après signature.

Cette mesure renforce un peu plus la sécurité des investissements des opérateurs économiques puisqu'ils sont désormais sur un même pied d'égalité avec les personnes morales publique parties à un arbitrage avec eux.

La complexité des réformes communautaires est atténuée par les pistes de solution que propose la voie contractuelle. Il est donc important de poursuivre ces changements en revoyant les garanties étatiques à l'exécution des sentences et la responsabilité de l'Etat.

Section 2. La réforme des garanties étatiques à l'exécution des sentences ainsi que la responsabilité de l'Etat

Les blocages étatiques qui paralysent l'efficience du droit de l'arbitrage OHADA tel que nous le concevons et qui doivent impérativement être revus sont nombreux. Après le problème des immunités, il convient de s'attaquer à celui des garanties qu'offrent les Etats parties à l'arbitrage. L'Etat est protégé par plusieurs règles qui l'empêchent et/ou protègent son patrimoine d'une éventuelle saisie. Cette protection des Etats les met au-dessus des règles de droit commun qui régissent l'arbitrage OHADA. Ainsi, le créancier de l'Etat est suspendu à la bonne foi de son cocontractant puisque ce dernier ne dispose d'aucun moyen de contrainte contre l'Etat. A défaut de changer les règles budgétaires étatiques, on peut réformer les suretés étatiques dans l'arbitrage (§1).

[811] http://www.cnrtl.fr/definition/intangible

Au-delà de la réforme des suretés étatiques, il faut noter la complexité du mécanisme d'exécution des décisions judiciaires au sein des Etats, ce qui nous conduit à parler de la responsabilité de ce dernier. Effet, un Etat dans lequel règne l'état de droit se doit d'assurer l'application des décisions judiciaires même lorsque ces dernières lui sont défavorables. Or nous observons dans plusieurs Etats parties à l'OHADA que bon nombre de décisions judiciaires condamnant ces Etats à payer des dommages et intérêts à des particuliers ne sont pas exécutées. Il est alors important de réviser la responsabilité des Etats (§2).

§1. La réforme des garanties étatiques à l'exécution des sentences arbitrales

Dans le vocabulaire courant, les garanties sont synonymes de sûretés. Ces derniers font références à la sécurité. Le droit des sûretés est présent dans une multitude de disciplines juridiques à l'instar du droit des régimes matrimoniaux, le droit bancaire, le droit des sociétés, le droit des procédures collectives. Cependant, il est tout aussi envisageable dans le droit de l'arbitrage. En effet, les différentes immunités d'exécution que présentent les personnes morales de droit public dans l'exécution des sentences nous amène à penser un régime de sûreté visant à garantir au créancier l'exécution par la personne morale de son ou ses obligations. Comme le souligne un auteur, « *il serait insensé de ne prévoir aucun mécanisme pour le créancier de faire exécuter des créances détenues par le débiteur* »[812] d'autant plus que « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* »[813]

Dans le domaine juridique, le mot sûreté dispose d'une acception précise. Il désigne en effet, « *une garantie accordée au créancier pour le recouvrement de sa créance* »[814]. L'acte uniforme sur les sûretés en donne la définition suivante : « *Une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminés ou indéterminables, conditionnelles, ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* »[815]. De manière simple, « *la sûreté est un mécanisme qui confère au créancier une garantie contre le risque*

[812] https://www.etudier.com/dissertations/Commentaire-De-Texte-Article-2284-Du/441760.html
[813] Article 2284 du Code civil français.
[814] R.GUILLIEN et *alii*, S. GUINCHAR (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16ème éd.
[815] Article 1 de l'AUS.

d'insolvabilité de son débiteur »[816], idée partagée par M. PETEL qui ne manque pas d'écrire que « *les sûretés ajoutent aux créances une facette miroitante, la sécurité* »[817].

Les sûretés sont hautement importantes pour l'économie moderne : elles s'inscrivent dans le temps[818] tout en encouragent et renforçant le crédit. La finalité de ces garanties est donc de faire rentrer le créancier en possession de son dû. L'exercice n'est pas aussi simple lorsqu'il s'agit des personnes morales de droit public, notamment en ce qui concerne les sûretés réelles. Il faut dire que les sûretés en générale se composent de sûretés personnelles et de sûretés réelles. Cependant, selon notre orientation nous ne parlerons que des sûretés réelles. Non pas que les sûretés personnelles ne présentent aucun intérêt, mais simplement parce qu'elles symbolisent la garantie par l'engagement d'une autre personne au côté du débiteur. Il s'agit en réalité d'acte de cautionnement, de la lettre d'intention …

En revanche, les sûretés réelles affectent le patrimoine du débiteur, garantissant le paiement du créancier en cas de défaillance du débiteur. En ce sens, il s'agit notamment du gage, le nantissement, la propriété retenue à titre de garantie, les hypothèques… Nous pensons de fait que l'impact de l'affectation des biens (B) des Etats et autres personnes morales parties aux procès arbitraux peuvent contourner les immunités d'exécution (A).

A. L'affectation des biens à titre de sûreté

Nombreuses sont les doctrines qui enseignent le principe de l'unité du patrimoine de l'Etat[819]. Ce principe a pour conséquence l'unicité des comptes publics[820] et le caractère indivisible du patrimoine de l'Etat[821]. Cependant, au fil des années, nous nous sommes rendu compte que « *le principe de l'unité n'est qu'un postulat de départ, qui peut, en cas de besoin, être abandonné (...)* »[822]. En effet, le principe de l'unicité du patrimoine de l'Etat n'est pas une règle rigide. Elle peut être assouplie et connait même déjà des atténuations en fonction des situations comme le

[816] J-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, Dalloz, 5ème éd. 2010, p. 1.
[817] PH. PETEL et *alii*, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10ème éd., 2015.
[818] M. GRIMALDI, PH. DUPICHOT, « *Durée et Sûretés* », *RDC* 2004, p. 95.
[819] Pour exemple, H. ROUABAH, *L'Aménagement de l'unité du patrimoine : proposition d'un statut de l'entrepreneur individuel*, Thèse de doctorat, droit privé, Lyon 3, 2012 ; P. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », *in La personnalité publique*, Paris, Litec, 2007, p. 48.
[820] En ce sens, A. A. D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op. cit*, p. 8.
[821] Sur ce point, lire B. SCHMALTZ, *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, 2016, p. 580.
[822] V. WESTER-OUISSE, « AUBRY et RAU et la division du patrimoine », *LPA*, n° 248, 14 déc. 2009, p. 11.

confirme une certaine doctrine en affirmant que « *bien que le patrimoine soit, en principe, un et indivisible, notre droit reconnaît certaines universalités juridiques qui s'en distinguent* »[823]. Soyons clair, il n'est pas question ici de distinction des biens de la domanialité publique et de la domanialité privée mais plutôt des principes qui excluent l'idée d'un gage sur le patrimoine d'une personne de droit public. Dès lors que cette distinction est faite, il paraît possible que des biens de personnes morales de droit public puissent être mis en gage pour éventuellement désintéresser les créancier en cas de défaillance dans l'exécution des sentences.

L'affectation du patrimoine apparaît alors comme une technique au service de l'arbitrage (1) que les Etats devraient promouvoir (2).

1. L'affectation du patrimoine, une technique au service de l'arbitrage

Plusieurs solutions ont été évoquées pour pallier l'inexécution des sentences arbitrales par les personnes publiques de droit public[824]. Certains auteurs ont avancé l'idée d'une assurance comme garantie d'exécution des sentences[825]. La théorie du patrimoine d'affectation puisque c'est de cela qu'il s'agit, nous paraît la mieux adaptée. Elle trouve ses origines doctrinales auprès de deux professeurs strasbourgeois[826] qui posent les bases d'un patrimoine indissociable de la personne physique ou morale. Aujourd'hui, cette théorie est dépassée par un nouveau mécanisme juridique qui permet de séparer le patrimoine en l'affectant à une entreprise légale précise. On parle alors de « patrimoine professionnel ». En France, l'opération est rendue possible grâce à la loi L 526-6 du Code de commerce français qui dispose que « *tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle, un patrimoine séparé de son patrimoine personnel sans création d'une personne morale* ».

Etant donné que les Etats ou les personnes morales de droit public épousent parfois des activités commerciales qui relèvent du droit privé, elles sont donc parfaitement susceptibles de bénéficier d'un patrimoine d'affectation légué par l'Etat

---

[823] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4ème éd., Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1869, p. 2 ; R. LIBCHABER, « Eclairage. Feu la théorie du patrimoine », *Joly*, 1er avril, 2010, p. 316, cité par O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit*., p. 378.

[824] Pour un bref aperçu sur ces solutions, v. B. Y. MEUKE et M. I. KONATE, « Brèves observations sur l'exécution des sentences arbitrales rendues contre un Etat partie au traité OHADA », http://www.jurifis.com/wp-content/uploads/2014/06/Rev_Jurifis_Info_N_8.pdf ohadata D-10-63.

[825] B. Y. MEUKE et M. I. KONATE, *op. cit*., p. 11.

[826] C. AUBRY (1803-1883) et c. RAU (1803-1877)

pour l'activité dont elles ont la charge. Lorsque ces entités contractent, ce patrimoine qui est le leur peut être mis en gage afin de garantir aux créanciers l'assurance d'un paiement.

L'affectation des biens de l'Etat à divers fins n'est pas un phénomène nouveau[827] ni en droit OHADA[828], ni dans les différents droits des Etats membres de l'organisation[829]. Ainsi, les personnes morales de droit public parties à un arbitrage peuvent tout à fait mettre en gage des éléments de leurs patrimoines pour assurer le désintéressement de leurs créanciers en cas de défaillance. De fait, si l'acteur étatique se détourne de sa mission non commerciale pour embrasser des activités économiques, ce dernier doit être traité selon les règles du marché[830].

A la lumière de ces faits, le patrimoine par affectation s'avère être un parfait outils juridique pour les personnes morales de droit public opérant dans l'espace OHADA. La technique facilite parfaitement la participation des corps étatiques à l'arbitrage tout en garantissant une sûreté aux cocontractants. Il n'est donc fortuit d'affirmer que la théorie d'affectation est un gage d'exécution des sentences par les personnes morales de droit public. S'il est avéré que cette technique faciliterait les rapports dans l'exécution des sentences par les Etats et leurs dérivés, encore faut-il que cette technique puisse faire l'objet d'une véritable promotion législative.

2. La promotion des techniques d'affectation du patrimoine par les Etats

L'efficacité de la technique de l'affectation du patrimoine n'est plus à prouver. Il est évident qu'avec une bonne volonté des gouvernants elle sécuriserait les investissements des personnes privées parties à l'arbitrage avec les personnes publiques de droit public.

Aussi, paraît-il primordiale que toutes les personnes publiques parties à un arbitrage puissent en faire la promotion en édictant une clause spéciale et explicite

[827] En ce sens, J. M. PONTIER, « Codification et évolution du droit du patrimoine », *AJDA*, II, 2004, p. 1337 ; H. SAUGEZ, *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse en Droit public, Orléans, 2012, p. 34.

[828] C'est ce que M. DAGBEDJI corrobore lorsqu'il écrit « *le droit OHADA autorise diverses affectations spéciales* », O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage et prérogative de puissance publique nationales*, *op*. *cit*. p. 385.

[829] En ce sens, P.-G. POUGOUE, « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA », *Juridis Périodique*, n° 65, janv-fév-mars 2006, p. 99 cité par O. G. C. DAGBEDJI, *ibid*.

[830] A. A. D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op*. *cit*., p. 17.

mentionnant le bien mis en gage par elles et qui devrait le cas échéant, servir de substitut pour désintéresser les cocontractants.

A cet effet, sans revenir sur les principes d'unicité et autres, les législateurs des différents Etats membres de l'OHADA devraient prévoir ou du moins exiger dans leurs textes, l'obligation pour les personnes publiques parties à l'arbitrage de mettre à disposition des cocontractants privés, un patrimoine en gage couvrant la totalité de leur opération. De cette manière, les parties seront en confiances et les rapports entre les deux parties en présence n'en seront plus que confortés.

L'inscription de cette exigence dans la loi permettra d'éviter de se retrouver dans des situations où certaines personnes morales tenteraient de s'y soustraire. Les juges disposeront alors d'un moyen légal de condamnation pour les ''Etats voyous''. Nous pensons également que cette inscription législative doit se poursuivre jusqu'aux normes communautaire, c'est-à-dire dans l'acte uniforme relatif à l'arbitrage. De fait, suite à la dernière réforme de cet acte, l'arbitrage d'investissement est désormais régit selon les règles de l'acte uniforme en la matière. Il est donc nécessaire que cet acte puisse regorger en son sein, des dispositions visant à garantir aux cocontractants de l'Etat, une exécution des sentences d'une part, mais aussi une garantie de solvabilité en cas de d'inexécution d'autre part.

Vu de la sorte, il est clair que la technique de l'affectation des biens a un impact certains.

B. L'impact de l'affection des biens

La technique de l'affectation des biens au titre de sûretés dans un arbitrage auquel les personnes morales de droit public sont parties suscite de l'espoir au regard de ses résultats. En effet, cette technique produit des conséquences aussi bien sur les personnes morales de droit public (1) que sur les investisseurs (2).

1. Les conséquences de l'affectation des biens sur les Etats

Longtemps, les Etats ont justifié leur manque de coopération dans l'exécution des sentences arbitrales par les difficultés juridiques liées à son patrimoine. De fait, les théories d'unicité et d'unité de l'ensemble du patrimoine de l'Etat ont servi de bouc émissaire pour éviter un quelconque paiement. La technique de l'affectation des biens

est venue relativiser cette position en démontrant que l'Etat peut parfaitement céder un bien en gage lors que la conclusion de contrat d'arbitrage.

L'inscription de cette sûreté dans les divers recueils législatifs aura pour conséquences la mise sous pression des Etats[831]. M. DAGBEGIE écrit à ce sujet qu' « il est plutôt question de se saisir de la pression naturelle qu'exerce la sûreté sur le débiteur pour l'étendre au mécanisme de l'affectation-sûreté »[832]. En d'autres termes, il affirme que les mécanismes de sûretés créent chez les débiteurs une pression qui les sûretés inciteraient à exécuter leurs obligations. On retrouve cette idée de pression sur les débiteurs dans l'acte uniforme sur les sûretés. La norme communautaire dispose clairement qu' « *une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles et que leur montant soit fixe ou fluctuant* »[833]. Le but étant de conserver le créancier dans un état de pression permanent, cette fonction est parfaitement remplie par l'affectation-sûreté que les Etats peuvent pratiquer afin de garantir un maximum de sécurité à ses créanciers issus de l'arbitrage.

Si ce mécanisme produit des effets chez les personnes morales de droit public, il est aussi certains que des conséquences peuvent être enregistrées chez les cocontractants de ces derniers.

2. Les conséquences de l'affectation des biens pour les personnes privées

La conséquence principale de l'affectation de biens à titre de garantie pour les cocontractants de l'Etat et ses dérivés doit être perçue comme un satisfecit. En effet, les personnes privées parties à un arbitrage avec une partie publique voient désormais au travers cette pratique légiférée et donc rendue obligatoire, la garantie, la sécurité de leur investissement.

[831] En ce sens, v. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés », *in* J. ISSA-SAYEGH (coord.), *OHADA-Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 2016, p. 881.
[832] O. G. C. DAGBEGIE, *Arbitrage et prérogatives de puissance publique nationales*, op. cit., p. 394 en traitant l'idée de D. LEGEAIS, *Droits des sûretés et garantie du crédit*, 10ème éd. Paris, L.G. D.J. , 2015, p. 16.
[833] Article 1 de l'AUS.

Il faut dire que l'état juridique dans lequel elles se trouvaient avant cette proposition ne laissait guère le choix à ces dernières. Même si l'arbitrage d'investissement est réputé défavorable aux Etats, il n'en demeure pas moins que ces derniers pouvaient encore refuser d'exécuter la sentence prononcée par les arbitres. Ainsi se retrouve-t-on avec une décision de justice qui ne peut être appliquée.

Avec l'acceptation ou l'obligation par les Etats et leurs dérivés de mettre des garanties à l'exécution des sentences arbitrales, on peut affirmer sans peur de se tromper que les personnes morales de droit privée ont une sécurité supplémentaire quant à la fiabilité du système juridique OHADA.

Par ailleurs, en raison de la corrélation qui existe entre d'une part la sécurité juridique et l'attractivité économique d'une zone d'autre part, on peut déduire que l'espace OHADA connaîtra un fort intérêt de la part des investisseurs tant étrangers que locaux. Ce qui n'est pas pour déplaire à l'organisation communautaire ou encore aux Etats parties.

La réforme des garanties étatiques à elles seules ne changeraient pas l'efficacité de cette mesure. D'autre pan doivent être également revisité, c'est le cas de la responsabilité de l'Etat et type d'arbitrage auquel l'Etat devrait être soumis.

§2. La révision de la responsabilité étatique ainsi que le type d'arbitrage adapté aux Etats

Il est important de préciser qu'il ne s'agit pas de réduire les prérogatives de puissance publique des Etats qui aura pour conséquence l'affaiblissement de l'Etat. Cependant, nous recherchons un équilibre entre ces prérogatives et le droit commun de l'arbitrage. Pour ce faire, il s'agit pour nous de trouver des mécanismes qui sont compatibles avec l'exigence de protection des deux parties.

Le principe qui prévaut dans l'arbitrage est l'exécution volontaire de la sentence une fois que les voies de recours prévues sont épuisées. Dans le cas des Etats, certains d'entre eux peuvent opter pour une soustraction à cette obligation en prétextant l'irresponsabilité absolue. Afin de bloquer cette tentative, nous suggérons l'amendement de la responsabilité des acteurs étatiques (A).

Sur un tout autre angle, nous pensons que les différents blocages que connait l'arbitrage d'investissement sont liés à la nature de l'arbitrage. En effet, nous comprenons que par la nature différente des personnes en présence, les règles de droit différentes sont difficilement conciliables. Aussi, envisageons-nous de supprimer les

règles de droit dans les arbitrages d'investissement. Nous estimons que l'arbitrage en équité pourrait-être la solution (B).

A. L'amendement de la responsabilité des acteurs étatiques

L'Etat partie à un arbitrage a le devoir d'exécuter la sentence prononcée par l'arbitre. Faut-il rappeler la nature juridique de la sentence arbitrale ? Nous savons qu'elle est une décision juridictionnelle et qu'à ce titre, elle oblige après *exequatur* la partie défaillante à exécution. Or il peut arriver que cette dernière en dépit de cette formalité, reste réfractaire à l'exécution de la décision de justice. Dès lors, la responsabilité de la partie récalcitrante doit être engagée.

La réussite de cette démarche réside dans la canonisation de ces règles. Il est important que l'inexécution de la sentence arbitrale après épuisement des voies de recours et de la procédure d'*exequatur* soit passible de sanction. Il sera question à ce moment, d'une violation de la loi qui entrainera des poursuites à l'encontre des contrevenants, en l'occurrence l'Etat (1) ou l'agent de l'Etat qui ferait résistance à l'application de la sentence (2).

1. La responsabilité de l'Etat

En cas de non-respect de l'exécution de la sentence arbitrale, la partie adverse peut porter plainte à l'Etat ou la personne morale de droit public devant les juridictions étatiques pour « *une faute majeur entrainant un préjudice* »[834]. La responsabilité de l'Etat se trouve engagée par la violation de la règle légale. Dès lors, la partie adverse est fondée à engager une action en réparation du préjudice causé.

S'il est admis que la partie privée peut porter son action devant le juge étatique, reste qu'il faut déterminer lequel des juges sera compétent. En effet, le juge administratif peut être compétent tout comme le juge judiciaire. Toutefois, en raison des soupçons de partialité qui pèsent sur le juge administratif, nous prenons position pour une action auprès du juge judiciaire. La partie privée pourra dès lors intenter une action en responsabilité civile et délictuelle. L'option du juge judiciaire présente aussi un intérêt particulier dans la mesure où la CCJA pourra connaît du litige s'il est porté

[834] O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, 309.

en cassation. La plus haute juridiction communautaire est en effet la cassation des tribunaux nationaux des Etats parties à l'OHADA.

Enfin, une autre possibilité s'offre aux personnes morales de droit privée partie à un arbitrage avec une personne publique. Elle s'appuie sur une décision de la Cour constitutionnelle du Bénin[835] qui a reconnu que l'exécution des décisions de justice est une obligation qui s'impose au président de la République et dont le refus constituait une atteinte aux droits fondamentaux du droit à la justice. En suivant ce raisonnement, on déduit que le cocontractant de l'Etat qui n'a pas exécuté sa sentence peut saisir la Cour constitutionnelle de l'Etat défaillant pour violation de ses droits à la justice. Cette approche paraît plausible puisque dans la plus part des Etats parties au Traité OHADA, « *le droit à la justice a une valeur constitutionnelle* »[836] explique M. DAGBEDJI. La responsabilité de l'Etat se trouve alors engagée auprès du juge constitutionnel.

Il faut dire que l'action en responsabilité des Etats constitue une garantie supplémentaire au créancier de l'Etat pour se voir désintéresser après la sentence arbitrale en cas de refus d'exécution des Etats ou des personnes morales publiques.

L'inexécution des sentences n'est pas uniquement due à la faute de l'Etat, elle peut aussi émaner de ses agents.

2. La responsabilité des agents de l'Etat

Il peut arriver que la sentence arbitrale connaisse un blocage par le fait personnel d'un agent public. Dès lors, il convient de lui imputer la faute et de rechercher sa responsabilité. Elle peut être de deux ordres : civile ou pénale.

La responsabilité civile de l'agent public est engagée dès lors que le créancier parvient à démontrer que le blocage de l'exécution de la sentence contre l'Etat est de l'unique faute de l'agent. En conséquence, sur le fondement de l'article 1382 du code civil français[837], il peut lui être demandé de réparer le préjudice qu'il crée au créancier de l'Etat. Il faut dire que cette solution présente des limites. En effet, dans la pratique, il est difficile de dégager la responsabilité de l'agent public. Il est généralement souligner que ce dernier ne dispose pas d'une liberté d'action et qu'il est « *hiérarchiquement dépendant* »[838].

[835] Décision DCC 07-174.
[836] O. G. C. DAGBEDJI, *op. cit*., p. 310.
[837] Notons que cet article est en vigueur dans plusieurs Etats membres de l'OHADA).
[838] O.G.C. DAGBEDJI, *Arbitrage et prérogatives de puissance publique nationales, op. cit*., p. 311.

Pour contourner cette difficulté, il est possible de recourir au principe de la condamnation aux causes de la saisie avec paiement des dommages et intérêts. Plusieurs jurisprudences viennent affiner les contours de cette notion[839] que l'AUPSRVE consacre dans ces textes[840]. Il s'agit d'engager la responsabilité personnelle de l'agent lorsque ce dernier boycotte l'exécution loyale de la sentence arbitrale. Une certaine doctrine a par exemple souhaité d'aménager la responsabilité du comptable public. Les règles encadrant cette responsabilité seraient calquées sur le modèle de la loi 2000-231 du 12 avril 2000, notamment l'article L. 911-9. « *Cette loi demande aux personnes morales de droit public d'obéir à toute décision passée en force de chose jugée les condamnant au paiement d'une somme d'argent* »[841] fait remarquer un commentaire. Le paiement en exécution de la décision doit intervenir « *dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision à l'autorité chargée de son exécution. A défaut d'ordonnancement dans les délais, le comptable assignataire de la dépense doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement* »[842] poursuit le même commentaire.

L'inexécution de la décision par le comptable public entraine une mesure disciplinaire à son encontre. Ainsi, le comptable public peut être condamné à payer une amende[843]. L'adaptation de ce mécanisme au droit OHADA a été suggérée dans les travaux de M. DAGBEDJI. Il recommandait entre autre que « *sur simple présentation de la sentence arbitrale revêtue de la formule exécutoire, ce dernier (le comptable public) ne pourra procéder qu'à une simple vérification de l'authenticité de la décision. Lorsque le contrôle ne révèle pas d'anomalie, l'agent comptable est appelé à payer intégralement le montant de la condamnation. S'il refuse, […] il engage sa responsabilité personnelle. Il pourra être condamné à payer des dommages et intérêts par le mécanisme de l'article 1382 du code civil* »[844].

La pertinence de l'article 29 de l'AUPSRVE est telle qu'elle engage en même temps la responsabilité personnelle de l'Etat. En effet, il dispose que « *L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions de justice et des autres titres exécutoires […], les carences ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa*

[839] CCJA, 1ère ch. Arrêt n° 163/2015 du 17 décembre 2015 ; CCJA, 3ème ch. Arrêt n° 102/2018 du 26 avril 2018 ; CCJA, 1ère ch. Arrêt n° 74/2018 du 29 mars 2018.
[840] Article 29 de l'AUPSRVE.
[841] A. A. de SABA, « Le recouvrement de la dette publique intérieure dans les Etats de l'OHADA », *Revue de l'ERSUMA, droit des affaires, pratique professionnelle*, n° 3, septembre 2013, Etudes. http://revue.ersuma.org/no-3-septembre-2013/etudes-27/Le-recouvrement-de-la-dette consulté le 01/09/2018 à 7h39.
[842] A. A. de SABA, « Le recouvrement de la dette publique intérieure dans les Etats de l'OHADA » *op.cit*.
[843] CE, 8 juillet 2005, *commune d'Arras*, *Revue du Trésor*, février 2006, p. 147.
[844] O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, op. cit.*, p. 313.

responsabilité ». En dépit de cette possibilité juridique aucune décision impliquant un agent public n'est à ce jour connue.

La responsabilité pénale quant à elle peut être retenue en relevant l'entrave de l'agent public à l'ordre public. Dans cette configuration, il est à considérer que l'agent public s'oppose à l'exécution d'une décision de justice exequaturée, faussant ainsi, la loyauté du procès. Or, la loyauté du procès est une disposition d'ordre public dans de nombreuses législations des Etats membre de l'OHADA. Sa violation constituerait une voie de fait qui entraine la responsabilité pénale de l'agent public. Dans le processus d'obligation d'exécution volontaire des décisions de justice, il faut noter que la responsabilité pénale de l'agent public est un élément dissuasif efficace dont il convient d'en aménager l'effectivité en droit OHADA.

Au-delà de la réforme de la responsabilité de l'Etat et celle de ses agents, nous estimons que le type d'arbitrage auquel l'Etat est soumis n'est pas adapté à sa forme. Il convient donc de le changer pour parvenir à une harmonie entre l'Etat et l'arbitrage.

B. Le souhait de l'arbitrage d'équité

Plusieurs doctrines sont unanimes à l'application des règles de l'équité dans l'arbitrage[845]. Les raisons de cette adhésion sont diverses et variées. La nôtre repose sur l'impérieuse nécessité d'accommoder les règles de propres à l'Etats et ses dérivés à celles de droit commun qui régissent l'arbitrage OHADA.

Il est évident qu'un tel souhait ne fait l'unanimité de la doctrine. D'aucuns pensent que l'adoption de l'équité marquerait par la même occasion, l'abandon de l'autonomie de la volonté qui elle, est la colonne vertébrale de l'arbitrage et le socle de la nature privée de l'arbitrage. Il faut dire que l'arbitrage en équité ne s'accommode pas avec l'autonomie de la volonté telle qu'elle se présente actuellement. Toutefois, il n'est pas question de la supprimer. Cependant, une reforme de ses fonctions s'avère indispensable.

D'autres estiment que l'adoption de l'arbitrage d'équité entrainera la perte de la légitimité du tribunal arbitral. Si cet argument est recevable, il convient cependant d'en montrer les limites pour souligner sa faiblesse. En effet, cet argument trouverait un écho favorable si l'autonomie de la volonté était définitivement supprimée de l'arbitrage. Or, il ne s'agit pas de supprimer ce caractère prépondérant de l'arbitrage

[845] C'est ce que dit M. DAGBEDJI en écrivant « *Au-delà de l'unanimité que fait l'application des normes du procès équitable à l'arbitrage…* », p. 243.

mais plutôt de renouveler ses fonctions. Dès lors, l'argument de la perte de la légitimité du tribunal arbitral est inopérant. Comme l'a préconisé un auteur, « la proposition est du reste spécifique à l'arbitrage impliquant une personne publique »[846]

L'adoption des règles d'équité dans l'arbitrage présente des avantages théoriques (1) avec une incidence dans la pratique (2) qu'il convient de présenter.

1. Les avantages théoriques de l'arbitrage en équité

L'équité est une notion subjective, elle consiste en le respect des équilibres en présence, pour empêcher des inégalités. Elle présente deux sens différents. Dans un premier temps, on peut entendre par là « *équitas* » qui vient du romain ou encore « *equity* » qui provient de l'anglais. Dans les deux cas, cela nous renvoie à un système juridique « *destiné à pallier aux insuffisances du droit positif civil ou commun* »[847]. Dans un second temps, l'équité peut être perçue comme un « *mode d'interprétation des règles de droit* »[848]. Cependant, seul le premier sens nous intéressera puisqu'il est sensé corriger les insuffisances du droit positif. Et en l'espèce, les inégalités entre personnes publiques et personnes privées peuvent être considérées comme telles.

L'équité permet donc à l'arbitre de juger en équité et pas en droit sous réserve du respect de l'ordre public. C'est également une source du droit international. La Cour internationale de justice[849] le précise dans son statut[850]. Certains auteurs pensent qu'elle permet de rendre le droit plus juste tandis que d'autres estiment qu'elle permet de rendre une décision injuste d'autant plus que la justice doit être rendue sur la base de règles de droit. Cette dernière approche n'est pas fausse puisque le législateur français dispose que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »[851]. Il en est également ainsi pour les législations nationales des Etats parties à l'OHADA qui sont fortement inspirés par le droit français. Toutefois en dépit de cette injonction, des exceptions ont tout de même été aménagées.

Cependant, ces exceptions doivent être prévues par la loi. Ainsi, le juge peut utiliser le principe de l'équité pour rendre justice. Il en est ainsi par exemple, lorsqu'il doit condamner une partie à payer les dépens. Le juge doit tenir compte de la situation

---

[846] O. G. C. DAGBEDJI, *Arbitrage et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit*., p. 245.
[847] D. CARREAU et F. MARELLA, *Droit international*, 11ème éd. Pédone, chap. XVI, 2012, p. 1 http://pedone.info/di/Carreau-Marrella_Chap14.pdf
[848] D. CARREAU et F. MARELLA, *Droit international*, *op. cit*., p. 1.
[849] Notons que plusieurs Etats membres de l'OHADA ont signé le Traité d'adhésion à la CIJ.
[850] Article 38, alinéa 2 du statut de la CIJ.
[851] Article 12 du Code civil français.

économique et financière du condamné afin que ce dernier ne se retrouve pas dans une situation de grande difficulté économique. Il est en outre important de préciser que l'équité n'est pas une source de droit. A ce titre, aucune décision judiciaire ne peut se fonder uniquement sur l'équité. L'équité accompagne la règle de droit.

Nous avons dit que l'équité doit être édictée par la loi pour être appliquée. L'arbitrage respecte ce principe puisque pour que le tribunal arbitral statue en amiable compositeur, il faut que mandat lui soit donné par les parties. Ce mandat il l'a par le biais de la convention d'arbitrage qui doit le stipuler clairement. En effet, les contrats ont une force obligatoire envers les parties[852] et constituent leur loi. L'acte uniforme sur l'arbitrage énonce à ce propos que « *(le tribunal) peut également statuer en amiable compositeur, lorsque les parties lui ont conféré ce pouvoir* »[853]. L'arbitre qui ne respecte pas les stipulations des parties verra sa décision frappée de nullité. En d'autres termes, l'arbitre qui use des pouvoirs d'amiable compositeur que les parties ne lui ont pas conférés, s'écarte de sa mission et sa sentence doit être annulée[854].

De par le but de l'Etat[855], la pratique de l'arbitrage en équité présente un intérêt théorique certain. Il permet à l'arbitre de faire abstraction de la règle de droit. L'acte uniforme déclare que « *le tribunal arbitral tranche le fond du différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. A défaut de choix par les parties, le tribunal applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte, le cas échéant, des usages du commerce international* »[856]. Ce qui signifie que le principe est l'usage de la règle de droit. Or nous l'avons dit, les règles qui régissent les entités en présence dans l'arbitrage d'investissement sont antagonistes. Elles rompent l'égalité qui devrait caractériser toute la procédure arbitrale. L'équité permet donc ce retour à la normal en écartant toutes les règles de droit. Quid de l'effectivité de l'équité dans l'arbitrage OHADA ?

2. Les incidences pratiques de l'équité dans l'arbitrage

Il est indubitable que l'adoption de l'équité dans l'arbitrage d'investissement crée des changements dans la pratique de cette forme d'arbitrage. En effet, le juge-arbitre investie d'une mission juridictionnelle en équité se voit bien plus libre dans la recherche des solutions pour trancher le litige. Pour trancher le litige, il s'appuie

[852] C'est ce que dit l'article 1194 du Code civil français.
[853] Article 15, alinéa 2 de l'AUA.
[854] CCJA, ass. plén., arrêt n° 28/2007 du 19 juillet 2007.
[855] L'intérêt collectif est le but des Etats.
[856] Article 15, alinéa 1 de l'AUA.

désormais sur les faits et non plus sur les règles de droit positif « *afin d'atteindre un résultat équitable, compte tenu de l'intérêt des parties en cause* »[857].

Ce fut par exemple le cas dans le règlement de « la guerre du Chaco ». Dans cette affaire entre la Bolivie et le Paraguay, le Traité spécial signé le 21 juin 1938 stipulait que la frontière entre les deux pays serait conjointement déterminée entre les présidents des États-Unis, d'Argentine, du Brésil, du Pérou et de l'Uruguay. Ces présidents investis d'une mission d'arbitre statuant *ex aequo et bono* ont rendu quelques mois plus tard, une sentence totalement dénudée de toutes références juridiques[858]. Plusieurs autres affaires viennent étayer cette posture ou le droit est mis à l'écart au profit des faits[859]. Ainsi, le juge est amené à prononcer une solution bonne, « *c'est-à-dire adaptée, raisonnable, favorable à l'apaisement des relations entre les parties* »[860].

[857] D. CARREAU et F. MARELLA, *Droit international,* 11ème éd., p. 2.
[858] A. J. I. L. 1939, 180 ; RSA, vol. III, p. 1817, cité par D. CARREAU et F. MARELLA, *Droit international, op. cit.,* p. 2.
[859] *Affaire des pêcheries de l'Atlantique Nord*, *RSA*, vol. XI, p. 167 ; *Affaire de l'I'm alone*, *RSA*, vol. III, p. 1216.
[860] M. VIRALLY, L'équité dans le droit : à propos des problèmes de délimitation maritime, *in Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*. Genève : Graduate Institute Publications, 1990 (généré le 03 septembre 2018). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/iheid/4404>. ISBN : 9782940549412. DOI : 10.4000/books.iheid.4404.

Conclusion du chapitre I

La différence de régimes juridiques entre l'Etat et l'arbitrage d'une part et entre l'Etat et ses cocontractants d'autres part rend la déjudiciarisation un peu plus complexe. Il est donc impérieux que trouver des mécanismes pour concilier les pouvoirs exorbitants des Etats et leurs dérivés au régime de droit commun imposé par l'arbitrage d'investissement. Aussi, cette quête de conciliation s'effectue tant par une approche communautaire en modifiant les normes que par voie contractuelle.

La conciliation resterait inachevée si l'on ne tenait pas compte de l'entièreté du processus arbitral, c'est-à-dire de l'acceptation de la mission jusqu'à l'exécution de la sentence. A ce dernier niveau, les immunités d'exécution paralysent l'exécution de la sentence et entraine souvent le recours au juge étatique. Il est donc judicieux de freiner ces prérogatives en revoyant les garanties étatiques à l'exécution des sentences ainsi que la responsabilité des Etats ou des agents dépositaires de son autorité.

Chapitre II. L'adaptation des prérogatives de la CCJA aux obligations de la déjudiciarisation.

« *Chaque jour apporte le fruit de réflexions nouvelles en matière d'arbitrage (…). Chaque jour, la nouveauté repousse, par l'effet d'une créativité diversifiée dans l'espace, un rapprochement des règles et des pratiques* »[861]

[861] F. TERRE, « L'internationalité du juge dans l'arbitrage », *in L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis, Mélanges Alain Plantey*, Paris, A. Pedone, 1995, p. 232.

Le Traité signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, selon ses termes, a pour objet de « *créer un nouveau pôle de développement en Afrique et de (…) garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celle-ci et d'encourager les investissements* »[862]. Il s'agit donc de la mise en place entre autre, d'un nouveau système juridique pour les Etats membres. Il a pour but de pallier à l'insécurité juridique dans laquelle était plongée les pays de cette zone avec pour conséquence, un désintérêt des investisseurs[863]. L'innovation juridique se caractérise par l'adoption de règles régionales communautaires[864] modernes adaptées à l'économie locale des Etats parties, la promotion de l'arbitrage mais aussi la création de structures pour la pratique de cette activité[865].

C'est dans ce contexte que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est installée en 1998 à Abidjan en Côte d'Ivoire, où elle a son siège. Toutefois, en raison de son caractère communautaire, elle peut siéger dans chacun des dix-sept Etats membres. Par ailleurs, elle tient des audiences foraines régulièrement dans lesdits Etats[866]. Cette faculté démontre le caractère supranational de la Cour commune de justice et d'arbitrage sur les juridictions nationales des Etats parties au Traité[867].

La CCJA est une institution originale dans sa structuration[868]. En effet, elle remplit deux fonctions distinctes : l'une juridictionnelle et l'autre consultative. Cette double compétence est par ailleurs au centre d'une controverse. Une partie de la doctrine pensent que ce mélange de genre peut empêcher l'institution de remplir convenablement sa mission juridictionnelle mais aussi administrative de l'arbitrage placé sous son égide[869]. L'autre partie soutient le contraire en s'appuyant sur la jurisprudence qui n'a jamais fait état d'un quelconque mélange de genre de la part de la Cour. Un auteur pense à ce propos que le mélange de genre est jusque-là évitable en raison de la faible quantité d'affaires portées devant cette institution[870].

---

[862] Préambule du Traité OHADA

[863] En ce sens, voir G. KENFACK. DOUAJNI, « Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement », *RJPIC*, 1998, p. 39.

[864] L'acte uniforme portant sur l'Arbitrage.

[865] La CCJA et l'ERSUMA.

[866]Plusieurs Etats ont déjà abrité ces audiences. Libreville, Ouagadougou… http://news.aouaga.com/h/66595.html consulté le 30/09/2018.

[867] Article 21 du Traité OHADA.

[868] G. KENFACK. DOUAJNI, « Les innovations du Traité OHADA révisé », Revue de droit uniforme africain, n° 000-09/08/2010. p. 4. file:///C:/Users/Asus/Downloads/D-13-58.pdf

[869] En ce sens, v. Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb*, 1999, n° 3, P. G. POUGOUE, « Le système d'arbitrage de la CCJA », *in* « L'OHADA et les perspective d'arbitrage en Afrique », Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129.

[870] G. KENFACK DOUAJNI, *op. cit*, p. 4.

La fonction juridictionnelle est sacralisée par de nombreux articles[871] dans le Traité constitutif de l'OHADA. Elle vise entre autre à régler tous les différends nés de l'interprétation des actes uniformes et des litiges qui en découles en dernier ressort. Elle assure donc le rôle de cassation, d'où la formulation suivante : « saisie par voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats-parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements… à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur des décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats parties dans les mêmes contentieux (…) »[872]. Précisions que dans le cadre de cette étude, nous ne nous intéresserons pas à la fonction juridictionnelle de la CCJA. Du reste, l'arbitrage CCJA ne fait pas partie de notre champ d'étude. Toutefois, les reformes que nous suggérons touchent l'institution mais uniquement son aspect non juridictionnel. C'est donc à ce titre que nous nous intéressons à la CCJA.

Les fonctions non juridictionnelles visent les fonctions consultatives auxquelles la Cour est obligée d'assumer. Pour le cas spécifique de la CCJA, on peut qualifier les fonctions consultatives à la lumière de la définition de certains universitaires c'est-à-dire comme des fonctions dont l'exercice « *ne cherche pas à régler un litige par un acte juridictionnel ; d'un point de vue formel, on ne fait pas intervenir une juridiction ; d'un point de vue matériel, on ne se propose pas de déduire une solution de la stricte application du droit existant. On cherche plus à éteindre le litige qu'à le trancher* »[873]. Ces fonctions sont potentiellement utilisables dans le cadre de l'arbitrage. Dès lors, on parle de fonction administrative. De fait, aux termes d'un de ses articles, le règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que « *les décisions qu'elle prend à ce titre, en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence sont de nature administrative* »[874].

Comme nous l'avons dit plus haut, les suggestions que nous formulons mettent à contribution la CCJA dans ses attributions administratives. Raison pour laquelle nous envisageons dans un premier temps, une adaptation des attributions administratives de la CCJA (**section 1**). Ensuite, dans un second temps, nous procéderons à l'étude de la nature et du régime juridique de ces nouveaux actes administratifs (**section 2**).

[871] En ce sens, v. les articles 21 et 14 du Traité de l'OHADA.
[872] Article 14 du Traité OHADA.
[873] J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *La justice et ses institutions*, Dalloz, 1996, 4ème éd. P. 31.
[874] Article 1er du règlement d'arbitrage CCJA.

Section 1. L'adaptation des fonctions administratives de la CCJA au contexte de la déjudiciarisation

L'article premier du règlement d'arbitrage de la CCJA consacre les attributions administratives de la CCJA. Cependant il est important de préciser que ces attributs ne sont possibles que dans le cadre d'une procédure arbitrale conduite sous l'empire du règlement intérieur de cette institution. En d'autres termes, les procédures arbitrales qui sont réalisées sous l'empire de l'acte uniforme qui constitue le droit commun de l'arbitrage dans cet espace, ne sont pas visées par ces attributs de la CCJA. Or, il apparait nécessaire que cet état de fait soit révisé pour permettre à la déjudiciarisation d'atteindre pleinement ses objectifs. Nous envisageons dans ces conditions, un élargissement des attributs d'administration aux procédures arbitrales *ad-hoc* (§1) tout en prenons le soin d'en préciser le cadre juridique (§2).

§1. L'élargissement des attributs administratifs de la CCJA à l'arbitrage *ad-hoc*

A côté de ses fonctions juridictionnelles, la CCJA est aussi un centre d'arbitrage. Ce centre tire sa légitimité des :

- Traité de Port Louis du 17 octobre 1993, révisé à Québec le 17 octobre 2008 notamment en son Titre IV relatif à l'arbitrage
- Le Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999
- La décision n° 004/1999/CCJA du 03 février 1999 relatif aux frais d'arbitrage
- Le règlement intérieur de la CCJA du 02 juin 1999 en matière d'arbitrage
- Le Règlement de procédure du 18 avril 1996 révisé le 30 janvier 2014.

René BOURDIN[875] dit de ce système que c'est « *une construction arbitrale nouvelle, sans précédent dans le monde et qui synthétise toutes les opérations d'arbitrage depuis la requête introductive jusqu'à la décision finale des juridictions étatiques sur la sentence* ».

La CCJA, prise dans sa fonction de centre d'arbitrage, dispose d'un cadre institutionnel qui lui permet d'administrer efficacement les procédures d'arbitrage. L'administration de ces procédures passe par la mise en place d'un dispositif institutionnel. En effet, l'arbitrage sous l'égide de la CCJA comprend un organe distinct des arbitres qui assure toute la gestion de la procédure. Il s'agit du Président de de la CCJA qui assume également la fonction de président du centre d'arbitrage. Il est

[875] Co rédacteur de l'avant-projet du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

assisté dans cette tâche par une assemblée plénière composée des vice-présidents, des juges de la Cour et du secrétaire général de la Cour. Les décisions administratives de la Cour sont prises en assemblée plénière. Il s'agit notamment de la désignation des arbitres, de leur formation, des procédures de récusation, de la fixation des provisions…

Il peut arriver que la Cour délègue à une poignée de personne appartenant à l'assemblée plénière, le pouvoir de décision sous réserve qu'elle soit tenue informée des décisions prises lors de la prochaine réunion : on parle alors de formation restreinte. Cette dernière doit comprendre le président et deux membres désignés par ordonnance du Président de la CCJA[876]. Que l'on soit dans le cadre de l'assemblée plénière ou encore de la formation restreinte, le but reste le même, « la mise en œuvre, la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen des de la sentence ». Ce système de gestion propre à l'arbitrage institutionnel lui permet d'éviter l'incursion du juge national dans ses procédures arbitrales. En effet, l'organe administratif joue le rôle de juge en procédant par exemple, à la désignation des arbitres. Nous pensons que ce rôle d'assistance peut être étendu à l'arbitrage *ad-hoc* (A) que permettra le règlement intérieur de l'institution (B).

A. La gestion de l'arbitrage *ad-hoc* par la CCJA

L'arbitrage *ad-hoc* par définition est un arbitrage géré par les parties elles-mêmes. Elles définissent ensemble la loi mais aussi les procédures qui régiront le déroulé de l'instance. Malheureusement, on ne peut pas toujours tout prévoir ou encore on ne peut pas être d'accord sur tous les points. Dès lors qu'il y a une divergence d'opinion insurmontable, le juge est appelé au secours pour régler l'incident et remettre la procédure en marche. Dans cette posture, il endosse en quelque sorte le rôle d'administrateur ponctuel de la procédure arbitrale *ad-hoc*. Son éjection du périmètre arbitrale laisse planer le doute quant à la capacité des parties à surmonter les difficultés qui pourraient survenir durant la procédure. C'est pourquoi nous proposons qu'en remplacement du juge, l'assemblée plénière de la CCJA puisse assumer cette fonction.

De fait, cette institution est spécialisée dans la gestion des arbitrages et ne connaîtra pas donc trop de difficultés à assumer cette tâche. Le règlement d'arbitrage CCJA autorise le président de la Cour à « *prendre en cas d'urgence, les décisions nécessaires à la mise en place et au bon déroulement de la procédure arbitrale* »[877]. Il

[876] Article 2.6 du R.I du 2 juin 1999 en matière d'arbitrage.
[877] Article 2.5 du R.A de la CCJA.

semble donc que l'assemblée plénière soit une des potentiels candidats susceptibles de pallier le départ du juge.

Le choix de recourir à la CCJA pour l'administration de la procédure est du ressort des parties. Elles pourront envisager de se tourner vers une autre personne si elles estiment que la CCJA ne répond pas à leurs attentes. Toutefois, si elles souhaitent voir la CCJA administrer leur procédure, il est important que cet acte soit encadré.

B. L'inscription de l'assistance administrative dans le règlement intérieur CCJA

Pour que la Cour puisse se saisir d'une demande d'assistance émanant d'une partie engagée dans une procédure arbitrale *ad-hoc*, il faut dans un premier temps que les textes le lui permettent. La législation actuelle délimite de façon très claire le champ de compétence entre ces deux types d'arbitrage. L'arbitrage institutionnel ne peut en aucun cas interférer dans une procédure *ad-hoc*. En ce sens notre démarche est totalement innovante et atypique. Il s'agit d'ajouter dans le règlement intérieur de la CCJA la faculté que détient une partie à l'arbitrage de saisir le secrétariat général de la Cour aux fins d'une assistance ponctuel sur un arbitrage *ad-hoc.*

Il est important d'insister sur le caractère ponctuel de cette assistance. Il permet d'éviter une assimilation de l'arbitrage *ad-hoc* à l'arbitrage institutionnel. En effet, l'arbitrage institutionnel est constamment dirigé par l'institution. C'est elle qui pilote tout le processus administratif de l'instance. Dans le cas d'un arbitrage *ad-hoc*, l'assemblée plénière ne sera saisie qu'à la survenance d'un blocage auquel les parties ne parviennent pas à faire face. Elle n'est donc pas de manière permanente au sein de la procédure puisqu'elle interviendra de façon ponctuelle.

Afin de permettre à la Cour d'apporter son concours à l'arbitrage *ad-hoc*, le règlement intérieur de cette institution devrait disposer qu' « *en cas de saisine du secrétariat général au fin d'une assistance, l'assemblée plénière est constituée dans les mêmes conditions que l'arbitrage institutionnel* ».

Le règlement intérieur de la CCJA n'est certainement pas le seul texte qui doit être revu afin de permettre à la CCJA d'administrer la procédure arbitrale régit par le droit commun. Le règlement d'arbitrage CCJA doit tout aussi contenir une disposition qui permet à la CCJA de régler un blocage dans la procédure arbitrale *ad-hoc*. L'assistance de la CCJA doit être mentionnée dans les missions qui sont du ressort de la haute juridiction sous sa forme de centre d'arbitrage. Ainsi, la CCJA interviendra en

toute légalité dans les procédures sous l'empire du droit commun de l'arbitrage. Reste à déterminer la forme dans laquelle cette assistance se fera.

§2. L'aménagement de l'assistance de la CCJA

L'intervention de la CCJA dans l'arbitrage effectué sous l'empire du droit commun de l'arbitrage ne doit pas se faire à l'emporte-pièce. Cette procédure doit obéir aux règles bien particulières qui définiront plus tard son régime juridique. Dans quel cadre juridique s'inscrit l'assistance de l'assemblée plénière de la CCJA ? La réponse à cette interrogation est surement dans le cadre d'un mandat octroyé par la partie la plus diligente. Dès lors, il convient de définir les contours de ce mandat (A) pour ensuite voir son application dans le cadre de l'assistance CCJA (B).

A. Présentation de la théorie du mandat

Le contrat de mandat est un contrat classique. Il est synallagmatique et en principe consensuel. Le droit français le définit comme étant « *un acte par lequel une personne donne à une autre, le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* »[878]. Il faut dire que cette définition est vague pour la doctrine car le terme faire quelque chose demeure incertain. La doctrine qualifie alors le contrat de mandat comme la convention par laquelle une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire), le pouvoir d'accomplir des actes juridiques en son nom et pour son compte. On peut donc voir dans cette définition trois personnes qui apparaissent dans ce type de contrat : les deux contractants et le tiers concluant une représentation avec le mandataire.

Dans le cas de l'arbitrage, cette illustration est altérée. En effet, si la convention d'arbitrage ne prévoit pas le recours de la CCJA, les deux parties devront signer le contrat de mandat pour que la CCJA puisse résoudre la difficulté. Dès lors, il y a bien deux mandants et non plus un comme dans le contrat original de mandat. Dans le cas où la convention d'arbitrage prévoit le recours au tiers pour régler une difficulté, c'est la partie la plus diligente qui saisit le tiers en l'occurrence la CCJA. Mais puisque la clause compromissoire relevait le recours à cette institution, on conclut que le consentement de l'autre partie est déjà donné. Aussi est-elle au même titre que la partie diligente, mandant.

[878] Article 1984 du Code civil français.

Ce type de contrat est très encadré car les actes qu'accomplie le mandataire peuvent avoir de graves répercussions sur le mandant. Le contrat de mandat est source de controverse surtout s'agissant de son formalisme. En effet, deux positions s'affrontent sur la question : un bord pense qu'il peut être tacite et donc ne requérir à une forme écrite. Dès lors, il revient aux différentes parties d'apporter la preuve de son existence par tous moyens, et un autre camp qui estiment qu'en raison des enjeux, il est souhaitable que le contrat de mandat soit sous forme écrite.

Sur le fond, des conditions sont également prises. Il s'agit pour la plus part, des conditions qui régissent la conclusion du contrat. C'est-à-dire la licéité de l'objet, la capacité du mandataire…

Les pouvoirs du mandataire sont consignés dans sa mission. Le contrat de mandat définie le rôle, les actions et les actes pour lesquels le mandataire est mis à contribution. Cette définition d'actes permet à ce que ce dernier ne puisse pas outrepasser ses fonctions ou encore aller en dessous de son engagement. On parlera par la suite de deux types d'obligation selon les cas de figure. Le mandataire a une obligation de moyen s'il ne maîtrise pas tous les éléments pour la réussite de sa mission. En revanche, pèse sur lui une obligation de résultat, dès lors qu'il n'exécute pas sa mission.

B. L'application du mandat dans l'arbitrage

Le contrat de mandat n'est pas nouveau dans l'arbitrage. Il y est utilisé depuis bien longtemps puisqu'il est autorisé à des tiers l'accomplissement d'une action précise dans une procédure arbitrale pour le compte d'une partie. Il est donc tout à fait possible d'envisager employer ce type de contrat pour faire intervenir la CCJA dans un arbitrage régit par les règles de l'AUA. Techniquement, rien ne s'y oppose.

De fait, il est possible de faire intervenir la haute juridiction dans sa fonction de centre d'arbitrage au cours d'une procédure arbitrale étrangère aux règles CCJA. L'hypothèse serait la suivante : un arbitrage *ad-hoc* qui se voit bloqué dans la constitution du tribunal arbitral, la partie la plus diligente peut solliciter la CCJA pour la désignation de ou des arbitres. La demande d'intervention enregistrée au secrétariat général est par la suite transmise au président de la CCJA. Il revient à ce dernier de constituer l'assemblée plénière ou une formation restreinte qui se chargera de liquider l'action pour laquelle elle a été sollicitée.

La désignation des arbitres constitue la mission de la CCJA qui ne devra s'en tenir qu'à ce mandat. Elle ne pourra pas par exemple assister les parties dans le choix

des règles de droit devant conduire au règlement du litige… Pour chaque blocage que pourrait rencontrer la procédure arbitrale, chacun d'eux doit impérativement faire l'objet d'un mandat unique invitant la CCJA à intervenir. Par ailleurs, le recours à la CCJA peut être ou pas mentionné dans la convention d'arbitrage qui lie les parties en conflit.

Section 2. Nature et régime juridique des actes d'assistance de la CCJA

Le contrat de mandat est un acte juridique qui produit des effets juridiques entre les différentes parties. Lesquelles ? Nous aborderons cette réponse en étudiant le régime juridique de cet acte (§2) mais avant, voyons ce qu'il en est de sa nature (§1).

§1. La nature juridique du contrat de mandat

L'acte de mandat est en principe consensuel puisqu'il doit revêtir l'accord des deux parties impliquées. Cependant, il peut arriver que le mandat ne soit pas aussi explicite que cela. C'est notamment le cas du mandat apparent. Ce dernier se caractérise par « *la croyance des tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire qui peuvent être légitimés si les circonstances dans lesquelles le tiers a cocontracté avec le mandataire, l'autorisaient à ne pas vérifier les limites exactes de ses pouvoirs* »[879]. Dans tous les cas, le mandat doit demeurer un contrat pour une action administrative (A)

A. Le mandat CCJA, un acte administratif

Il est important que le mandat confié à la CCJA ne vise que les tâches administratives. Dans le cas contraire, nous traverserions le cloisonnement entre la mission juridictionnelle et celle non juridictionnelle. Dès lors, l'acte délivré par la CCJA peut être attaqué devant la Cour pour non-respect du mandat.

Les actes administratifs sont tous ceux qui ne font pas intervenir la règle de droit pour leur application. En d'autres termes, il s'agit des actes de gestion de la

879 http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/m/-/mandat-apparent/lexique-juridique-et-fiscal-de-bedaride-notaire-d-affaires.html

procédure arbitrale. Il en est ainsi des mesures d'urgences provisoires, de la désignation des ou de l'arbitre…

Si le mandat est un acte administratif, qu'en est-il de son régime juridique ?

§2. Le régime juridique du mandat CCJA

Parler du régime juridique du contrat de mandat de la CCJA revient à éplucher les effets qu'il produit entre les parties au contrat (A) mais aussi les diverses sanctions dont pourraient être victime les auteurs d'abus (B).

A. Les effets du contrat de mandat

Les effets nous invitent à visiter les obligations du contrat à l'égard des différentes parties à la convention. Il sera tour à tour question des tiers, du mandant.

Le contrat de mandat dans l'arbitrage est particulier puisqu'il n'y pas de tiers à la convention. En effet, si la convention d'arbitrage ne stipule pas que le recours à un tiers peut être envisagé en cas de difficulté durant la procédure arbitrale, les deux litigants sont tenus de signer le contrat de mandat de telle sorte que les protagonistes deviennent tous deux des mandants. Idem dans l'hypothèse où la convention stipulait le recours à un tiers. En conséquence, il n'y a aucun effet pour les tiers qui n'existe pas dans le contrat de mandat CCJA.

A l'égard des mandants, il existe une série de d'obligations. Dans un premier temps, la CCJA doit exécuter la mission qui est comprise dans son contrat. A cet effet, une interprétation stricte du contrat doit être faite pour éviter que la CCJA n'outrepasse sa mission. Outre l'exécution de la mission, la CCJA en tant que mandataire est également soumise à une obligation de loyauté envers les mandants. Cette obligation induit que les règles adoptées pour l'administration de la difficulté soient transparentes, et équitables pour les deux protagonistes.

Enfin, il incombe aux mandant de régler les frais du mandataire. L'assistance de la CCJA ne saurait être gratuite au regard des moyens qui seront mis en place pour la résolution de la difficulté. Il est donc important que les parties puissent payer un forfait, pour les frais qu'une telle procédure pourrait engager.

B. Les sanctions encourues en cas de manquement

Le contrat de mandat respecte une législation bien précise. Celui relatif à l'arbitrage en fait autant. Il est donc plus qu'évident que la violation de ces règles produit des effets.

La violation des règles est punie par des sanctions. C'est dernières sont administratives d'une part, et judiciaires d'autre part. La sanction administrative appliquée en cas d'abus de pouvoir de la part du mandataire est l'inopposabilité de l'acte. Il est considéré que le mandataire n'a pas respecté la mission que lui a assignée les mandants et donc a faussé l'accord qui les liait. Dès lors, l'acte qui ne reflète pas la volonté des parties ne peut leur être opposé. L'acte est considéré comme nul et non avenu.

Lorsque la violation de l'acte relève d'une volonté manifeste de nuisance, c'est-à-dire que des faits délictuels entourent la résolution de la difficulté, à l'exemple des faits de corruption, c'est la responsabilité individuelle des auteurs de l'infraction qui est engagée. Les mandants pourraient alors ester en justice, les auteurs de l'indélicatesse.

Conclusion du chapitre II

La CCJA se révèle être un acteur de premier choix pour le remplacement du juge dans la procédure arbitrale. Le contrat de mandat que nous proposons permet à cette institution de pouvoir s'immiscer dans l'instance arbitrale sous l'empire du droit commun de l'arbitrage. Le contrat de mandat lui permettra d'intervenir ponctuellement en cas de blocage dans la procédure sur invitation soit des deux parties ou simplement sur invitation de la partie la plus diligente.

Pour se faire, une retouche des textes qui fondent la CCJA s'avère nécessaire. En effet, il n'est pas possible de modifier les missions de cette institution sans que les textes ne le prévoient.

Le contrat de mandat dans l'arbitrage ne doit viser que les tâches administratives pour éviter de franchir la ligne entre les décisions non juridictionnelles et celles juridictionnelles. C'est à ce prix que la coopération entre l'arbitrage de droit commun et l'arbitrage institutionnel pourront cohabiter et pallier ainsi à l'absence du juge.

Conclusion du Titre II

L'état des législations nationales ne garantit à l'arbitrage, sécurité de ses procédures et surtout un succès dans l'exécution des décisions qui sont prises. L'harmonisation entre les règles de droit commun et les prérogatives exorbitantes de puissance publique dont sont dotées les personnes morales publiques de droit commun laisse présager un avenir meilleur à l'arbitrage *ad-hoc* OHADA. Les nombreux dysfonctionnements paralysaient l'instance déjà bien parasitée par la différence de natures juridiques des protagonistes d'une part mais également de faits structurels d'autres parts.

En outre, la révision des règles d'exécution, en plus de ce qui précède, viennent simplifier le fonctionnement de l'arbitrage. Plus l'arbitrage est simple et clair, plus on s'éloigne des tribunaux. L'ensemble des mesures proposées visent à simplifier cette procédure et donc à éloigner davantage le juge des questions arbitrales.

Par ailleurs, la CCJA est une institution spécialisée dans l'administration de l'arbitrage. Cependant, sa nature institutionnelle freine son assistance à l'arbitrage de droit commun. Les réformes que nous proposons, poursuivent un seul but : fournir à l'arbitrage ad-hoc un palliatif à l'absence du juge national. Ainsi, les différentes propositions formulées visent cet objectif.

CONCLUSION GENERALE

« *Les poètes, les artistes créent des fantômes qui parfois deviennent immortels dans la tradition des hommes. Le critique comme le philosophe, crée des valeurs. L'œuvre d'art ne conclut pas. Là où il y a conclusion, il y critique* »[880]

[880] R. de GOURMONT, promenades philosophiques (1904-1928), http://dicocitations.lemonde.fr/citation/conclusion/1/20.php

L'épigraphe de la présente conclusion vient souligner le paradoxe de la conclusion en droit qui, au lieu de clore le sujet, vient plutôt ouvrir le débat sur un sujet traité. N'est-ce pas là, l'une des caractéristiques d'une science vivante ?! Le droit est un produit social et comme tel, il suscite les débats et déchaîne les passions. Aussi, pensons-nous que cette particularité concoure à la vitalité de la discipline raison pour laquelle nous participons volontiers à l'exercice.

Avec une démographie galopante[881], l'Afrique est confrontée à tous les défis que pose ce problème. Pour pallier ces difficultés, une modernisation de tous les services étatiques s'avère nécessaire. Parmi ces services, figure celui de la justice. Cette dernière est considérée comme la colonne vertébrale de l'état de droit, lui-même épine dorsale du développement économique des Etats, au regard des rapports entre la justice et le développement.

Le réaménagement de la justice étatique dans l'espace OHADA soulève les nombreuses contrariétés à la fois spécifiques et générales, classiques et modernes vis à vis de l'arbitrage OHADA. On apprend alors que la justice est l'objet de nombreux discours qui s'ignorent. D'un côté, le sens moral ou philosophique, de l'autre, le sens légal ou juridique[882]. Qu'à cela ne tienne, les Etats ont besoin de recentrer les missions de leur justice et cet objectif pourrait passer inéluctablement par l'abandon de certaines tâches juridico-juridictionnelles dont l'immixtion de l'officier public dans les affaires de la justice privée. Dès lors, il apparait nécessaire d'imaginer, d'élaborer un nouveau système d'arbitrage totalement délesté de l'influence du juge étatique. L'avènement de ce nouveau modèle juridique relève de la combinaison de plusieurs facteurs : juridique, judiciaire, politique, social, structurel…

De fait, la déjudiciarisation de l'arbitrage relève premièrement d'un réajustement des positions juridiques et judiciaires.

Juridiquement, l'arbitrage OHADA puise ses sources et sa légitimité de deux paradigmes : la loi et la volonté des parties contractantes. S'agissant de la loi, cette dernière se compose de diverses règles qu'on peut subdiviser en deux groupes distincts : les règles régionales et les règles nationales. Les règles régionales visent l'ensemble des normes ratifiées par les Etats dans le cadre de l'OHADA. Il s'agit notamment de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage.

---

[881] J. Damon. « Les prévisions démographiques de l'ONU à l'horizon 2050 ». *In*: *Recherches et Prévisions*, n°74, 2003. Les dirigeants de la branche Famille de la Sécurité sociale. pp. 88-95. L'auteur affirme « *qu'au cours du prochain demi-siècle, la croissance démographique (plus 2.6 milliards d'individus) concernera essentiellement les pays en voie de développement. Près d'un milliard de personnes viendront s'ajouter aux 748 millions qui peuplent les pays les moins développés. La population de ces pays devrait augmenter de 133%* ».

[882] L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1362.

Le législateur a prévu en général, le recours au juge dans de nombreux cas où l'arbitre serait incapable de surmonter une difficulté qui paralyserait la procédure. Il nous a fallu détricoter cette idéologie pour ensuite proposer une nouvelle ligne fondée sur une approche néolibérale reposant sur l'extrajudiciarisation. Le nouvel Acte uniforme doit en effet comporter des dispositions visant le règlement des difficultés pouvant survenir avant, pendant et après l'instance par des voies extrajudiciaires. Le choix d'un tiers mandaté pour la résolution desdits blocages se révèle être une alternative au recours au juge.

Cependant, il est admis que ce dernier ne dispose que de pouvoirs spéciaux pour la mission confiée. A cet égard, il est important que son contrat soit encadré par des règles strictes dont l'infraction entraînerait l'annulation des actes accomplis. L'arbitrage étant une matière internationale, plusieurs accords encadrent son déroulement en prévoyant des recours aux juges en cas de difficulté durant la procédure. L'OHADA est partie à bon nombre de ces conventions. Il est donc important de pouvoir extraire du champ de ces accords, les sentences prises dans l'espace OHADA et ayant vocation à s'appliquer dans l'un des pays parties à la convention OHADA.

En dépit de ce que l'Acte uniforme sur l'arbitrage soit d'application communautaire, il n'en demeure pas moins que les Etats gardent le pouvoir de légiférer sur cette matière. Toutefois, les dispositions législatives nationales prisent dans ce contexte doivent impérativement, sous peine de nullité, être conforme aux dispositions régionales. Les textes nationaux actuels recommandent le recours au juge[883]. Le revirement des normes régionales commandent également aux législations nationales un alignement sur ses nouvelles positions. Les législateurs des pays membres de l'OHADA doivent à la suite de ceux de l'organisation communautaire, agencer les normes nationales à celles communautaires. En clair, il s'agit également de bannir toutes interventions du juge dans les procédures arbitrales. Pour ce faire, deux approches s'avèrent nécessaires : l'une sur les règles et l'autre sur les mécanismes procéduraux.

L'action sur les règles consiste à exclure l'assistance du juge de l'arbitrage par des termes simples, clairs et précis, évitant ainsi, toutes ambiguïtés. Elle visera également à élever ces interdits en lois de police ou encore en règle d'ordre public dont la violation entrainera l'annulation de la procédure arbitrale.

Sur un plan purement processuel, dans l'optique de garder un niveau de sécurité égale si non supérieur à celui présent actuellement au sein des instances arbitrales, l'érection de nouvelles procédures s'avèrent capitales. Elles viennent pour les unes

[883] Codes civiles des Etats parties ; Codes d'investissement ; droit interne d'arbitrage

pallier le vide que créée les procédures effectuées par le juge, et pour les autres, renforcer le dispositif sécuritaires des procédures arbitrales. A ces mesures se greffent une série de nouveau droit pour les parties à l'arbitrage. L'homogénéisation de ces diverses mesures permettra en effet, de créer un nouveau dispositif législatif à même de pallier la disparition du juge national.

La volonté des parties contractantes est aussi revisitée au travers la clause compromissoire ou du compromis. Ces derniers font foi de loi entre elles. Cependant, si l'arbitrage est dominé par le paradigme de la liberté des parties, ces instruments doivent en revanche respecter les règles d'ordre public, en l'occurrence, la non intervention du juge national dans une instance arbitrale préalablement interdite par les précédents instruments normatifs. Les instruments contractuels des parties ne doivent prévoir à aucun moment de la procédure, l'intervention du juge. L'ensemble de ces mesures juridiques garantie un aménagement du cadre légal de la déjudiciarisation.

La déjudiciarisation telle que nous la concevons est un processus. La première phase passe par une orientation des normes juridiques vers cet objectif. La seconde phase beaucoup plus pratique, se matérialise par une disparition des juges nationaux du giron de l'arbitrage. On parle alors de déjuridictionnalisation qui renvoie au volet judiciaire. En ce sens, les compétences matérielles et territoriales en matière d'arbitrage sont effacées des codes. Cette opération qui constitue par ailleurs la dernière étape du réaménagement juridico-judiciaire, permet de mettre définitivement l'arbitrage hors de portée des tribunaux nationaux. De fait, le juge se trouve privé des compétences qui lui permettent de se saisir des questions relatives à cette matière. Ainsi, il devient matériellement et territorialement incompétent.

L'articulation entre les deux phases constitutives de la déjudiciarisation permet à terme, de créer un nouvel arbitrage à l'espace OHADA, totalement libéré de l'emprise du juge. Pour autant, l'effectivité de cette nouvelle mouture n'est pas totalement garantie. Plusieurs pesanteurs sont susceptibles d'endiguer cette révolution : l'état politico-socio-économique des Etats membres de l'organisation. A ce stade, la matérialisation de la déjudiciarisation apparait improbable. Le scepticisme des Etats vis-vis de l'arbitrage, les nombreux litiges liés à l'arbitrage d'investissement, l'hostilité des Etats vis-vis des arbitres, le rôle de la justice en Afrique, le poids des acteurs économiques sont autant de facteurs en sont autant d'exemples. De fait, l'environnement OHADA est pollué par des faits et des pratiques qui n'incitent pas le développement et la prospérité de l'arbitrage dans cet espace. Cette situation impacte fortement le rendement de l'arbitrage et remet en cause son efficacité tant les garanties de sécurité qu'il doit présenter sont relativement faibles. Aussi, pensons-nous que la réussite de ce nouveau modèle d'arbitrage ne peut être effective qu'à la suite de nombreuses mutations complémentaires aux réformes juridico-judiciaires. Cette ultime transformation constitue ce que nous appellerons les exigences de la déjudiciarisation.

Les exigences de la déjudiciarisation renvoient à une série de suggestion que nous faisons afin que le retrait du juge dans la procédure arbitrale OHADA ne fragilise pas cette justice privée. En effet, le juge a toujours été le compagnon de l'arbitre. Sa disparition peut créer un vent de panique sur l'institution de telle sorte que les usagers puissent douter de la sécurité juridique et judiciaire qu'offre l'arbitrage et porter par la suite un coup fatal à l'investissement dans cette partie du monde dont la croissance est tractée par les capitaux étrangers, particulièrement portés vers l'arbitrage. Aussi, les suggestions que nous portons visent l'arbitrage, les Etats et la CCJA dans son rôle de centre d'arbitrage.

Plusieurs propositions sont faites au sujet de l'arbitrage. Elles concernent dans un premier temps la matière elle-même puis dans un second temps l'arbitre pour enfin se tourner dans un dernier point, vers les parties.

Au sujet de l'arbitrage, le point d'achoppement est celui de l'exécution forcée des sentences arbitrales. Cette dernière doit faire l'objet d'une procédure d'*exequatur* devant le juge national. Or, le retrait de cet acteur dans l'arbitrage rend cette option impossible. Nous suggérons alors un alignement de l'exécution des sentences arbitrales OHADA sur le même régime d'exécution que celui du CIRDI. Ce modèle a pour avantage de pouvoir permettre une application de la sentence sans pour autant recourir au service du juge étatique des Etats parties à la convention. Outre le modèle du CIRDI, l'OHADA peut adopter un modèle d'exécution des sentences similaire à celui de la FIDIC dans le cadre des *Dispute Adjudication Board* (DAB). Il s'agit pour les parties d'exécuter une décision obligatoire mais de nature contractuelle. Les parties s'engagent à respecter la décision rendue par les arbitres. Ainsi, nous resterons dans une situation d'exclusion du juge de la procédure arbitrale.

Depuis la dernière réforme de l'acte uniforme sur l'arbitrage, le droit OHADA régit également l'arbitrage d'investissement. Certes ce nouveau type d'arbitrage vient élargir les horizons du droit de l'arbitrage OHADA mais il apporte également des difficultés. En raison de la différence de régimes juridiques des personnes en présence dans un tel arbitrage, des problèmes dans la gestion et l'exécution des sentences sont récurrents. Concilier les prérogatives de puissance publique détenues par les Etats et les personnes morales de droits publics au droit commun de l'arbitrage est un exercice d'équilibre complexe. Aussi, estimons-nous que la philosophie de l'arbitrage impliquant des personnes morales de droit public doit être repensée. Nous envisageons par exemple exclure l'arbitrage en droit pour favoriser l'amiable composition.

Hormis ces deux premiers aspects, une révolution processuel demeure obligatoire. Il s'agit d'harmoniser les principes directeurs du procès public à ceux de l'instance arbitrale, gage de confiance des utilisateurs de l'arbitrage. Ainsi, le droit à

un procès équitable, le principe du contradictoire, le droit à un avocat… sont désormais de principes intangibles.

Dans un second temps, nous traitons de l'arbitre. Une révision de son statut s'impose. Cela implique une reconsidération des pouvoirs qui lui sont attribués par la loi. Le législateur, dans sa volonté de garder le juge dans le périmètre de l'arbitrage à délesté l'arbitre de certaines prérogatives pourtant indispensables à l'exercice sa mission juridictionnelle. Le retrait du premier cité rend la tâche du second un peu plus complexe, d'où l'intérêt de revisiter les différents éléments constitutifs de son statut et d'apporter les modifications qui s'imposent. Il est entre autre question de lui conférer un *imperium* propre à sa mission juridictionnelle. A côté de ces nouveaux pouvoirs, il est impérieux de former les arbitres. L'arbitrage se spécialise et pour rester compétitif, les acteurs, en l'occurrence les arbitres ont besoins d'être de manière permanente enseignés sur les matières litigieuses. A cet effet, la nécessité de créer des institutions de formation est plus qu'évident. In fine, nous aboutirons à une professionnalisation de l'arbitre. Outre le renforcement des prérogatives et la professionnalisation de l'arbitre, il apparait également nécessaire de renforcer les obligations des arbitres. Dans cet ordre d'idées, un point d'honneur est mis sur la probité, la loyauté, l'indépendance et les autres devoirs auxquels sont soumis les arbitres. Il en est de même pour les mesures de contrôle et de sanction au manquement de ces obligations.

Il ne peut être question d'arbitrage ou d'arbitre sans parties. Ceci témoigne de l'importance de ces acteurs au sein de la procédure. Cet acteur constitue en outre le dernier maillon de la chaîne de l'arbitrage qui doit être révisé. En raison du différend qui les oppose, les parties sont généralement prêtes à tout pour remporter la bataille judiciaire, quitte à poser parfois des actes répréhensibles. C'est pourquoi il est judicieux de redéfinir les rapports entre les parties ; les droits et obligations des parties envers elles mais aussi envers l'arbitre. Dans cet ordre d'idées, nous mettons l'accent sur des obligations dont le non-respect entrainerait des conséquences irréversibles pour l'auteur, dans le rendu de la sentence. C'est dans ce sens que nous suggérons une appropriation par les parties du principe de loyauté. Ce dernier recouvre plusieurs aspects tels que la sincérité des pièces fournies, l'arrêt de procédures et manœuvres dilatoires bien souvent, source de recours au juge.

Les facteurs de réussite de la déjudiciarisation sont également à chercher dans les Etats membres de l'OHADA. Le manque de démocratie et de bonne gouvernance sont régulièrement pointés du doigt. A cela, s'ajoute la corruption, le laxisme, l'impunité pour ainsi boucler le chapelet de maux qui minent cet espace. La résorbation de ces difficultés constitue la première réforme politico-sociale. Sur le plan économique, les Etats se doivent d'innover leur système de garantie quant à l'exécution des sentences. Un nouveau mode de sûreté doit être élaboré afin de permettre aux partenaires économiques une jouissance de leurs investissements en cas

de condamnation des Etats. Dans la même veine, un nouvel aménagement de la responsabilité des Etats doit être pensé afin de garantir aux investisseurs, une meilleure sécurisation de leurs capitaux.

En dernier lieu, nous estimons nécessaire une réforme statutaire de la CCJA. Il s'agit de donner à cette institution, les moyens juridiques d'apporter son appui en qualité de centre d'arbitrage dans l'administration des procédures arbitrales sous l'empire de l'Acte uniforme. A ce titre, il est nécessaire d'octroyer le statut de mandaté pour la réalisation des différentes missions qui seront les siennes pour le bon déroulement de l'arbitrage. De plus, il est question qu'elle puisse participer à la formation des arbitres de cet espace en leur proposant des stages et formations à l'instar de ceux subit par les arbitres enregistrés auprès du secrétariat de la CCJA.

En somme, la possible suspension de la coopération du juge dans la procédure arbitrale envisage qu'on puisse penser la déjudiciarisation de l'arbitrage *ad-hoc* OHADA. Cette dernière ne peut être possible que par l'agencement et la complémentarité de réformes intrinsèques et extrinsèques à la matière. Ce n'est qu'en parvenant à une parfaite harmonisation et coordination des éléments juridiques, judiciaires, sociaux… que l'arbitrage, privé de son compagnon, pourra poursuivre sa mission de justice tout en conservant ses atouts de sécurité, rapidité, confidentialité. Toutefois, en marge de ces conclusions, nous estimons que la réelle déjudiciarisation de l'arbitrage viendrait des parties qui en se faisant confiance et faisant preuve de loyauté les unes envers les autres, garantiraient l'absence du juge étatique dans l'instance arbitrale.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

- ADDA (J), *La mondialisation de l'économie. Genèse et problèmes*, La Découverte, 7e éd. 2006, 256 p.
- ANDREFF (W) (dir), *La mondialisation, stade suprême du capitalisme ? En hommage à Charles-Albert Michalet.* Nouvelle édition [en ligne]. Nanterre : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2013 (généré le 26 juin 2018).
- ANDREFF (W), *Les Multinationales globales*, Coll. Repères, La Découverte, 2003, 128 p.
- AUBRY (C) et RAU (C), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae,* 4ème éd., Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1869.
- AUDIT (B), *Droit international privé,* 2e éd., Economica, 1997, n° 112 et s, p. 97.
- BARTIN (E. A), Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence française, Paris, Domat-Montchrestien, 1930, n° 164, p. 406.
- BASILIEN-GAINCHE (M-L), *in gouvernance et efficacité des normes juridiques, l'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, 354 p.
- BATIFFOL (H) et LAGARDE (P), *Droit international privé*, tome II, 7e éd., LGDJ, 1983, 692 p.
- BEAUD (M), *L'art de la thèse*, Paris, La découverte, 2006, 208 p.
- BENABENT (A), La provision. Essai d'une théorie générale en droit français, LGDJ, 2001
- BODIN (J), *Les six livres de la République*, 1576, réed. 1986, éd. Fayard, 1700 p.

- CARREAU (D) et MARELLA (F), *Droit international*, 11ème éd. Pédone, chap. XVI, 2012, p. 1 http://pedone.info/di/Carreau-Marrella_Chap14.pdf.
- CARVAL (S), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, 418 p.
- CHASSAGNARD-PINET (S) et HIEZ (D), « Le système français à l'ère de la contractualisation », in « *La contractualisation de la production normative* », Paris, Dalloz, 2008, 352 p.
- COMBACAU (J), SUR (S), *Droit international public*, 10e éd., Domat, Paris, Montchrestien, 2012, 820 p.
- CORNU (G) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10e éd. 2014, 1100 p.
- CORNU (G), *Vocabulaire Juridique* Association Henri Capitant, 9e éd. PUF, coll. « Quadrige », 2011, 1093 p.
- De BECHILLION (M), *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998, 298 p.
- DELCOURT (B), *Droit et souverainetés*. Analyse critique du discours européen sur la Yougoslavie, Bruxelle, Bern, Berlin, Frankfort/M, New York, Oxford, Wien, P.I.E-Peter Lang, 2003, 490 p.
- DEUMIER (V-P) et REVET (T), « Ordre public », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris 2003, 1650 p.
- ERMOUT (A) et MEILLET (A), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4e éd., Paris, 1985, 833 p.
- FABRY (Ph), *L'Etat royal : Normes, justice et gouvernement dans l'œuvre de Pierre REBUFFE* (1487-1557), PUT 1 Capitol, LGDJ, 2015, 557 p.
- GUILLIEN (R) et VINCENT (J), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16ème éd. 2007.
- GUINCHARD (S) (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », 2008, *La Documentation française*, 2008, 344 p.
- GUINCHARD (S), CHAINAIS (C) et FERRAND (F), *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, LGDJ, 2017, 864 p.

- GUINCHARD (S) et DEBARD (Th) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, 23ème éd. Dalloz, 2015-2016, 1070 p.
- HAENEL (H) et FRISON-ROCHE (M.-A), *Le juge et le politique*, PUF, mars 1998, 272 p.
- HAURIOU (M), *Principe du droit public*, 2 ème éd., Paris, Sirey, 1916, 357 p.
- HERON (J) et Le BARS (Th), *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2010, 4e éd., n° 410, p. 346.
- HINSLEY (F.H), *Sovereignty* Cambridge, CUP, 2nd éd, 1986, 268 p.
- MAGDLAIN. (A), *Jus imperium auctoritas*. Etude de droit romain, école française de Rome, 1990, 795 p.
- JEULAND (E), *Droit processuel général*, LGDJ, 3e éd., 2014, 734 p.
- JULIEN (P), *Procédure civile*, LGDJ, oct. 2014, 496 p.
- KASER (M), HACKL (K), *Das romische zivilprozessrecht*, 2e éd, Munich, 1996, n°10, pp. 52 à 56.
- LAINE (M), « Contrat » in Dictionnaire amoureux de la liberté, 2016, Plon, 848 p
- LALANDE (A), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, 1376 p.
- LEGEAIS (D), *Droits des sûretés et garantie du crédit*, 10ème éd. Paris, L.G. D.J., 2015, 508 p.
- LOUSSOUARN (Y) et BOUREL (P), Droit international privé, 6e éd., Dalloz, 1999, n° 130 et s., p. 128.
- LEVY-BRUHL (H), *Recherches sur les actions de la loi (tome XIX des publications de l'Institut de Droit romain de l'université de Paris)*, Paris, Sirey, 1960, vol 1, 348 p.
- MAIROT (J-C), *Histoire de l'impôt : Théorie de l'impôt*, Universalis, version numérique.
- MICHALET (C.A), *Le capitalisme mondial*, Paris, PUF, « en liberté », 1976, 368 p.

- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois, live XXIX*, chapitre XVI « chose à observer dans la composition des lois », éd. Gallimard, Paris, 1995, 560 p.
- MOTULSKY (H), *Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU et J. FOYER, Dalloz, tome 1, 1973, 392 p.
- MOUSSERON (J-M), *Technique contractuelle*, éd. Lefrebvre, Paris 1988, 730 p.
- NGOUMTSA ANOU (G), *Droit OHADA et conflits de lois*, tome 543, LGDJ, 2013, 456 p.
- PAINE (Th), *Théorie et pratique des droits de l'homme*, Hachette, 1792, 506 p.
- PALLARD (H) et TZITZIS (S) (textes recueillis et présenté par), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, 173 p.
- PERROT (R) et THERY (Th), *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3e éd., 2013, 1094 p.
- PETEL (Ph) et *alii*, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10ème éd., 2015, 852 p.
- RANGEON (F), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, 246 p.
- RIVIER (M-C), *in* Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.
- ROLAND (H), *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2016, 7ème éd, 466 p.
- ROUSSEAU et LAISNEY, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure*, ROUSSEAU éd. 1983, 787 p.
- SERAGLINI (Ch), BEGUIN (J), MENJUCQ (M), *Droit du commerce international*, LexisNexis Litec 2005, 1119 p.
- SEUBE (J-B), *Droit des sûretés*, Dalloz, 5ème éd. 2010, 268 p.
- SUPIOT (A), *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, 334 p
- SCHMALTZ (B), *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, 2016, 580 p.

- VERHOEVEN (J) (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, Bibliothèque de l'institut des hautes études internationales de Paris, LGDJ, 283 p.
- VILLEY (M), Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962, pp. 20-21.
- VINCENT (J), GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G) et VARINARD (A), *La justice et ses institutions*, Dalloz, 1996, 4ème éd, 867 p.
- VUITTON (X), *Le procès équitable, l'article 6 §1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, 1re éd. LGDJ, 2017, 208 p.
- VON JHERING (R), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement (trad. O. DE MEULAERE.)*, 3ème éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1887, version numérique.
- VON PLANTA (R), *Grammatik der oskisch-umbrischen Dialekte*, Strasbourg, 1892, 798 p.

II. OUVRAGES SPECIALISES

- BAHMAEI (A), *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. Droit français, anglais et suisse*, préf. BEGUIN (J), LGDJ, 2002, spéc. n° 26, p. 19.
- BOLLEE (S), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. P. MAYER, *Economica*, 2004, spéc. n° 275, 428 p.
- CADIET (L) et alii, *Médiation et Arbitrage, Alternative dispute resolution*, Litec 2005.
- CHEDLY (L), *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Préf de MEZIOU (K), éd CPU, 2002
- CLAY (Th.), *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, 930 p.
- CLAY (Th), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, 272 p.

- COLSON (R), *La fonction de juger : Etude historique et positive*. Fondation Varenne. LGDJ, 2006, pp.348.
- De BOISSESON (M), *Le droit français de l'arbitrage interne et international,* préface de P. BELLET, 2e éd, Paris, GNL, 1990, 1948 p.
- De FONTMICHEL (M) (dir) et JOURDAN-MARQUES (J), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, 248 p
- DE LOYNES DE FUMICHON (B) et IMBERT (M), « L'arbitrage à Rome », *Rev*. *arb*. 2003, pp. 285 à 348.
- FENEON (A), POUGOUE (P-G) et TCHAKOUA (J-M), Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, PUA, 2000, 506 p.
- FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec-Delta, 1996, 1225 p.
- GAVALDA (C) et De LEYSSAC (C-L), in « L'arbitrage », Dalloz, 1993, 126 p.
- HENRY (M), Le devoir d'indépendance de l'arbitre, LGDJ, 2001, 404 p.
- ISSA-SAYEGH (J), Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, 816 p.
- JARROSSON (Ch), La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, 407 p.
- LOQUIN (E), L'arbitrage du commerce international, Joly éd, juillet 2015, 464 p.
- LOQUIN (E), « Le juge et l'arbitre », S. BOSTANJI (S) (dir), HORCHANI (F), Manciaux (S), A. Pedone éd. 2014, 370 p.
- MARTINO (P), Arbiter, Rome, 1986, 128 p.
- MCGREGOR (E), L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissement, LGDJ, 2015, 520 p.
- MEYER (P), OHADA : droit de l'arbitrage, Bruylant, 2001.
- MOTULSKY (H), Etudes et notes sur l'arbitrage, Ecrits, t. 2, Dalloz, 1976, 542 p.
- NAMMOUR (F), Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, Bruylant, Delta, LGDJ, 2ème éd, 117 p.
- OPPETIT (B), Théorie de l'arbitrage, PUF, 1998, 127 p.

- POUDRET (J-F), BESSON (S), Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, 1179 p.
- REDFEM (A) et HUNTER (M), avec le concours de SMITH (M)., Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2e éd., traduction E. ROBINE, LGDJ, 1994.
- SERAGLINI (Ch), Lois de police et justice arbitrale internationale, préf. P. Mayer, Dalloz, 2001, spéc. n° 375, p. 181.
- SERAGLINI (C), ORTSCHEIDT (J), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Lextenso éd. 2013, 941 p.
- SHORE (L), SMIT (H), *Arbitration Rules, International Institutions*, 3rd éd., Juris Publishing Inc., 2010, 700 p.

III. THESES ET MEMOIRES

- BECQUE-ICKOWICZ (S), *Le parallélisme des formes en droit privé*, Thèse, Panthéon-Assas, Paris II, 2004, 490 p.
- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (L), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Thèse, Université Versailles, Saint Quentin en Yvelines, 2010, 782 p.
- BOUCARON-NARDETTO (M), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage.* Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 2011, 680 p.
- COURT DE FONTMICHEL (M), *Le faible et l'arbitrage*, Thèse de droit privé. Université de Versailles-Saint-Quentin, 2011, 510 p.
- DAGBEDJI (O.G.C), *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales*, Thèse, Université de Lyon Jean MOULIN et d'Abomey-Calavi, janvier 2018. 429 p.
- GOUBINAT (M), *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse Grenoble, 2016, 416 p.

- JACQUEMIN (H), *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Thèse de droit privé, Bruxelles, Larcier, 2010, 584 p
- JEANCLOS (Y), *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XIIe au XVe siècle*. Thèse Dijon, 1977, 347 p.
- LAHER (R), *Impérium et Jurisdictio en droit judiciaire privé*, Thèse de Droit soutenue le 2014 Paris Est, 1046 p.
- MELLIN (P-Y), *CIRDI gardien des droits fondamentaux des multinationales*, Master 2 carrière internationale, 2012.
- NERVE (F), *Essai sur la déjudiciarisation en droit civil, Thèse de droit*, Université de Limoges, 2013, 342 p.
- NGUEGUIM LEKEDJI (F), *Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, mémoire master 2 contentieux et arbitrage des affaires, université catholique d'Afrique centrale, 2007, 115 p.
- OLLAT (C), *L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique étatique : étude comparée des droits français, américain et suisse*, mémoire master 2, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2016, 72 p.
- PROUST (J), *L'arbitrage CIRDI face aux droits de l'homme*, thèse 2013, Paris I, Panthéon, Sorbonne, 2013, 475 p.
- REICHLING (N). *Les principes directeurs du procès civil dans l'Espace judiciaire européen*. Thèse de Droit. Normandie Université, 2017, 427 p.
- ROUABAH (H), *L'Aménagement de l'unité du patrimoine : proposition d'un statut de l'entrepreneur individuel*, Thèse de doctorat, droit privé, Lyon 3, 2012, 465 p.
- SAUGEZ (H), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse en Droit public, Orléans, 2012, 441 p.
- TOMANDJI. N (P.O), *L'éthique dans l'arbitrage international*, Thèse, UPVD, 2017, 305 p.
- VERGES (E), *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique*, Thèse, Aix-Marseille, 2000, 551 p.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES, COLLOQUES ET RAPPORTS

- ABDOULLAH (C), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *Revue internationale de droit économique*, De boeck Supérieur, 2004/2 (t. XVIII, 2), pp. 197-225.
- AIVO (J-F), « Le mot révision de la constitution sent le souffre », Le point Afrique, http://afrique.lepoint.fr/actualites/frederic-joel-aivo-le-mot-revison-de-la-constitution-sent-le-souffre-15-07-2016-20545932365 .php.
- AKA (N), « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », *revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 93. OHADA D-11-37.
- ALLECHI (D), *La visioconférence et les autres moyens de télécommunication en droit Ohada*, 28/06 2018.
- AMOUSSOU-GUENOU (R), « L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international », *LPA* 7 déc. 1998, n° PA199814603, p. 8.
- AMRANI-MEKKI (S), « Chantiers de la justice- premières réactions aux chantiers de la justice, Transformation numérique, Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions », *Gaz. Pal.* 6 févr. 2018, n° 5. p. 67-71.
- ANCEL (J-P), « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 161.
- ANCEL (J.P), *in* « Le contrôle de la sentence », Recueil des actes du colloque sur « L'ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Yaoundé 13-14 décembre 1999 éd. Bruylant – Bruxelles 2000 sous la direction de Ph. FOUCHARD, pp. 189-201.

- ANCEL (J-P.), « L'actualité de la clause compromissoire », *Travaux du comité français de droit international privé*. 1991-1992, pp. 75-119.
- ANCEL (J-P.), « L'arbitrage et la coopération du juge », *Revue Penant* numéro spécial, n° 833, mai à août 2000, pp. 170-187.
- AQUEREBURU (A-C), « L'Etat, justiciable de droit commun dans le traité de l'OHADA », *Penant*, n° 865, 2008, pp. 503 et s.
- AUDIT (M), « Le recours contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb*. 2004, p. 541-564.
- BA (A), « La coopération du juge étatique dans le déroulement de la procédure arbitrale », *in* Le nouveau droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, séminaire international Cour d'arbitrage Cote d'ivoire, Abidjan, 10-12 août 2000
- BACHAND (F), « Les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux », 3ème congrès *l'AHJUCAF*, « Internationalisation du droit, internationalisation de la justice », 21-13 juin 2010, Cour suprême du Canada, Ottawa. p. 59.
- BARLOW (M) et JENNAR (R-M), « Le fléau de l'arbitrage international », *in Le Monde diplomatique*, févr. 2016. https://www.monde-diplomatique.fr/2016/02/BARLOW/54744.
- BASSIROU. BALDE (M)., « L'instance arbitrale : procédure », *LEDAF* mai 2018, n° 111h1, p. 5.
- BASTIN (L), « Amici curiae in investor-State arbitration : eight recent trends », *Arbitration International*, 2014, vol. 30, n° 1, p. 140.
- BAYO BYBI (B), « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », *penant*, n° 876, juil-sept. 2011, p. 361, D-12-75.
- BERTIN (P), « L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale », *Rev. arb*. 1982, pp. 331 et s.
- BOLARD (G), « Les faits tirés du dossier », *in Etudes offertes à J. Normand. Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 43-50.
- BOEGLIN (N), « Argentine : Vers un nouveau retrait du CIRDI ? », *Comité pour l'abolition des dettes illégitimes*, 9 mai 2012.

- BOULANGER (J), « Principes généraux du droit et droit positif », *in le droit privé français au XX ème siècle. Etudes offertes à G. RIPERT*, tome 1, LGDJ, 1950, p. 51 et s
- BOURCARON-NARDETTO (M), « L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage », *Gaz. Pal*. 28 déc. 2013, n° 156d3.
- BOURGEOIS (B), « ***2*** *- Kant et les droits de l'homme* », dans *Philosophie et droits de l'homme*. sous la direction de BOURGEOIS Bernard. Paris, Presses Universitaires de France, « Questions », 1990, p. 33-48.
- BREDIN (J-D), *«* La révélation. Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français *», Etudes des procédures et d'arbitrage. Mélanges Jean-François Poudret*, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 349.
- CADIET (L), « une justice contractuelle, l'autre », *in Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à jacques GHESTIEN*, Paris, LGDJ., *Coll. Anthologie du droit*, 2015, p. 186.
- CADIET (L), « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *in Etudes offertes à J. Normand. Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 71, spéc. n° 19, p. 90.
- CADIET (L), « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb*., 1996. P. 3.
- CARLEVARIS (A), « Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et conservatoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien », *Cah. arb*., vol. I, *Gaz. Pal*., 2002, p.140.
- CAVALIEROS (Ph), « L'UE part en guerre contre l'arbitrage d'investissement », Les echos.fr, 26/03/2018.
- CAVALIEROS (Ph), « La confidentialité de l'arbitrage », *Cah. arb*. , vol. III, Gaz. Pal., 2005, p. 6.
- CAZALA (J), « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *in Annuaire français de droit international*, volume 58, 2012. pp. 551-565.

- CHAZAL (J-P), « L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique », *RDC* 2004, n° RDCO2004-3-003, p. 621.
- CHEVALLIER (J), « Réflexion sur l'idéologie de l'intérêt général », *in* Centre universitaire de recherche sur l'action publique et le politique, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Presses universitaires de France 1978, p. 11-45.
- CHEVALLIER (J), « La police est-elle encore une activité régalienne ? », *Archives de politique criminelle*, n° 33, 2011, p. 13-27.
- CHONG (E), HUET (F), « Partenariat public-privé et investissements de fin de contrat : le cas de l'eau en France », *Recherches économiques de Louvain* 2010/4 (Vol. 76), p. 413-448.
- CLAY (Th), « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. arb*. 2011, p. 331, spéc. n° 21 et s.
- CLAY (Th), « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 443, spéc. p. 497.
- CLAY (Th), « Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique », *in les arbitres internationaux, Société de législation comparée*, 2005, pp. 13-31.
- CLAY (Th), « L'enseignement et la recherche en droit de l'arbitrage », *CAPJA, Cah. arb*. n° 3, 2017, p. 419.
- COHEN SMUTNY (A) et YOUNG (K-M), « Confidentialité et Etats », *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI,* 2009, suppl. spéc, p. 79-80.
- COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU PARLEMENT EUREUPEEN, rapporteur Emil RADEV, *Projet de rapport contenant des recommandations à la commission relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union Européenne*, 2015/2084 (INL), PE 593.974, 10 fév 2017.
- CONSEIL D'ETAT, « *L'intérêt général* », rapport public, Paris, la documentation française, « Etudes et documents », 1999, n° 50, p. 239-357.

- CORNU (G), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », *in Etudes P. Bellet*, Litec, 1991, pp. 83 et s.
- CRESSEY (D) et DERMOTT (R.Mc), « Diversion : Background and définition », *in* CARTER (R) et KLEIN (M), Back on the street : The diversion of the juvenile offenders, New-Jersey, *Prentince Hall*, inc., 1976. pp. 145-201.
- DAVID (R), « L'arbitrage dans le commerce international », *RIDC*, n° 4, 1982, p. 240.
- DEBLOCK (C), « 17. Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », *La question politique en économie internationale.* La Découverte, 2006, pp. 248-260.
- De la PRADELLE (G), « La banalisation de la partie publique à l'arbitrage commercial international impliquant un Etat », *Gaz. Pal*., n° 118, 28 avril 2005, p. 5.
- DELCOURT (B), « Le principe de souveraineté à l'épreuve des nouvelles formes d'administration internationale de territoires », *Pyramides, revue du Centre d'Etudes et de recherches en Administration publique*, sept. 2005, p. 87-110.
- DELVOLVE (J-L), « Vraies et fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb*. 1996, p. 373.
- DELVOLVE (J-L), « L'arbitrage et les tiers : III. – Le droit de l'arbitrage », *Rev. arb*., 1988, vol. III, pp. 501-556.
- De LOYNES de FURNICHON (B) et IMBERT (M), « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb*, 2003, p. 26.
- DERAINS (Y), « L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte », *Cah. arb*., vol. II, *Gaz. Pal*. éd., 2004, p. 74.
- DIMOLITSA (A), « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », *Rev. arb*. 1998, pp. 305-357.
- DJOGBENOU (J), (dir.), *La gouvernance par l'exemple : contribution programmatique sur l'Etat de droit et de la justice,* Cotonou, COPEF, 128 p.

- De SABA (A.A), « Le recouvrement de la dette publique intérieure dans les Etats de l'OHADA », *Revue de l'ERSUMA, droit des affaires, pratique professionnelle,* n° 3, septembre 2013, Etudes. http://revue.ersuma.org/no-3-septembre-2013/etudes-27/Le-recouvrement-de-la-dette consulté le 01/09/2018 à 7h39.
- DZAKA-KIKOUTA (Th), « L'investissement chinois en Afrique centrale », *Outre-terre*, vol. 30, n° 4, 2011, pp. 207-226.
- EISEMANN (F), « La clause d'arbitrage pathologique », in *Etudes Minoli*, 1974, pp. 129 et s.
- FAGES (F), « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. arb*. 2003, p. 5.
- FERNANDEZ-ARMESTO (J), « transparence », *in Cah. arb.* 2012, p. 583.
- FERNANDEZ ROZAS (J-C), « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCDAI* 2001, pp. 9- 224.
- FLECHEUX (G), « La preuve dans les arbitrages internationaux », *in L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Etudes offertes à A. Plantey*, Pedone, 1995, p. 321-329.
- FONTAGNE (L) et LORENZI (J-H), *Désindustrialisation, délocalisation,* rapport du conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2006.
- FOUCHARD (Ph), « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », *Ecrits. Droit de l'arbitrage*. Droit du commerce international, *Comité français de l'arbitrage*, 2007, p. 429.
- FOUCHARD (Ph), « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb*. 1996, p. 325, reproduit *in Ecrits, CFA*, 2007, p. 147.
- FOUCHARD (Ph), « La coopération du président du TGI à l'arbitrage », *Rev. arb*., 1985, pp. 5 et s.
- FOUCHARD (Ph), *in* « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb*, 1985, pp. 5 et s.

- FOUCHARD (Ph.), « Le juge et l'arbitrage », XI° colloque des institutions d'études judiciaires, Dijon, octobre 1977, rapport général, *Rev. arb*. 1980, p. 146.
- FOUCHARD (Ph), « Débat : la naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement ? », *in Revue camerounaise de l'arbitrage,* numéro spécial, octobre 2001, p. 52. ohadata D-08-42, p. 8.
- FRANCESCAKIS (Ph), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit*. 1966, p.1
- FRICERO (N), « L'arbitrage à l'aune de la convention européenne », *in L'arbitrage. Questions contemporaines*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 47 et s.
- GAILLARD (E), « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI ». *Chronique des sentences arbitrales* ». *Journal du droit international*, 2002, n° 1, p. 194-195.
- GAILLARD (E), « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb*, 2007, pp. 697 et s.
- GAILLARD (E) et De LAPASSE (P), « Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. arb. 2011*, p. 263, spéc. n° 43.
- GALLIE (W. B), « Essentielly Contested Concepts », *in Proceding of the Aristotelian Society*, 1956, vol. LVI, p. 167-198.
- GALLMEISTER (I), « Attentat du DC 10 d'UTA : immunité de juridiction de l'Etat libyen », D., n° 13, 31 mars 2011, p. 890.
- GARA (N), « Les difficultés de constitution du Tribunal Arbitral », *in Le juge et l'arbitrage*, BOSTANJI (S), HORCHANI (F) et MANCIAUX (S) (dir.), Pedone, 2014, 370 p.
- GAUMET (Y), « Arbitrage et droit public », *Dr. et patrimoine*, n° 105, juin 2002, p. 83.

- GBAGUIDI, OCHOZIAS (A), « Cinquante ans d'intégration régionale en Afrique : un bilan global », *Techniques Financières et Développement*, vol. 111, no. 2, 2013, pp. 47-62.
- GILL (J). QC, TAWIL (G-S) et KREINDLER (R), « The 2010 Revisions to the IBA rules on the taking of Evidence in International Arbitration », *Cah. arb*. 2011, p. 23.
- GRANDJEAN (J.P) et FOUCHARD (C), « Le choix de l'arbitre : De la théorie à la pratique », *Cahier de droit de l'entreprise*, juillet-août 2012, n° 4, p. 37.
- GRIMALDI (M), DUPICHOT (Ph), « *Durée et Sûretés* », *RDC* 2004, pp. 95 et s.
- GUERIF (I), « L'évolution et l'avenir de l'arbitrage professionnel », Dossier : L'avenir de l'arbitrage, point de vue, *La lettre de la chambre arbitrale international de Paris*, juin 2014, n° 5. Version numérique sur new letter CAIP 2014.
- GUIGOU (E), « La justice, service public », *Après-demain,* vol. n° 15, nf, n° 3, 2010, pp. 8-11.
- GUINCHARD (S), « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *in Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion,* Dalloz, 2000, p. 1135, spéc. n° 1287, p. 1184.
- GUINCHARD (S), « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », Rép. Dalloz Proc. civ. mai 2003, n° 207.
- HASCHER (D), « Le juge d'appui », *in* CADIET (L), CLAY (Th) et JEULAND (E) (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Justice alternative ou alternative à la justice ? Perspectives comparatives*, LexisNexis, coll. Pratique professionnelle, 2005, 442 p.
- HASCHER (D), « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », *Rec. Cours La Haye*, 1999, spéc. p. 133-260.

- HEUMAN (L) et JARVIN (S), The Swedich Arbitration Act of 1999 Five years on : A Critical Review of Strenghts and weaknesses, Symposium *Proceeding, University of Stockholm,* October 2004-2006, p. 171, spéc. 195.
- HORY (A), « Mesures d'instructions in futurum et arbitrage », *Rev. arb*. 1996, p. 191, spéc. n° 2, p. 191.
- ISSA-SAYEGH (J), « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999-12, p. 5 et s., not. n° 46 à 49.
- ISSA-SAYEGH (J), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage OHADA », texte d'une communication paru *in revue camerounaise de l'arbitrage,* numéro spécial, octobre 2001, p. 22, ohadata 02-20, p. 3.
- ISSA-SAYEGH (J), « Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés », *in* J. ISSA-SAYEGH (coord.), *OHADA-Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 2016, p. 881.
- JACOB (P) et LATTY (F), « Arbitrage transnational et Droit international général », *annuaire français de droit international,* vol. 58, 2012, pp. 605-652.
- JACQUET (J.M), « La CNUDCI et l'autonomie de la volonté », *LPA* 18 déc. 2003, n° PA200325211, p. 70.
- JAMES (A), « The practice of Sovereign Statehood in contemporary International Society », in R. Jackson (éd), *Sovereignty at the Millenium*, Oxford, Blackwell, pub., 1999, pp. 35-51.
- JARROSSON (Ch), « L'expertise juridique », in *Liber Amicorum Claude Reymond autour de l'arbitrage,* Litec, 2004, 380 p.
- JARROSSON (Ch), PELLERIN (J), « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb*. 2011, pp. 5-89.
- JARROSSON (Ch), « L'acceptabilité de la sentence », *Rev. arb*. 2012-04-793 et s. spéc. 802.
- JARROSSON (Ch), « Réflexion sur l'imperium », *in Etudes offertes à Bellet*, Litec, 1991, pp. 245-279.

- JARVIN (S), « L'obligation de coopérer de bonne foi, Exemple d'application au plan de l'arbitrage international », *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, *Pub*. CCI, n° 440/1, 1986, p. 157, spéc. p. 175.
- JARVIN (S), « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev*. *arb*. 1998, p. 611.
- JEAMMAUD (A), « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », *in* S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit*, Economica 2008, p. 49-74.
- JESTAZ (Ph), « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », *in Autour du droit civil, Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, pp. 225 et s.
- KAHN (Ph), « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, n° 2, 1965, pp. 338-390.
- KAMTO (M), « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », in Ph. FOUCHARD (dir.), L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 99-100.
- K.ENFACK DOUAJNI (G), « Débat : la naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement ? », *in Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 52. ohadata D-08-42, p.7.
- KENFACK-DOUAJNI (G), « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 18, 2002, pp. 10-11.
- KENFACK-DOUAJNI (G), « Arbitrage et investissement dans l'espace OHADA », *Rev. arb*., n° 37, 2007, pp. 8 et s.
- KENFACK. DOUAJNI (G), « Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement », *RJPIC*, 1998, p. 39.

- KENFACK. DOUAJNI (G), « Les innovations du Traité OHADA révisé », *Revue de droit uniforme africain*, n° 000-09/08/2010. p. 4. file:///C:/Users/Asus/Downloads/D-13-58.pdf
- KENFACK DOUAJNI (G), « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 12, janvier-février-mars 2001, pp. 3-13.
- KENFACK DOUAJNI (G), « Le contentieux de l'exécution provisoire dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 16-janvier-février-mars 2002. p. 1, ohadata D-08-96.
- LAFONT. (S), « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. Arb.*, 2000, pp. 557 à 590.
- LAITHIER (Y-M), « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC*, 2013, pp. 410 et s.
- LANNEAU, « L'interdisciplinarité comme questionnement », *RRJ*, n° 2, 2014, pp. 557-562.
- LAPLANTE (J). Actualités bibliographiques : la déjudiciarisation : sa portée au niveau communautaire (aux Etats-Unis). In: *Déviance et société*. 1977 - Vol. 1 - N°4. pp. 459-470.
- La ROSE (C), « Introduction. Développement et inclusion : Le défi de notre temps », *revue interventions économiques*, n° 56, 2016. Version numérique.
- LAURIOL (T), « Débat : la naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement *?* », *in Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 52. ohadata D-08-42, p. 6.
- LAZAREFF (S), « Le juge et l'arbitre », *Gaz. Pal.* 16 déc. 2008, n° GP20081216001, p. 3.
- LAZAREFF (S), « Les MARC en OHADA », *Journal africain du droit des affaires*, 2011-1, p. 7.
- LEBEN (Ch), « L'arbitrage par le tribunal rabbinique appliquant le droit hébraïque », *Rev. Arb.*, 1990. p. 281.
- LEBOULANGER (Ph), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb*, 1999, n° 3, P. G. POUGOUE, « Le système d'arbitrage de

la CCJA », *in* « L'OHADA et les perspective d'arbitrage en Afrique », Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129.

- LEVINET (M), « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », Revue française de droit constitutionnel, 2011/2 (n° 86), p. 227-263.
- LEYDOUX (P), « L'arbitrage interne, un autre territoire à conquérir pour les avocats », in Cah. arb. 3e éd. 2017. https://e-services.avocat.fr/sources/Cahiers/1.Juridique/Cahiers-thematiques/CNB-2017-10_ARB_Les-cahiers-de-l-Arbitrage-3e-ed.pdf.
- LIBCHABER (R), « Eclairage. Feu la théorie du patrimoine », *Joly*, 1er avril, 2010, pp. 316 et s.
- LICARI. (F. X.), *L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations*, *Rev. Arb*, 2013, n°1, p. 57.
- LOQUIN (E), « Arbitrage-Institutions d'arbitrage », *J. Cl. Proc. Civ., fasc.* 1002, n° 38 et s.
- LOQUIN (E), « Perspectives pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.* 1992, pp. 321-349.
- LOQUIN (E), « Les garanties de l'arbitrage », *in* L'arbitrage : une question d'actualité, *LPA*, n° 197, n° 13, p. 14.
- LOQUIN (E), « Arbitrage-Compromis et clause compromissoire », *J. Cl. Proc. civ. fasc*. 1020, n° 129.
- LOQUIN (E), (dir)., propos introductif de l'ouvrage *L'ordre public et l'arbitrage*, actes du colloque des 15 et 16 mars 2013 à Dijon.
- LORGEOUX (J), BOCKEL (J-M.), L'Afrique est notre avenir, Rapport d'information n° 104 (2013-2014), *commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat*.
- LUDET (D) et ROUSSEAU (D), « La justice, un pouvoir de la démocratie », *Tribune de Libération*, 21 mars 2018, version numérique.
- MAC-NEIL (I. R), The new social. An inquiry into modern contractual relations, *New Haven & Londres, Yale Univ, press.*, 1980.

- MADIES (Th), « Mondialisation des échanges et emploi dans les pays industrialisés », *Cahier français*, n° 341, novembre-décembre 2007, pp. 90-95.
- MAGDELAIN (A), « Aspect arbitraux de la justice civile archaïque à Rome », *RIDA*, 27, 1980, p. 205-281.
- MAISONNEUVE (M), « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Rev. arb*. 2011, p. 831.
- MANCIAUX (S), « Le Venezuela se retire du CIRDI », *Rev. arb*., 2012, n°1, pp. 215-221.
- MARINI (P) et FAGES (F), « Le centre européen de règlement des différends financiers, Euroarbitrage », *Euredia* 2001-2002/1.
- MARTEL (D), « Haro sur les clauses de renonciation à l'immunité d'exécution ! », D., n° 25, 11 juil. 2013, p. 1730.
- MASSAMBA (R) et POUGOUE (P-G.), « Attractivité économique du droit OHADA », *in* POUGOUE (P-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, 2174 p.
- MAYER (P), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat », *in Choix d'articles de Pierre MAYER*, Paris, LGDJ, 2015, pp 243 et s.
- MAYER (P), « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », *in Etudes de procédure et d'arbitrage. Mélanges Jean-Frainçois POUDRET*, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 437, spéc. n° 14, p. 449.
- MAYER (P), « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb*. 1998, pp. 351 et s..
- MAYER (L), « les déjudiciarisations opérées par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Gaz. Pal*. 31 janv. 2017, n° 285c4, p. 59.
- MBAYE (K). « Avant-propos sur l'OHADA », Recueil *Penant*, numéro spécial OHADA, n° 827, 1998, pp. 125-128.
- MEKOBE SONE (D), « le rôle du juge », *in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, P. FOUCHARD (dir.), Bruyant, Bruxelles 2000. p. 187.

- MENETREY (S), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. arb.*, 2012, n° 1, p. 39-43.
- MEUKE (B-Y) et KONATE (M.I), « Brèves observations sur l'exécution des sentences arbitrales rendues contre un Etat partie au traité OHADA », http://www.jurifis.com/wp-content/uploads/2014/06/Rev_Jurifis_Info_N_8.pdf ohadata D-10-63.
- MOTULSKY (H), « La nature juridique de l'arbitrage », *in Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 5 et s.
- MOTULSKY (H), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, chron. XXXIV, pp. 235-246.
- MOTULSKY (H), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz 2010 pp. 275-304.
- MOULOUL (A), « L'arbitrage dans l'espace OHADA », conférence internationale sur le droit des affaires de l'OHADA, *maison du droit vietnamo-française*, Hanoi, le 28 janvier 2010, Ohadata D-10-12.
- MOURRE (A), « Are amici curia the proper response to the public's concerns on transparency in investment arbitration ? » *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, vol. 5, n° 2, p. 257-271.
- MOUSSA (T), «L'exequatur des sentences arbitrales internationales », *Gaz, Pal*, 14 avril 1992, p. 275.
- MURRAY (R), « Internationalization of capital and the Nation-State », *in the Multinational Entreprise*, DUNNING JOHN (dir), Londres, Allen & Unwin, 1971.
- NDEYE COUMBA (N), « Le statut de l'arbitre dans la réforme de l'arbitrage en droit Ohada », *LEDAF* mai 2018, n° 111h0, p. 5.
- NEJLSKY (P), « Diversion : The promise and the danger », *Crime and Delinquency* 1976, XXII, 4, pp. 393-410.

- N'GOUIN CLAIH (L-M), « l'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours », ohadata D-07-11, p. 6.
- NGWANZA (A), « Ohada/Ohada », *CAPJA* n° 1, 2017, 123 p.
- OKILASSALI (M), «L'arbitrage dans le droit du Congo Brazzaville, à l'intérieur de l'espace OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n°20-janvier-février-mars 2003, p. 3, ohadata D-08-49.
- OPPETIT (B), « Philosophie de l'arbitrage commercial international », *JDI*, 1993, p. 811, spéc., p. 814.
- OPPETIT (B). Le développement des règles matérielles. *In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série, 1988. Journée du Cinquantenaire. pp. 121-139.
- ORTSCHEIDT (J), « Le juge d'appui, les principes directeurs du procès et l'indépendance de l'arbitre », note sous Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *Rev. arb.* 2007, p. 463, spéc. p. 465.
- OUERFELLI (A), « L'exécution des sentences arbitrales étrangères dans les pays du Maghreb », *Revue tunisienne de l'arbitrage*, n°5, 2008, p. 133.
- PACTEAU (B), « Arbitrage-arbitrages spéciaux-arbitrage en droit administratif », *J. Cl. Proc. civ.*, fasc. 1048, spéc. n° 6 et s.
- PARK (W.W), « Arbitration Autumn », *J. Int. Dispute Settlement* , 2011, p. 287.
- PAULSSON (I), « Ethics, Elitism, Eligibility», *J. Int'l. arb.*, Déc. 1997, n° 13, pp. 13-21.
- POMMIER (M), « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *Clunet*, 1992, p. 5, spéc. n° 37, p.35.
- PONTIER (J-M), « Codification et évolution du droit du patrimoine », *AJDA*, II, 2004, p. 1337.
- PORTALIS, Discours préliminaire au Code civil (1801), version numérique.
- POUGOUE (P-G), « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA », *Juridis Périodique*, n° 65, janv-fév-mars 2006, p. 99.

- POUGOUE (P.-G), « L'arbitrage dans l'espace OHADA », *RCADI*, t. 380, 2016, p. 109-210.
- PRUJINER (A), « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb*, 2005, n° 1, p. 98.
- RACHDI (N), « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in *le juge et l'arbitrage,* acte de colloque de Tunis, S. BOSTANJI, F. HORCHANI et S. MANCIAUX (sous la dir.), Pedone, 2013, p. 69.
- RACINE (J-B), « La transformation d'un arbitrage institutionnel en un arbitrage ad-hoc sous la houlette du juge d'appui », note sous TGI Paris, 22 janv. 2010, *Rev. arb*. 2010. P. 571, spéc. p. 583.
- RACINE (J-B), CLAY (Th) (dir), « Le nouvel arbitre », le in Nouveau droit français de l'arbitrage, Lextenso éd., 2011, p. 117 et s.
- REINER (A), « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », *JDI* 1998, p. 853, spéc. p. 864
- REYMOND (Cl), « Le président du tribunal arbitral », *in Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, pp. 480
- ROUHETTE (G), « La révision conventionnelle du contrat » *in Revue internationale de droit comparé,* Vol. 38, n° 2, avril-juin 1986. Etudes de droit contemporain. Contribution française au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986), pp. 369-408.
- RUHLMANN (F) et GUTKES (O), « L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux : Remèdes souhaitables », *RDAI* 1995, p. 437, spéc. p. 454.
- SAUVE (J.M), « *Quelle souveraineté juridique pour les Etats et pour l'Union ?* », Intervention à l'occasion de la conférence inaugurale du cycle des « Entretiens sur l'Europe » organisé par le conseil d'Etat, 21 octobre 2015, version numérique.
- SAWADOGO (F-M), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA commentaire de l'arrêt de la CCJA du 7 juil.

2005, affaire Aziablévi YOVO et autres c. Société TOGO TELECOM », *Revue camerounaise de l'arbitrage,* numéro spécial, février 2010, p. 246. Ohadata-D-11-43.

- SCALBERT (H) et MARVILLE (L), « Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev. arb.* 1988, p. 117-135.
- SEVERINO (J-M), « La situation des pays en voie de développement », *Les tribunes de la santé*, vol. 21, n° 4, 2008, pp. 31-39.
- SOCKENG (R), « Les effets de la convention d'arbitrage en droit camerounais », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 4, janv-fév-mars 1999, p. 10.
- SOSSOU BIADJA (C.J), *L'Acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale. Approche comparée de droit international privé*, se, Genève/Zurich, Schulthess éditions romandes, Coll. Genevoise, 2016, pp. 180-181.
- SUPIOT (A), « La contractualisation de la société », *in* « Qu'est-ce que l'humain ? », Odile Jacob, 2000, Tome 2, pp. 157-167.
- « L'espace OHADA », *CEFAREA-ARIAS*, n°19-2017, p. 21.
- STERN (B), « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. arb*, 2000, n° 3, pp. 403-427.
- TCHAKOUA (J-M.), « Convention d'arbitrage », *in* P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, 2174 p.
- TCHAKOUA (J-M.), « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : Regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais », *RASJ*, Vol. VI, n° 1, 2009, p. 1 et s.
- TCHAKOUA (J-M), « Convention d'arbitrage », *in* P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Paris, 2011, p. 586.
- TERCIER (P), « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011, n° 3, p. 653-668.
- TERRE (F), « L'internationalité du juge dans l'arbitrage », *in L'internationalité dans les institutions et le droit*. Convergences et défis, *Mélanges Alain Plantey*, Paris, A. Pedone, 1995, p. 232.

- TERRE (D), « Les droits de l'homme et le droit positif », dans Les questions morales du droit. sous la direction de TERRE Dominique. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Éthique et philosophie morale », 2007, p. 93-106.
- THOMSON (J.E), « State Sovereignty in international relations. Bridging the Gap between Théorie and Empirical Research », *International Studies Quarterly*, vol. 39, 1995, pp. 215-217
- VANDERLINDEN (J), « L'utopie pluraliste, solution de demain pour les minorités ? » in L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités ? Minorités et organisation de l'Etat, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 665 à 675.
- VANDERLINDEN (J), « vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *RRJ, Droit Prospectif*, 1993, n° 2, pp. 573 à 583.
- VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS (J), « L'arbitrage dans la Grèce antique-époques archaïque et classique », Rev. Arb., 2000, pp. 9 à 26.
- VIRALLY (M), L'équité dans le droit : à propos des problèmes de délimitation maritime, *in Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*. Genève : Graduate Institute Publications, 1990 (généré le 03 septembre 2018). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/iheid/4404>. ISBN : 9782940549412. DOI : 10.4000/books.iheid.4404.
- WESTER-OUISSE, « AUBRY et RAU et la division du patrimoine », *LPA*, n° 248, 14 déc. 2009, p. 11.
- WHITTON (J-B), « *la règle pacta sunt servanda* », *R.C.A.D.I.*, vol, 49, 1934-III, pp.147- 276.
- YACOUB (J), « Pour un élargissement des droits de l'homme », Diogène, 2004/2 (n° 206), p. 99-121.
- YOLKA (P), « Personnalité publique et patrimoine », *in La personnalité publique*, Paris, Litec, 2007, pp. 38-51.

- YOUSSEF (S.B), « Le contrôle post-arbitral de la sentence internationale à l'épreuve de l'ordre public substantiel », *in Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2013, pp. 208-248.
- ZOLLER (E), « Observation sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », *Annuaire français de droit international*, Année 1978, Volume 24, numéro 24, pp. 327-351.
- www.ohada.com, « De grands dangers de l'arbitrage pour les Etats/recommandations du site aux Etats » consulté le 14/08/2018 à 15h 07 mn.

V. JURISPRUDENCE

Jurisprudence OHADA

Arrêts de la CCJA

- CCJA, 3ème ch. Arrêt n° 102/2018 du 26 avril 2018.
- CCJA, 1ère ch. Arrêt n° 74/2018 du 29 mars 2018.
- CCJA, Ass. plén., arrêt n° 141, 14 juil. 2016, Etat du Niger c. Sté Africard.
- CCJA, 1ère ch. Arrêt n° 163/2015 du 17 décembre 2015.
- CCJA, arrêt n° 139/2015, 19 nov. 2015, *République de la Guinée c. GETMA international.*
- CCJA, arrêt n° 104/2015, SCP et P. TALON c. Etat du Bénin.
- CCJA, arrêt n° 103/2015, *Société Bénin Control S.A c. Etat du Bénin* .
- CCJA, avr. 2015, n° 011/2015.
- CCJA, arrêt n° 039/2014, 17 avr. 2014.
- CCJA, arrêt n° 12/2011, 29 nov. 2011, *République de Guinée Equatoriale et CEMAC c. La commerciale Bank Guinea Ecuatorial (CBGE).*
- CCJA, arrêt n° 044/2008, 17 juill. 2008.

- CCJA, ass. plén., arrêt n° 28/2007 du 19 juillet 2007.
- CCJA, arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003
- CCJA, arrêt n° 001/2002, 10 janv. 2002.
- CCJA, avis du 30/04/2001.
- CCJA, avis n° 1/2001/EP. ohadata J-02-04.

Arrêts et décisions des juridictions des Etats membres de l'OHADA

- CA Douala, arrêt n° 81/réf., 15 mai 2000 : *Rev camerounaise arb*. 200, n° 12, note G. KENFACK DOUAJNI : ohadata J-02-31
- CA Niamey, arrêt n° 142, 24 déc. 2003 : ohadata J-04-75.
- C.A. Ouagadougou, n° 028, 19 mars 2010.
- CA Centre (Cameroun), arrêt n° 52/ civ., 6 fév. 2008 : ohadata J-10-249.
- CA Abidjan, arrêt n° 1032, 30 juillet. 2002 : ohadata J-03-28.
- CA Ouagadougou, arrêt n°116, 19 mai 2006 : ohadata J-09-25.
- CA centre, arrêt n° 381/civ., 30 sept. 2009 : ohadata J-10-133.
- TPI Cotonou, ord. n° 135, 10 déc. 1999.

Jurisprudences extérieures à l'OHADA

Jurisprudences françaises (par ordre hiérarchique et chronologique).

Juridictions civiles

- Cass. civ. 1ère arrêt n° 71, 6 jan. 2011, n° 09-10-198.
- Cass. civ. 1re, 4 nov. 2010, *Cah. arb*. 2010, p. 1147.
- Cass. civ. 1re , 17 juin 2009, *JCP* G 2009, I, 2167, n° 3, *obs*. J. ORTSCHEIDT.
- Cass. civ. 1re , 6 mai 2009, *JCP* G 2009, I, 2167, n° 7, *obs*. J. BEGUIN

- Cass. civ. 1re, 8 octobre, 2009, n° 07-21990.
- Cass. civ. 29 juin 2007, *JDI* 2007.
- Cass. civ. 1re, 20 févr. 2007, *JCP G* 2007, I 168, p. 21, obs. J. BEGUIN
- Cass. civ. 1re, 1er févr. 2005, (Etat d'Israël c. Nioc), *Bull. civ*. I, n° 53
- Cass. civ. 1re, 22 nov. 2005, *bull. civ*. I, n° 421.
- Cass. civ. 2e, 16 sept. 2003, n° 02-15239.
- Cass. civ. 1er, 9 déc. 2003, *JCP* G 2004, I, 119, n° 8, *obs*. J. BEGUIN.
- Cass. civ. 2e , 4 avril. 2002, *Rev. arb*., 2002, p. 899, note J. –G. BETTO.
- Cass. civ. 1re, 19 mars 2002, *JDI* 2003
- Cass. civ. 2e , 7 nov. 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 115, note LOQUIN (E).
- Cass. civ, 2e, 13 juin 2002, *Bull. civ*. II, n° 130
- Cass. civ, 2e, 7 mars 2002, *Bull. civ*. II, n° 31.
- Cass. civ. 2e. 6 déc. 2001, *Rev. arb*., 2003, p. 1231, note E GAILLARD
- Cass. civ. 1re, 20 févr. 2001, *Rev. arb*. 2001.
- Cass. civ, 1re, 20 févr. 2001, *Bull. civ*. I, n° 39.
- Cass. civ. 1re., 20 févr. 2001, *RCDIP* 2002, p. 124, note Ch. SERAGLINI.
- Cass. civ. 2e, 28 sept 2000, n° 97-20605.
- Cass. civ., 1ère, 6 juil. 2000, *Société Creighton c. Ministère des finances de l'Etat du Qatar et consorts.*
- Cass. civ. 2e, 30 mars 2000, *Rev. arb*. 2000, p. 623, spéc. n° 11, p. 633.
- Cass. civ, 2e, 19 mai 1999, *Rev. arb*. 1999, p. 593, note A. HORY.
- Cass. com. 25 mars 1999, *Bull. civ*., II, n° 56.
- Cass. com. 16 juin, 1998, n° 96-12363.
- Cass. com., 10 mars 1998, *Rev. arb*. 1999, p. 57, note A. HORY.
- Cass. civ. 2e , 20 juin 1996, *Bull. Civ*. II, n° 167, *Rev. arb*, 1997, p. 583.
- Cass. civ. 1re , 15 juin 1994, *Rev. arb*. 1995, p. 88 (2e esp.), note GAILLARD (E).
- Cass. civ, 1ère, 6 avr. 1994, *Rev. arb* 1995, p. 263, note P. LEVEL.
- Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Fougerolle c/Procofrance.

- Cass. civ., 18 nov. 1986, Atlantic Triton c/ République populaire révolutionnaire de Guinée.
- Cass. civ. 1re, 14 mars 1984, *RTD civ*. 1985, p. 208, *obs*. J. NORMAND
- Cass. civ, 1re, 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP* 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN.
- Cass. civ. 1re , 16 juin 1976, *bull. civ*. I, n° 217.
- C. A. Paris, 28 nov. 2002, *Rev*. *arb*., 2003, p. 445, note Ch. BELLOCH.
- C.A. Paris, 13 mars n° 1808.

- TGI Paris (Ord. réf.), 8 oct. 2002, *Rev*. *arb*. 2003, p. 199, note L. JAEGER.
- TGI Paris, (Ord. réf.), 13 juillet 1999, Rev. arb. 1999, p. 625, obs. D. Bureau.
- TGI Paris, 15 févr. 1995, *Rev*. *arb*. 1996, p. 503, note, Ph. FOUCHARD.
- TGI Paris (Ord. réf.), 15 févr. 1995, *Rev*. *arb*. 1996, p. 503 (2e esp.), note Ph. FOUCHARD.
- TGI Paris, 9 déc. 1992, *Rev*. *arb*., 1996, p. 483, obs. Ph. FOUCHARD
- TGI Paris, (Ord. réf.), 10 avril 1990, *Rev*. *arb*. 1994, p. 545 (1re esp.), obs. Ph. FOUCHARD .
- TGI Paris, (Ord. réf.), 29 nov. 1989, société Omnium des travaux,c/ République de Guinée et autres *Rev*. *arb*. 1990, p. 525.
- TGI (Ord. psdt), 12 fév. 1987, *RTD civ*. 1988, p. 176, obs. J. NORMAND
- TGI Paris, (Ord. Psdt, 23 déc. 1980, *Rev*. *arb*. 1982, p. 204.

- Paris, 11 juin 2009, *Rev. arb* 2009, p. 652.
- Paris, 11 juin 2009, *Rev. arb*., 2009, p. 652.
- Paris, 7 févr. 2008, *Rev*. *arb*. 2008, p. 501, note J.-B. RACINE
- Paris, 1re mars 2007, *RTD com*. 2008, p. 526, obs. E. LOQUIN.
- Paris, 7 octobre 2004, *Rev. arb*. 2004, p. 982.
- Paris, 4 et 11 avril 2002, *JCP* G 2009, I, n° 12, *obs*. J. ORTSCHEIDT.
- Paris, 28 juin 2001, *Rev*. *arb*. 2001, p. 729, note H. LECUYER.

- Paris, 29 mars 2001, *RTD com*. 2001, p. 651, obs. E. LOQUIN
- Paris, 1ère Ch. A., 10 août 2000, *Rev. arb*., n° 1, 2001, p. 126, note Ph. LEBOULANGER.
- Paris , 1er juin 1999, *JDI* 2000, p. 370, note E. LOQUIN
- Paris 30 nov. 1999, *Rev. arb*., 2000, p. 299, note Ph. GRANDJEAN.
- Paris, 12 nov. 1998, *Rev. arb*. 1999, p. 374, note Ch. JARROSSON.
- Paris, 1er juill. 1997, *Rev. arb* 1998, p. 31, note H. HASCHER
- Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb*. 1996, p. 143, *obs* Y. DERAINS.
- Paris, 12 oct. 1995, *Rev. arb*. 1999, p. 324, note Ph. FOUCHARD.
- Paris, 17 mai 1983, *Rev. arb*. 1987, p. 309.
- Paris, 21 avril 1982*, République Islamique d'Iran, OEAI et OEAITI c. Sociétés Eurodif et Sotidif et Commissariat à l'énergie Atomique, RCDIP, 1982,* p. 101, note P. MAYER.
- Lyon, 7 janvier 1988, *Rev. arb*., p. 685, note M.C. RONDEAU
- T. com. Kayes, 5 juillet 2007.
- TC, 17 mai 2010, INSERM c. Fondation Saugstad.

Juridiction administratives

- CE, 8 juillet 2005, *commune d'Arras*, *Revue du Trésor*, février 2006
- CE, 3 mars 1989, Sté des Autoroutes de la région Rhône-Alpes, Rev. arb. 1989, p. 215, note D. FOUSSARD.

Jurisprudence étrangères

- CEDH, 6 juin 2000, *Morel-France*, *Bull. inf. rap. C. cass*, 15 juillet 2000.

- Cour suprême de Suède, 27 octobre, 2000, *Al Trade Finance Inc., Stockholme Arb. Report* 2002/2.
- CJCE, 26 mars 1992, Reichert II, affaire n° C- 261/90.
- CEDH, *feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, série A, n° 99.
- High Court d'Australie, 7 avr. 1995, Esso v. Plowman, 128, ALR 391. 1995.

Sentences arbitrales

- CCI, n° 10671 prononcé en 2000.
- CCI n° 1434 (1975), *JDI* 1976, p. 979.

VI. TEXTES LEGISLATIFS

- Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit du droit des affaires du 17 octobre 1993 à Port-Louis, révisé le 17 octobre 2008 à Québec, J.O. OHADA, n° 4, 01/11/97.
- Convention de New-York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales.
- La convention de Genève du 26 janvier 1927 portant sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
- Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985.
- Le protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage.
- Acte uniforme relatif au droit de l'Arbitrage dans sa version révisée du 23 novembre 2017.
- Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, J.O. OHADA n° 2, 01/10/97.

- Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage adopté par le Conseil des ministres le 18 avril 1996, J.O. OHADA n° 4, 01/11/97.
- Loi n° 2011-617 du 1er juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016.
- Loi n° 15/98 instituant la charte des investissements au Gabon.
- Loi. n° 97-135, 13 fév. 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire (France).
- Loi n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage interne en Côte d'Ivoire.
- Loi. n° 90-568, 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France télécom.
- Loi n° 51/83 du 21 avril 1983 portant Code de procédure civile.
- Loi. n° 82-1153, 30 déc.1982 portant orientation des transports intérieurs (France).
- Loi ivoirienne n° 93-671 relative à l'arbitrage interne.
- Loi fédérale sur le droit international privé (Suisse).
- décret du 13 janvier 2011 relatif au nouveau droit de l'arbitrage interne et international français.
- Décret sénégalais n° 98-492 du 5 juin 1998, relatif à l'arbitrage interne.
- Décret n° 94-226 du 28 juin 1994 relatif au Code de procédure civile au Mali.
- Décret n° 82-50 du 15 mars 1982 portant Code de procédure civile au Togo.
- Ordonnance n° 2004-559, 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (France).
- Ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation partielle du code de procédure civile au Tchad.
- Code de procédure civile français.
- Code de procédure civile néerlandais.
- Code tunisien de l'arbitrage de 1993.
- Code de la justice administrative de France.
- Code de commerce français.
- Code de procédure civile camerounais.
- Code de procédure civile congolais.

VII. WEBOGRAPHIE

- http://www.actu24.net/societe/assembl%C3%A9e-g%C3%A9n%C3%A9rale-de-lunion-des-magistrats-du-s%C3%A9n%C3%A9gal-le-ministre-sidiki-kaba-%C2%ABla-justice
- E. A. CAPRIOLI et I. CHOUKRI, « Réflexion et perspectives autour de l'arbitrage international et du commerce électronique : vers une nouvelle gouvernance du contentieux ? », https://www.victoria.ac.nz/__data/assets/pdf_file/0003/920109/Caprioli_Choukri.pdf
- http://www.ecologiehumaine.eu/actualites-thematique/restaurer-les-conditions-dexercice-de-la-justice/
- http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/definition/principes/qu-est-ce-que-justice.html
- http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/juger/45115 consulté le 23/07/17
- https://www.david-avocat-toulouse.fr/justice-daujourdhui
- http://larevue.squirepattonboggs.com/AFRIQUE-Resolution-traditionnelle-des-conflits-au-Mali_a641.html,
- http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2014-06-long.html
- https://www.adr.org/aaa/faces/home;jsessionid=-zc5ZzCogalkkpeVAd-Xij1lWkK5GEcjmYDhmWOshvi9l702kgyG!1034935591?_afrLoop=733754980447905&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=null#%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26_afrLoop%3D733754980447905%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1btzsy811w_4
- http://www.gcccac.org/ar/
- http://www.cour-europe-arbitrage.org/index.php?lang=fr.
- http://www.apragbali2016.baniarbitration.org/.
- http://www.persee.fr/
- https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais

- http://www.rfi.fr/emission/20170422-herve-bourges-journaliste-afrique-continent-avenir
- http://www.lepoint.fr/monde/manuel-valls-l-afrique-c-est-le-continent-de-l-avenir-20-02-2016-2019851_24.php . http://www.gouvernement.fr/l-afrique-est-le-continent-d-avenir
- http://www.france24.com/fr/20170829-macron-france-afrique-conseil-presidentiel-cpa
- http://www.banquemondiale.org/fr/news/opinion/2015/06/30/africa-still-poised-to-become-the-next-great-investment-destination . http://www.africandiasporanetwork.eu/fr/publications/28-l-afrique-est-le-continent-de-l-avenir.html
- http://www.economiematin.fr/news-afrique-developpement-emploi .
- http://as-afrique.org/afrique-continent-avenir
- http://www.senat.fr/rap/r13-104/r13-104_mono.html .

Table des matières

Introduction……1

Partie 1. Le nécessaire détournement des systèmes juridiques et juridictionnels.....33

Titre 1. La modification du corpus législatif régional, national et actes conventionnels……...36

Chapitre 1. La réécriture de l'acte uniforme…….....38

Section 1. La consécration de l'exclusion du juge judiciaire dans la gestion de la procédure arbitrale……....39

§1. L'abandon des prérogatives de constitution et de reconstitution du tribunal arbitral par le juge……..41

A. La constitution extrajudiciaire du tribunal arbitral……..42

1. La nécessité pour les parties de trouver un compromis……...42

2. L'intervention d'un tiers dans la constitution du tribunal arbitral……..44

B. La reconstitution extrajudiciaire du tribunal arbitral……...49

1. La réforme extrajudiciaire de la procédure de révocation et d'incapacité des arbitres……...50

2. La réforme extrajudiciaire de la procédure de remplacement……52

§2. L'exclusion du juge dans l'administration des mesures……....53

A. L'administration des mesures provisoires et conservatoires sans le juge…...54

1. Le renforcement des stipulations des parties……....55

2. Les limites de l'exclusion du juge dans les mesures provisoires ou conservatoires……....58

B. Le dessaisissement du juge sur la prorogation des délais d'arbitrage et les autres mesures……..59

1. La prorogation du délai d'arbitrage sans le juge……...60

2. Les autres mesures excluant l'intervention du juge…….....62

Section 2. Le contentieux extrajudiciaire dans l'acte uniforme……..64

§1. L'illégitimité de l'intervention du juge dans les voies de recours contre la sentence…….67

A. La violation du choix des parties……...67

1. L'impossibilité de renoncer aux voies de recours……67

2. Un frein à la liberté contractuelle……..69

B. L'intervention du juge à titre principal ou accessoire……..70

1. Le recours, compétence principale du juge……...70

2. Le rôle accessoire du juge dans la tierce opposition et le recours en révision…….....73

§2. Une nouvelle politique des voies de recours par de nouveaux droits et des procédures
extrajudiciaires……..75

A. De nouveaux droits pour les parties à l'arbitrage……76

1. Le droit pour les parties de renoncer au recours en annulation……...76

2. Le caractère exprès ou tacite de la renonciation……...77

B. La nécessité de garder des voies de recours……..78

1. Les voies de recours portées devant l'arbitre……....78

2. Le recours contre la sentence porté devant un tiers……..80

Conclusion chapitre 1……82

Chapitre 2. La modification des corpus législatifs nationaux et instruments contractuels……83

Section 1. La nécessaire conformité des règles nationales à l'acte uniforme…….87

§1. Le rejet de la constitution judiciaire du tribunal arbitral ainsi que les mesures d'administration de la procédure……...88

A. Les nouvelles dispositions nationales en matière de construction et reconstruction du tribunal arbitral…….88

1. La construction extrajudiciaire du tribunal arbitral……..88

2. La reconstitution extrajudiciaire du tribunal arbitral…….....89

B. Les autres moyens et règles nécessitants des modifications…….91

1. L'octroi de mesures provisoires ou conservatoire et la prorogation des délais d'arbitrage……..91

2. Les lois de police étatiques…….94

§2. L'abandon du contrôle ainsi que des recours contre la sentence par le juge…....96

A. Le contrôle de la sentence par un tiers…….....97

1. Le bien-fondé du contrôle……..97

2. La pratique du contrôle de la sentence par le tiers……99

B. L'éviction du juge sur les recours contre la sentence arbitrale……100

1. Le caractère facultatif du juge dans les recours contre la sentence……...100

2. Les recours exécutés par les tiers……101

Section 2. Les instruments conventionnels…….....102

§1. La problématique des conventions internationales sur la coopération judiciaire……..103

A. Le recours au juge pour la reconnaissance et l'exequatur……..103

1. Le juge et la reconnaissance de la sentence…….104

2. Le juge et l'exequatur de la sentence……...105

B. La posture de l'OHADA……...107

1. La solution de la CCJA et autres..……107

2. Les avantages de la solution CCJA……..111

§2. La convention d'arbitrage……..112

A. La défense aux parties de recourir au juge……...114

1. Le recadrage du texte à l'esprit de la notion……114

2. La rigidité de l'effet positif de la convention d'arbitrage……115

B. La limpidité de la convention d'arbitrage……116

1. L'épuration des imperfections dans la convention d'arbitrage……...117

2. Les outils visant une meilleure rédaction de la convention d'arbitrage……..118

Conclusion du chapitre……119

Conclusion du titre 1……...120

Titre 2. La déjudirictionnalisation de l'espace Ohada……121

Chapitre 1. Le dessaisissement des organes judiciaires étatiques……...123

Section 1. L'incompétence matérielle et territoriale des organes judiciaires……..125

§1. L'abandon du critère matériel……...125

A. L'exclusion de la matière arbitrale du champ des tribunaux et Cours……126

1. La privation de compétence en matière d'arbitrage……127

B. La portée de la privation de compétence matérielle au juge……128

1. L'impact de la suppression du critère matériel du point de vue procédural…128

2. L'impact de la suppression du critère matériel du point de vue administratif……128

§ 2. L'incompétence territoriale..……...129

A. L'impérative nécessité d'abandonner le critère territorial……..129

1. Une multitude de possibilités fondant l'action des juridictions……...129

2. Un critère source d'une intrusion grandissante du juge…….....131

B. La portée de l'abandon du critère de compétence territoriale……..132

1. L'impact de l'abandon du critère de compétence territoriale au niveau de la procédure……132

2. La portée de l'abandon du critère territorial sur le plan administratif……..132

Section 2. La disparition des juges……133

§1. Une conséquence du dessaisissement des tribunaux et Cours…….134

A. L'incompétence des magistrats d'appui à la procédure arbitrale……135

1. La disparition du président du tribunal de grande instance de la procédure arbitrale……135

2. L'impossibilité de recourir au juge de référé……...136

B. La mise à l'écart des juges du contrôle……138

1. L'incompétence du juge de l'annulation……..138

2. La fin du juge de l'exequatur……...139

§2. Une instabilité de la matière arbitrale……141

A. L'insuffisance processuelle……..141

1. L'extinction de la procédure de production forcée d'éléments par le tiers….141

2. La difficulté de contestation de certains actes……..142

B. Des résultats mitigés de l'arbitrage……..143

1. Une justice au rabais…….143

2. Une sentence qui ne reflète pas la justice……144

Conclusion du chapitre I……..**.....**145

Chapitre 2. L'improbable mise en œuvre de la déjuridictionnalisation…….146

Section 1. Le scepticisme des Etats…….149

§1. La problématique de l'arbitrage d'investissement, exemple du CIRDI……...150

A. Le faible niveau de sécurité de l'arbitrage d'investissement……...152

1. La rigidité du contrat……152

2. L'hostilité des Etats vis-à-vis des arbitres……...154

3. Le niveau de sécurité de la sentence arbitrale…….156

B. La difficile conciliation entre les intérêts étatiques et l'arbitrage d'investissement……..**.....**156

1. La notion d'intérêt général……...156

2. La non prise en compte des libertés individuelles……159

§2. Le poids des firmes multinationales dans Etats africains……..161

A. L'impact financier des FMN sur les Etats……162

1. Les FMN, contributeurs aux budgets étatiques……163

2. Les FMN et l'emploi……165

B. La maîtrise des secteurs de souveraineté……166

1. Les FMN gestionnaires des secteurs stratégiques……167

2. Les liens avec les politiques……169

Section 2. Le rôle de la justice en Afrique……..169

§1. Instrument de souveraineté……...170

A. La justice, instrument de puissance publique……..172

1. La justice, garante des lois nationales……..172

2. La justice, instrument de protection du citoyen……...173

B. Instrument de cohésion……173

1. La justice, instrument de paix sociale……..174

2. Justice et vivre ensemble……..174

§2. La justice, instrument politique……175

A. La justice instrument de pression politique……..175

1 La judiciarisation du politique……..175

2 La justice, cette épée de Damoclès sur la tête des opposants……..176

B. La justice, instrument de pression économique et sociale ……177

1. La justice, instrument de pression économique……177

2. La justice, instrument de pression sociale……178

Conclusion du chapitre II……179

Conclusion du titre II……...180

Conclusion de la première partie…….181

Partie II. La déjudiciarisation par le respect de ses exigences……..……...182

Titre I. Les exigences de la déjudiciarisation au sein de l'arbitrage……...184

Chapitre I. La nécessaire révision du statut de l'arbitre……..186

Section 1. Les qualités de l'arbitre……..190

§1. L'arbitre, ce professionnel de la justice…….191

A. La formation des arbitres……..191

1. L'obligation pour les arbitres d'avoir des connaissances, un frein à la liberté des parties...……...192

2. La spécialisation des arbitres, un atout pour l'arbitrage…….193

B. La création des écoles spécialisées……...196

1. L'apport de l'ERSUMA pour la formation des arbitres……...198

2. L'apport des autres institutions privées……199

§2. L'exigence de probité et renforcement des autres qualités……...200

A. La nécessaire probité des arbitres…….200

1. L'urgence de s'approprier les règles d'éthique……201

2. L'amplification du principe de loyauté……202

B. Le renforcement des autres qualités arbitrales et les moyens de contrôle….203

1. Le renforcement des autres qualités de l'arbitre…….203

2. Contrôle et sanction des défauts de qualités des arbitres……205

Section 2. Plaidoyer pour de nouveaux pouvoirs des arbitres……206

§1. La problématique de l'*imperium* ……..208

A. L'*imperium* un pouvoir intimement lié à la fonction de juger……208

1. L'*imperium*, un instrument indissociable à la fonction de juger……209

2. L'*imperium* arbitral……...210

B. La nécessité de la révision de l'imperium arbitral……..213

1. Pour un octroi de l'*imperium merum* au juge arbitre……213

2. L'accroissement de l'efficacité de l'arbitre…….214

§2. Les conséquences des nouveaux pouvoirs arbitraux……...216

A. L'élargissement des compétences dans la procédure arbitrale……216

1. Une nouvelle appréciation du principe de compétence-compétence…….216

2. Le cas des sûretés judiciaires et saisies conservatoires……..219

B. Les conséquences sur les acteurs de l'arbitrage……..220

1. Le nouvel *imperium* de l'arbitre vis-à-vis des parties…….220

2. L'*imperium* de l'arbitre et tiers…….222

Conclusion du chapitre I……..223

Chapitre II L'indispensable coopération des parties et la réforme procédurale……224

Section 1. La redynamisation de la coopération des parties à l'arbitrage…….225

§1. Les fondements de la coopération des parties……..226

A. L'efficacité de l'instance……..226

1. La loyauté des débats……226

2. La sincérité des pièces fournies……227

B. La rapidité dans la résolution du litige……....229

1. La célérité de la procédure……...229

2. L'arrêt des blocages de la part des parties……230

§2. La portée de la coopération des parties à l'arbitrage…….231

A. La portée de la coopération des parties dans la loyauté procédurale…….231

1. Le principe de loyauté et l'administration de la preuve……...232

2. La loyauté procédurale et les incidents……....234

B. La loyauté dans l'exécution des décisions……..235

1. L'exécution rapide des décisions…….....235

2. L'arrêt du dilatoire……236

Section 2. La renaissance du droit processuel arbitral Ohada……...236

§1. La renaissance procédurale à l'aune des principes directeurs du procès et des droits de l'homme……..238

A. La standardisation du droit processuel Ohada du point de vue des principes directeurs du procès…….239

1. L'audience, la motivation de la sentence et le droit à l'information……..240

2. Le droit à un avocat et la conduite des travaux……244

B. Les réformes processuelles en tenant compte des droits de l'homme……246

1. Le principe du procès équitable……247

2. Le principe du contradictoire……248

§2. L'innovation et le renforcement des règles de procédure……250

A. La nécessité d'innover en matière procédurale……250

1. La création de nouvelles procédures……250

B. Le suivi des procédures existantes……251

1. Le renforcement des procédures existantes ……251

Conclusion du chapitre II…..……..252

Conclusion du titre I……253

Titre II. Les exigences de la déjudiciarisation auprès des Etats et de la Cour commune de justice et d'arbitrage……..…….254

Chapitre I. La conciliation entre l'arbitrage et les prérogatives de puissance publique des Etats……...……...256

Section 1. La complexité de la conciliation par des normes communautaires et l'espoir de la voie contractuelle……259

§1 : La complexité d'une conciliation par des normes communautaires……..260

A. Le changement des fondements de l'arbitrage……260

1. La dénaturation de l'arbitrage……..261

2. Les risques liés au changement de fondement de l'arbitrage……..262

B. La complexité de la réforme normative……261

1. La controverse doctrinale sur les normes à réviser…….261

2. L'absence d'enthousiasme des Etats……265

§2. L'espoir d'une conciliation par voie contractuelle ou par le type d'arbitrage…266

A. Les instruments contractuels d'inflexion des prérogatives de puissance publique……...266

1. Les clauses de gel de la loi……...268

2. La clause de renonciation intégrale……..269

B. Le régime particulier des clauses de renonciation……271

1. La nécessité du caractère explicite des clauses……271

2. L'importance du caractère intangible des clauses……272

Section 2. La réforme des garanties étatiques à l'exécution des sentences ainsi que la responsabilité de l'Etat……272

§1. La réforme des garanties étatiques à l'exécution des sentences arbitrales……..273

A. L'affectation des biens à titre de sûreté……274

1. L'affectation du patrimoine, une technique au service de l'arbitrage…….275

2. La promotion des techniques d'affectation du patrimoine par les Etats…….276

B. L'impact de l'affection des biens…….277

1. Les conséquences de l'affectation des biens sur les Etats……..277

2. Les conséquences de l'affectation des biens pour les personnes privées…..278

§2. La révision de la responsabilité étatique ainsi que le type d'arbitrage adapté aux Etats…….279

A. L'amendement de la responsabilité des acteurs étatiques……..280

1. La responsabilité de l'Etat……280

2. La responsabilité des agents de l'Etat……..281

B. Le souhait de l'arbitrage d'équité…….283

1. Les avantages théoriques de l'arbitrage en équité……284

2. Les incidences pratiques de l'équité dans l'arbitrage……..285

Conclusion du chapitre I……..287

Chapitre II. L'adaptation des prérogatives de la CCJA aux obligations de la déjudiciarisation……..288

Section 1. L'adaptation des fonctions administratives de la CCJA au contexte de la déjudiciarisation……..291

§1. L'élargissement des attributs administratifs de la CCJA à l'arbitrage ad-hoc…291

A. La gestion de l'arbitrage ad-hoc par la CCJA……..292

B. L'inscription de l'assistance administrative dans le règlement intérieur CCJA……...293

§2. L'aménagement de l'assistance de la CCJA…….294

A. Présentation de la théorie du mandat……..294

B. L'application du mandat dans l'arbitrage……295

Section 2. Nature et régime juridique des actes d'assistance de la CCJA……...296

§1. La nature juridique du contrat de mandat…….……296

A. Le mandat CCJA, un acte administratif……...296

§2. Le régime juridique du mandat CCJA……...297

A. Les effets du contrat de mandat…….297

B. Les sanctions encourues en cas de manquement…….298

Conclusion du chapitre II……299

Conclusion du Titre II…….300

Conclusion générale……301

Bibliographie……...308

Table des matières……...343