



CONSORTIUM POUR LA RECHERCHE
ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

SÉRIE DE DOCUMENTS DE RECHERCHE

DEUX CLÉS DE COMPREHENSION DES ATOUTS DE L'ARBITRAGE DANS L'ESPACE OHADA

Abdoulaye SAKHO,
Agrégé des facultés de droit

Consortium pour la Recherche Economique et Sociale
Rue 10 Prolongée Cité Iba Ndiaye Djadji
Lots 1 et 2 - Pyrotechnie - Dakar, Sénégal
CP : 12023 - BP : 7988, Dakar Médina

Tél : (221) 33 864 77 57 - (221) 33 864 73 98 - Fax : (221) 33 864 77 58
cres@cres-sn.org / Information : contact@cres-sn.org / Siteweb : www.cres-sn.org

PREAMBULE

Dans le champ de l'arbitrage, l'une des réglementations les plus achevées et les plus abouties dans le monde est, à mon avis, celle mise en place dans l'espace OHADA. Si donc aujourd'hui, notre offre d'arbitrage peine à trouver demandeur, je ne suis pas sûr que ce soit du fait de la réglementation. Que les détracteurs de l'Afrique trouvent d'autres arguments pour développer leurs stratégies d'évitement de nos « institutions » au sens où l'entend le Nobel d'économie de 1993 Douglas North, c'est-à-dire l'ensemble des lois, des règles écrites ou informelles ainsi que les instruments créés pour en contrôler leur bonne application. Voyons cela !

Décider de régler ses litiges entre soi, en dehors des moyens officiels mis en place par l'autorité publique, est certainement aussi vieux que le monde. A un moment donné de l'histoire de certaines communautés, la nécessité de vivre en harmonie ou tout simplement en paix, la méfiance à l'égard des institutions rattachées à l'autorité et aussi, la culture intrinsèque à chaque peuple ont été considérés comme des modalités normales de résolution des différends de tous ordres. On sait que dans certaines sociétés africaines, le cercle familial voire le clan ou l'ethnie vivant dans un espace géographique donné, dispose d'une compétence exclusive pour certains conflits liés notamment à l'état des personnes et au foncier¹. De même, il est régulièrement rappelé que les révolutionnaires français de 1789 considéraient l'arbitrage comme le moyen le plus raisonnable de gérer les différends².

Aujourd'hui, sur un plan plus général, mêmes les observateurs les moins avertis peuvent aisément constater l'amenuisement du champ des activités régaliennes de la puissance publique dans tous les domaines. La réalité de la raréfaction des ressources publiques, combinée à la montée en puissance des idées libérales qui se sont développées au plan politique depuis l'effondrement du mur de Berlin, a confirmé que le pouvoir de l'Etat contemporain a perdu son caractère absolu. Il ne peut ni ne doit tout faire désormais.

Dans tous les secteurs d'activité, l'approche « parties prenantes » a supplanté l'unilatéralisme dans les actions de l'Etat. Le concept de contractualisation s'est imposé dans les analyses prenant l'Etat comme objet³. Les pouvoirs publics s'appuient sur les acteurs économiques et sociaux pour élaborer et appliquer les nouvelles politiques. L'esprit qui voudrait que seul l'Etat soit en mesure de déterminer ce qui est bien a fait son temps. Au plan sémantique on voit apparaître des concepts qui traduisent cet état de fait : Régulation, Partenariat Public Privé, Délégation de Services Publics, Compliance⁴... L'état reconnaît ses

¹ Voir entre autres, le très instructif article de Mamadou Bakaye Dembélé. *La justice coutumière et la justice étatique dans la résolution des différends au Mali* pages 329 et suivantes des Actes du colloque de Luxembourg, « L'effectivité du droit économique dans l'espace ohada », 20 et 21 novembre 2014. Publié par L'Harmattan, Paris, 2016.

² Ibrahim Fadlallah et Dominique Hascher. Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial, Dalloz, 2019, sous l'arrêt Prunier.

³ L'ascension du contrat comme procédé d'action publique, constitue l'un des traits les plus remarquables des dernières décennies. Il est devenu un outil indispensable aux collectivités publiques pour mettre en œuvre des politiques ou conduire leurs actions. Sa montée en puissance est allée de pair avec la remise en cause de l'exclusivité de la loi, de la prééminence de l'État central, de la gestion en régie des services publics et, plus largement, des modes d'action fondés sur le commandement et la contrainte. Pour la France voir le Rapport public 2008 du Conseil d'Etat, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes »

⁴ La « compliance », c'est l'accent mis sur la responsabilisation des acteurs économiques dans un cadre désormais plus contraignant. Ces derniers semblent avoir pris conscience de l'intérêt de mettre en œuvre des stratégies ciblées destinées, en interne, à prévenir les risques de manquements susceptibles de les entraîner dans des contentieux nuisibles à leur image. La compliance apparaît aujourd'hui comme une démarche permanente, une logique organisationnelle, impliquant la création de nouveaux métiers : compliance officer, risk manager, chief risk manager, chargés aux côtés des juristes, de gérer la prévention et la gestion des risques juridiques, ainsi que l'éthique et la déontologie au sein des entreprises... Voir, Frison-Roche, M.-A., *Le Droit de la Compliance*, 2016 : <https://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance-2/> ; Illustration supplémentaire de

limites et accepte de partager certaines prérogatives dans le sens de l'intérêt commun. La justice, le seul service public qui porte le nom d'une vertu, ne saurait être en reste ! A l'exemple de l'arbitrage que l'on trouve aussi bien dans le Traité OHADA lui-même que dans le droit dérivé de ce Traité.

C'est déjà dans le Préambule du Traité de l'OHADA⁵ que les Hautes parties contractantes affirment leur « désir de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels » ; puis, elles conviennent, dans le corps même du Traité, de consacrer un Titre entier (titre IV) comprenant 6 articles (art. 21 à 26) à l'arbitrage⁶. Le droit dérivé prend la suite par le biais de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui laisse toute liberté aux parties maîtresses du jeu processuel, à quelques exceptions près tenant à l'ordre public⁷. Au résultat, il s'avère que la réglementation de l'arbitrage dans notre espace juridique est très aboutie. Elle repose presque entièrement sur les parties et leur volonté. Son caractère libéral devait en faire une procédure de premier choix pour les investisseurs. Pourtant et malgré l'introduction de l'arbitrage d'investissement par la révision de 2017, malgré le fait que la plupart des litiges mettent en cause le continent et ses acteurs, malgré le fait que notre droit est le plus souvent applicable, il semble que notre arbitrage n'a pas, en pratique, le succès escompté...

En tout état de cause, même s'il faut en nuancer l'effectivité⁸, la réception de l'arbitrage dans le Traité lui-même a été vue comme une volonté manifeste des pères fondateurs de l'OHADA de placer cette forme de règlement des litiges sur le même piédestal que la justice étatique⁹. Cela ne saurait étonner ceux qui ont fait du droit des affaires leur spécialité, qui vivent la dualité de la justice depuis la nuit des temps et qui ont suivi les vicissitudes de la clause compromissoire à travers les âges dans l'histoire juridique de la France¹⁰.

En effet, dans la quasi-totalité des pays du globe, la justice, c'est-à-dire la fonction de règlement des litiges de tous ordres, est confiée à l'Etat. Ce dernier fait exécuter cette même fonction par une organisation judiciaire comprenant les Cours et Tribunaux. Dans cette

la montée en puissance du « droit de la compliance », Dalloz, célèbre éditeur français annonce la sortie prochaine d'un « code de la compliance », en septembre 2020.

⁵ Port-Louis le 17 Octobre 1993 puis révisé au Québec le 17 octobre 2008.

⁶ Il faut préciser qu'au Sénégal, l'arbitrage était connu et pratiqué bien avant l'Ohada. Jeune enseignant, Nous avons présidé un arbitrage ad hoc au début des années 90 sur le sol sénégalais avec de prestigieuses parties en litige (BOAD, FAGACE...). Nous avons aussi cosigné une des premières études sur l'arbitrage au Sénégal, dans la Revue EDJA N° 2, en 1987. « Ordre public et arbitrage. Note sous l'arrêt Express Navigation » de la Cour Suprême du Sénégal (Abdoulaye Sakho et Ndiaw Diouf). Nous avons contribué en équipe avec le cabinet d'avocat Sow, Seck et Diagne, à la mise en place du Centre d'arbitrage de la chambre de Commerce de Dakar au début des années 90 et à la réforme des textes sur l'arbitrage avec notamment l'introduction dans le COCC des articles 826-1 et suivants sur « Les contrats relatifs au règlement des litiges ». Nous sommes demeurés arbitres et de temps en temps nous intervenons dans des procédures auprès de prestigieux centres comme celui de la Chambre de Commerce Internationale de Paris. Dommage que, sur un autre plan, le Tribunal Arbitral du Sport ne soit pas assez ouvert aux arbitres africains pour les très nombreux litiges mettant en cause le sport en Afrique...

⁷ L'Acte uniforme initial sur l'Arbitrage du 11 juin 1999, contenait six chapitres ; Le 23 novembre 2017, cet Acte uniforme sur l'arbitrage a été révisé, intégrant officiellement un nouveau chapitre sur la constitution de la Cour d'arbitrage.

⁸ Séverine Ménetry, La multiplication des centres d'arbitrage dans l'espace OHADA. Actes du colloque de Luxembourg précités, p. 345 et suivantes

⁹ P. Fouchard, L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000.

¹⁰ V. entre autres, Ch. Jarrosson, La clause compromissoire (article 2061 C. civ.), *Rev. arb.* 1992.259 ; adde, Ch. Jarrosson, le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, *JCP G* 2001, I 333, p. 1317. Par exemple, en droit interne sénégalais, il est toujours expressément prévu que « la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi » (article 826-1 alinéa 3 COCC), l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, tenant lieu de loi sur l'arbitrage dans les Etats parties, a ouvert le champ d'application de cette clause.

organisation, les juges sont appelés Magistrats. Ce sont des fonctionnaires qui ont reçu une délégation officielle et permanente à l'effet de rendre la justice : c'est la justice étatique. Cependant, à côté de cette justice étatique, il existe depuis longtemps une autre forme de justice qui a toujours permis de soustraire les litiges à la justice de l'Etat pour les soumettre à des personnes privées. Ces dernières sont investies pour la circonstance de la mission de juger : c'est la justice privée dont l'arbitrage est la forme la plus connue.

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

L'arbitrage, bien qu'étant la forme la plus connue de justice privée, n'en est pas pour autant la seule. Il existe d'autres modes privés de règlement des litiges : la médiation et la conciliation qui offrent une alternative possible à l'arbitrage.

En réalité, l'idée de régler les litiges sous une forme différente de la justice publique s'est considérablement épanouie ces dernières années. Elle consiste à créer des alternatives aux procédures publiques et formalistes des procès ordinaires. Ceci inclut l'arbitrage, la médiation, la conciliation et d'autres formes moins connues de nos systèmes juridiques d'inspiration francophone. Dans une acception large, le mode alternatif de règlement des litiges est même susceptible d'inclure ces lieux mixtes de la régulation économique que sont les organes chargés d'assurer la police des marchés¹¹.

Ces modes de règlement des conflits sont généralement conçus comme une justice privée grâce à laquelle les litiges sont enlevés aux juridictions étatiques pour être résolus par des personnes privées investies pour la circonstance de la mission de « juger ». De ce fait, on peut déduire leur nature ambivalente et en même temps les distinguer de certaines institutions voisines. Du point de vue de leur nature, on peut en effet, retenir une ambivalence certaine. On est en effet, face à une justice privée qui, d'une part, est instituée par un acte juridique, une simple convention des parties (clause de conciliation ou de médiation et convention d'arbitrage) et, qui, d'autre part, se conclut par une décision (accord de conciliation ou de médiation et sentence) possédant l'autorité de la chose jugée comme un jugement rendu par un tribunal officiel. Donc un acte juridictionnel ponctue la procédure. Cet acte est susceptible d'exécution forcée par le juge étatique (exéquatur pour l'arbitrage). Pour ce qui est de leur distinction d'avec les notions voisines, il convient de retenir qu'il ne s'agit ni d'expertise¹², ni de transaction¹³.

S'interroger aujourd'hui, en 2020, sur le pourquoi et le comment de l'arbitrage, revient à montrer que, pour le système OHADA, il ne s'agissait pas de sacrifier à un effet de mode en introduisant l'arbitrage dans le droit positif. Cette forme juridique de règlement des litiges

¹¹ Marché économique global : Autorités de la concurrence. Marchés sectoriels comme les marchés financiers avec leurs autorités (Conseil Régional de l'Épargne et des marchés financiers pour l'UMOA) ; les marchés des communications électroniques (ARTP) ; les marchés de l'audiovisuel (CNRA...) etc...

¹² Ce n'est pas l'expertise. Il est vrai que dans les deux cas, les parties confient à un tiers qui n'est pas une juridiction de droit commun, la mission de fixer un point de fait ou de droit à l'occasion d'un litige. Mais c'est leur seul point de convergence car la mission de l'expert se limite à la formulation d'un avis qui ne lie ni les parties ni le juge. L'expertise n'épuise pas forcément le différend. Alors que dans les modes alternatifs de règlement des litiges comme l'arbitrage, la décision s'impose directement aux parties.

¹³ Ce n'est pas la transaction. Il est vrai que la transaction définit comme « le contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation par des concessions mutuelles » (art. 756 COCC), permet de régler un litige grâce à la décision transactionnelle qui a, comme la sentence arbitrale, les accords de médiation ou de transaction, l'autorité de la chose jugée entre les parties. Mais les deux matières sont à distinguer car, la transaction peut intervenir sans l'intervention d'un tiers et surtout, il est généralement admis dans les systèmes de droit francophone que le pouvoir de transiger ne comporte pas celui de compromettre (art. 1989 C. Civ. français).

répond à un besoin économique réel des pays membres de cette organisation d'intégration par le droit. Chemin faisant, il sera certainement procédé à l'examen du rôle généralement assigné à l'arbitrage. Au plan procédural, l'arbitrage arrive-t-il à réaliser sa fonction alternative de contournement des difficultés actuelles de la justice étatique ? Au plan économique peut-il contribuer à l'amélioration du climat des affaires ?

Une réponse pertinente à tout ce questionnement suppose nécessairement un passage par les sources du droit de l'arbitrage. Plus que les sources techniques, utilisons les « sources réelles du droit ». En effet, la notion de source du droit est équivoque¹⁴. Elle peut tout aussi bien désigner les raisons profondes de la création de la règle de droit que ses supports formels¹⁵. Aussi, pour bien comprendre le sens d'une règle et sa portée, il convient de ne point se limiter aux sources formelles mais d'aller au-delà. Il faut en effet interroger la formation économique et sociale pour une saisie correcte des motifs de création de la règle de droit. C'est ce qui justifie l'appellation « sources réelles » que l'on oppose aux « sources formelles ».

Une telle démarche méthodologique me paraît essentielle pour la compréhension de cette matière qui intéresse aussi bien la justice (l'Etat et l'ordre public) que la liberté individuelle (l'autonomie de la volonté).

Notre arbitrage est conforme à la tendance économique mondiale et à la liberté individuelle. Elle est totalement en phase avec le libéralisme ambiant. Deux clés qui se déclinent en deux questions presque banales pour comprendre l'arbitrage OHADA et se rendre compte de sa modernité : pourquoi et comment l'arbitrage ?

¹⁴ Sur la notion de « sources réelles du droit », Abdoulaye sakho, Les groupes de sociétés en Afrique, Droit, Pouvoir et Dépendance économique, CRES/Karthala 2010.

¹⁵ Constitution, loi, règlement, circulaires etc...

PREMIERE CLÉ

Le pourquoi de l'arbitrage : la privatisation de la justice

La plupart des justifications ou explications de l'apparition des modes alternatifs de règlement des conflits mettent l'accent sur le fait qu'il fallait combler les insuffisances de la justice étatique notamment ses lenteurs¹⁶ ou son imprévisibilité sur le plan du droit à cause surtout de la corruption qui aurait gangrené le continent africain¹⁷. Certes une telle raison est toujours d'actualité mais elle mérite d'être complétée.

En effet, la généralisation actuelle des modes alternatifs de règlement des litiges correspond à des raisons plus profondes tenant à la globalisation des échanges économiques dans un sens plus libéral avec, en point d'orgue en ce qui concerne notre thématique, une « privatisation de la justice ».

Ainsi, à côté des raisons traditionnelles tenant aux insuffisances de la justice étatique (B), il faut relever des raisons contemporaines fondées sur la libéralisation économique et son corollaire juridique, l'autonomie de la volonté (A).

1 – Libéralisation et exaltation de l'autonomie de la volonté

La période actuelle est caractérisée, au plan économique, par le retrait progressif de l'Etat d'activités cruciales relevant certes du service public mais, de plus en plus, pénétrées par l'échange marchand. C'est un comportement planétaire qui explique le succès de ce concept de « mondialisation » que l'on trouve maintenant dans toutes les démonstrations qui se veulent « convaincantes ».

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

En conséquence, on peut retenir que le succès actuel de l'arbitrage en Afrique (tout au moins en législation) tient à la combinaison de deux facteurs : le triomphe de l'ordre libéral dans l'économie mondiale (c'est le réceptacle) et le recul des dispositions impératives dans l'ordre juridique (c'est la manifestation). Ceci pour dire que le libéralisme économique a ses conséquences juridiques. Dans notre problématique, le libéralisme ambiant ne rend plus du tout hérétique l'idée de privatisation de la justice (1), et du coup, est admis que la volonté individuelle puisse créer son propre tribunal ou, plus largement, trouver ses propres modes de règlement des litiges (2).

¹⁶ Surtout dans les sites de vulgarisation et de promotion de l'arbitrage. Par exemple <https://www.lepetitjuriste.fr/larbitrage-une-reelle-alternative-a-la-justice-etatique/>

¹⁷ « L'Afrique, souvent perçue comme le continent d'avenir en matière d'arbitrage, s'inscrit largement dans cette tendance. L'arbitrage y constitue un important vecteur du droit qui vient accompagner l'émergence des pays en privilégiant le respect de la norme sur les pratiques héritées du passé colonial : loi du plus fort et corruption. La multiplication des contentieux sur le continent n'est donc pas un signal négatif, mais révèle davantage de recours au droit pour réguler la vie des affaires ». Jean-Georges Betto, avocat in <https://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/larbitrage-accelérateur-de-lattractivité-économique-du-continent-africain/>

1.1 - Le réceptacle économique de l'autonomie de la volonté

La liberté individuelle, l'autonomie de la volonté ne peuvent trouver leur plein épanouissement que dans un cadre propice à l'expression des différences. Dès lors qu'une autorité suprême, même légitime, se met à régir dans le sens de leur uniformisation les comportements individuels, il y a de fortes chances de « scléroser » ces comportements et d'annihiler tout effort en vue d'atteindre un résultat performant.

Aujourd'hui, sous la très forte influence des institutions prêteuses, les économies africaines sont toutes tournées dans un sens libéral et prétendent promouvoir le secteur privé qui serait le moteur de la croissance. C'est une rupture d'avec les politiques économiques des premières décennies de nos indépendances. La plupart des secteurs de la vie économique et sociale qui étaient entre les mains de l'Etat font l'objet d'un désinvestissement accéléré au profit soit des opérateurs économiques soit de l'introduction des techniques de gestion du privé dans la sphère des structures publiques.

La privatisation caractérise donc les économies contemporaines. Cette idée ne fait plus peur et les partisans du « tout libéral » ne lui tracent plus aucune frontière. Il s'est ainsi mis en place une économie publique marchande dans la quasi-totalité des pays africains du sud du Sahara. Pour le Sénégal, le point d'ancrage textuel de cette forme d'intervention de l'Etat dans l'économie est la loi n°90-07 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique¹⁸

Dans un tel climat, on comprend aisément que l'idée d'une « privatisation de la justice » ne soit point hérétique. C'est même devenu un des lieux communs du discours sur la promotion du secteur privé en Afrique. Partout des institutions permanentes d'arbitrage ont été installées sous l'égide des milieux d'affaires¹⁹.

1.2 - La traduction juridique de l'autonomie de la volonté

On peut trouver les traces de ce libéralisme économique dans la quasi-totalité des branches du droit²⁰. Ce n'est pas le lieu d'en faire une présentation exhaustive. Il nous suffira d'évoquer deux phénomènes marquants du droit contemporain pour illustrer mes propos.

En premier lieu, nul ne conteste le recul des règles d'ordre public dans la matière des contrats. La théorie générale des obligations intègre ce phénomène comme une des constantes du droit contemporain des contrats. Le recul est tellement significatif que le droit des sociétés est, à certains égards, étudié dans la branche du droit des contrats²¹ Même l'acte uniforme sur les sociétés recèle de nombreux articles renvoyant à la volonté des parties (c'est-à-dire aux statuts) pour régler des questions liées à la vie des sociétés. Le point d'orgue est la société par actions simplifiées (SAS)²²

¹⁸ Journal officiel de la République du Sénégal du 7 juillet 1999.

¹⁹ Ce succès de l'arbitrage se traduit notamment par la présence de 72 institutions arbitrales sur le continent Jean Georges Betto, précité ; adde S. Menétry, La multiplication des centres d'arbitrage dans l'espace OHADA, précité

²⁰ Voir le désormais classique mais précurseur ouvrage de Gérard Farjat, Droit Economique, Thémis-PUF, 1982.

²¹ Voir l'ouvrage de GUYON consacré au droit des sociétés et publié dans le traité des contrats que dirige J. GHESTIN à la L.G.D.J.

²² Société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du droit de la S A. L'idée maitresse est d'offrir aux investisseurs une forme d'organisation de l'entreprise dont les règles de fonctionnement procéderaient de la convention des parties. Article 853-1 et suivants Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

En second lieu, on constate un recul des lieux judiciaires de la médiation à un point tel que ce phénomène désigné sous le vocable « déjudiciarisation » retient l'attention de nombreux juristes et sociologues qui font du droit leur champ d'investigation²³.

C'est principalement aux Etats-Unis et en Grande Bretagne que sont nées et se sont développées les principales formes d'*Alternative Dispute Resolution*. Prenant conscience du coût croissant et de la complexité grandissante des litiges dans lesquels sont impliquées les firmes, les juristes d'entreprise et les autres professionnels du droit se sont mis à explorer des modes plus simples de règlement des conflits²⁴ dont l'arbitrage qui fait partie de ces différents mécanismes de contournement du juge étatique et qui repose sur un accord dans la désignation d'un tiers chargé d'aider à la solution du litige.

2 - Les insuffisances de la justice étatique

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

En revanche, l'engouement actuel de l'Afrique depuis l'OHADA pour l'arbitrage tient, en dehors des insuffisances ci-dessus, à la volonté affichée dans le Traité « faciliter l'activité des entreprises » et de « garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement » (Préambule du Traité). En un mot, il faut sécuriser l'investissement aussi bien national qu'étranger.

En définitive, l'analyste qui prend l'Afrique comme champ d'observation, peut constater deux formes d'expression des insuffisances de la justice étatique comme élément explicatif du recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges liés aux affaires : les insuffisances communes à toutes les justices étatiques (1) et les insuffisances propres aux économies africaines (2).

2.1 – Les insuffisances propres à toutes les justices étatiques

Dans toutes les parties du globe, on explique le recours à l'arbitrage par le fait que les milieux d'affaires sont sensibles aux avantages que présenterait l'arbitrage par rapport à la justice d'Etat qui serait une justice très lente et une justice très coûteuse. Ce n'est pas faux, mais aujourd'hui beaucoup de ces avantages sont plus ou moins illusoire au moins pour les litiges purement internes.

²³ C'est ainsi que la Cour de cassation française y a consacré en juin 2019 un colloque qui était annoncé en ces termes : « *Non sans paradoxe de prime abord, la déjudiciarisation est aujourd'hui la grande affaire de la justice du 21ème siècle. Si les modes alternatifs de règlement des litiges existent depuis longtemps, l'on ne peut que constater un engouement récent et d'ampleur du législateur pour la déjudiciarisation, et le mouvement ne semble pas être en voie de prendre fin* ».

²⁴ Sans les énumérer tous, on peut signaler pêle-mêle : Le mini-procès (un tiers et le principal dirigeant de l'une des parties en litige forment le tribunal du mini-procès et la procédure se termine par un rapprochement après que le tiers ait donné son avis sur l'issue probable d'un procès). L'arbitrage sur dernière offre (chaque partie adresse par écrit le montant de ses prétentions à un tribunal arbitral qui doit accepter l'une des propositions sans modification et rendre une sentence : les parties sont obligées de réduire leurs exigences compte tenu du fait qu'une demande gonflée aboutirait certainement à une décision rendue en faveur de l'adversaire). La médiation et la conciliation qui sont des procédés faisant une large place à la négociation et dans lesquels l'intervention de celui qui est chargé de trouver une solution ne s'achève pas par une décision obligatoire pour les parties contrairement à la décision de l'arbitre.

2.1.1 – Les lenteurs

La justice étatique se caractérise essentiellement par son manque de flexibilité par rapport à l'arbitrage.

Un procès devant un tribunal étatique doit être mené conformément à des règles de procédure relativement fixes que les parties ne pourront contourner. De même le juge est lié par un formalisme assez rigoureux.

Mais dans la pratique de la justice d'Etat - surtout en Afrique -, on sait qu'il est quasiment impossible de suivre à la lettre les prescriptions des règles processuelles : le manque de moyens de la justice, les mauvaises conditions de travail des magistrats, l'inorganisation des greffes et beaucoup d'autres causes font que les délais pour rendre les jugements et les arrêts sont démultipliés. Il n'y a pas longtemps encore au Sénégal, on disait qu'il fallait, pour certaines affaires, pas moins de 10 ans pour arriver devant le juge de cassation.

2.1.2 – Les coûts

On soutient que l'arbitrage offre une justice moins coûteuse que la justice étatique. Mais cet argument n'est pas absolu et mérite d'être fortement nuancé surtout en ce qui concerne l'arbitrage international. Il y a en effet très peu de chances pour que ce genre d'arbitrage soit moins cher qu'un procès ordinaire : il faut payer les arbitres (contrairement au juge), il faut payer les frais administratifs (s'il s'agit d'un arbitrage institutionnel) ou louer des locaux pour les réunions et les audiences (s'il s'agit d'un arbitrage ad hoc). Il est vrai que certaines institutions d'arbitrage organisent presque gratuitement l'arbitrage mais il existe des centres qui sont excessivement coûteux.

En définitive, cette question du coût des procédures n'emporte vraiment pas la conviction comme élément en faveur de l'arbitrage face à la justice d'Etat.

2.2 – Les insuffisances spécifiques aux justices africaines

Un des principaux reproches qu'a encouru la justice africaine dans la période de genèse du Traité OHADA, c'est de n'assurer aucune « sécurité » à l'investissement domestique et surtout, à l'investissement étranger.

Notre justice était considérée comme incapable d'assurer une jurisprudence ferme du fait de l'éclatement des lieux de la décision judiciaire suprême dans les différentes capitales africaines. Du coup l'investisseur ne sait à quel saint se vouer car les interprétations des éléments identiques d'un même litige seront différentes selon qu'on est à Dakar, Brazzaville, Abidjan, Lomé ou Cotonou (Voire affaire des retraités d'Air Afrique). Il y avait donc une insécurité judiciaire qui n'était en fait qu'un des avatars de la disparité des législations nationales applicables aux affaires. C'est pour y pallier que le droit continue d'être harmonisé et que la justice l'est déjà au sommet (CCJA) pour tout le domaine du droit des affaires (version OHADA). Mais comme déjà évoqué dans l'introduction, la justice d'aujourd'hui est duale : elle est publique d'une part et privée d'autre part. Il fallait donc, en même temps que la création de la CCJA prévoir l'harmonisation de l'arbitrage. Ce fut fait, de manière malheureuse au début à mon avis²⁵, heureusement magistralement rattrapée dans l'Acte uniforme²⁶.

²⁵ Dans le traité lui-même qui aurait pu se borner à poser le principe et à renvoyer aux textes subséquents comme pour les autres matières. D'où nos sorties à l'époque dans la grande presse sous le titre provocateur « L'arbitrage en danger » in, le Soleil, quotidien d'informations générales sénégalais, du 29 Octobre 1997.

²⁶ Ce qui justifia quelques mois plus tard, un autre article toujours dans le Soleil avec le titre évocateur de la correction opérée par l'OHADA sur le droit de l'arbitre : « l'arbitrage libérée ! ». C'est cet article qui inspire en substance, les développements suivants de la deuxième partie de cet article.

Cela dit et pour conclure sur ce premier aspect des raisons de la généralisation croissante de l'arbitrage comme procédé de règlement de litiges économiques, il est vrai, force est de le reconnaître, l'arbitrage offre de véritables avantages aux opérateurs économiques : leurs querelles ne sont pas divulguées sur la place publique (discrétion), le juge dans l'arbitrage a souvent une compétence technique relative à l'affaire en litige (compétence de l'arbitre), la décision arbitrale ne tranche pas dans le vif comme le jugement qui est souvent rendu de manière trop impersonnelle (possibilité d'un arbitrage en amiable composition).

Au final, à côté des raisons traditionnelles expliquant le recours à l'arbitrage par comparaison à la justice étatique, on se doit aussi de mettre l'accent sur les facteurs tenant à l'exaltation de l'autonomie de la volonté, conséquence de la généralisation du libéralisme économique et de l'échange marchand.

DEUXIEME CLÉ

Le comment de l'arbitrage : La place prépondérante de la volonté des parties dans la conduite du processus

Avec le Traité OHADA, les modes alternatifs de règlement des litiges ont trouvé une base juridique raffermissée sur le territoire national de chacun des Etats membres car, comme déjà dit, ce traité, dès son préambule, affirme l'objectif de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels.

C'est pourtant, après une longue période de gestation, parsemée d'embûches et de "velléités totalitaires", que la version finale de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage pris en vertu du traité OHADA, est entrée en conformité avec les tendances modernes du droit de l'arbitrage au niveau mondial : faire de l'arbitrage, la "chose" des parties, et rendre la décision de l'arbitre irrévocable²⁷. Aujourd'hui donc, le droit de l'arbitrage, tel que déjà exprimé dans l'Acte Uniforme initial²⁸ avait déjà donné à l'OHADA ses lettres de noblesse en ce qui concerne ce mode de règlement des litiges. Celui du 23 novembre 2017, qui a révisé l'Acte uniforme de 1999 est sur la même lancée libérale. Elle a par ailleurs, introduit l'arbitrage des investissements visant à impliquer les États dans les procédures arbitrales issues des contrats d'investissements tels les contrats de partenariats public-privé²⁹.

En réalité, l'Arbitrage ne peut être enfermé dans un carcan sclérosant car il s'agit d'une procédure multiforme reposant sur l'exaltation de l'autonomie de la volonté comme nous l'avons démontré ci-dessus. A quelques exceptions près, tenant au respect de l'ordre public processuel et international, elle est largement gouvernée par la volonté des parties, pour ne pas dire par la liberté individuelle.

Afin de rendre prégnant le libéralisme et la prééminence de la volonté des parties dans ce processus, nous allons partir d'une fiction et imaginer, un court instant, le temps de la lecture de ce qui suit, que l'espace OHADA est un restaurant dans lequel on a la liberté du choix de ce que l'on veut déguster et surtout, qu'il nous est garanti une efficacité sans failles du service conduisant à notre entière satisfaction à la sortie du restaurant. C'est un peu cela l'arbitrage OHADA. Le mode de fonctionnement de ce restaurant imaginaire colle parfaitement à l'esprit de notre analyse dont les caractéristiques essentielles sont : la liberté des parties de

²⁷ Il faut en effet savoir que dans les pays de tradition économique libérale comme aux États-Unis, l'intérêt pour l'arbitrage provient du milieu des affaires et de l'attractivité provenant du libéralisme du droit relatif aux méthodes alternatives de règlement des conflits. La loi fédérale d'arbitrage de 1925 donnait aux arbitres l'immunité et de larges pouvoirs pour rendre leur sentence arbitrale. Ils n'étaient pas liés par la loi qu'ils pouvaient ne pas prendre en compte dans la recherche de la solution. Cette loi donnait aussi aux parties la liberté dans le choix du droit applicable à la procédure et au fond du litige. Des lois uniformes largement inspirées de la loi fédérale ont été depuis lors adoptées par 48 des 50 états américains. Ces textes d'inspiration libérale plus la culture du bénévolat dans la société américaine ont certainement largement contribué au succès de l'arbitrage aux Etats-Unis.

²⁸ Signé à Ouagadougou le 11 Mars 1999 et publié dans le JO de l'OHADA du 15 Mai 1999

²⁹ Il est curieux de constater que la question que l'on se posait dans les premiers moments de la réglementation ohada est encore posée aujourd'hui : « *le droit de l'arbitrage issu de l'Acte uniforme a-t-il contribué à la sécurité de l'investissement dans notre espace économique ? Il faut en effet savoir que le recul des lieux judiciaires de la médiation est souvent invoqué, dans la plupart des pays du globe, comme élément de sécurisation de l'investissement* » (A. Sakho, L'arbitrage libéré, Dakar 2000). « *Mais, cette évolution est-elle suffisante pour constituer une véritable révolution, au point d'entraîner l'adhésion des investisseurs à y recourir le plus massivement possible dans les contrats d'investissements dans les pays-membres de l'OHADA* »? (Jacques-Brice Momnougui, <http://www.ohada.com/actualite/4280/arbitrage-des-investissements-ohada-evolution-ou-revolution.html>).

choisir les règles qui leur conviennent pour résoudre leur litige et, la garantie pour ces mêmes parties que leur volonté sera exécutée. Autrement dit, c'est la liberté de composer le menu et l'assurance que nos vœux seront exaucés grâce à un service de qualité.

1 - La diversité dans le choix des formes d'arbitrage (*la liberté de composer le menu : un arbitrage à la carte*)

Dans l'Arbitrage OHADA, les parties sont maîtresses du jeu. Elles ont la liberté de choisir l'une des formes d'arbitrage prévues par le droit en vigueur. Une fois ce choix effectué, elles disposent d'une grande liberté dans la détermination du droit applicable au déroulement de l'Arbitrage.

Pour en revenir à notre restaurant fictif : le choix du plat principal et celui des mets d'accompagnement sont laissés à la libre appréciation des parties. Ainsi, on se trouve en présence d'un arbitrage à la carte dont le contenu est varié.

La diversité des formes d'arbitrage et la liberté dans le choix (le met principal)

Il convient de retenir ici que l'Acte Uniforme a considérablement élargi la gamme des procédures contrairement aux avant-projets qui, dans leurs premières versions, rendaient obligatoires et « sans appel » la seule procédure d'arbitrage de la CCJA. Aujourd'hui, outre cette dernière, les citoyens de l'espace OHADA peuvent s'en remettre à des institutions permanentes d'arbitrage dans chaque pays, voire même à l'arbitrage ad hoc et à l'arbitrage d'investissements³⁰.

L'**arbitrage CCJA** est la procédure prévue dans le Traité lui-même (art. 21 à 26) et qui institue la CCJA en centre d'arbitrage ayant son propre règlement. Ce règlement a d'ailleurs été publié en même temps que l'Acte Uniforme.

Si le choix est porté sur cette procédure CCJA, (qui, cela mérite d'être signalé, ne concerne que les différends d'ordre contractuel), la décision d'exequatur ne peut être rendue par une juridiction autre que la CCJA exerçant ses compétences juridictionnelles.

Mais la CCJA n'est pas le seul centre d'arbitrage dans notre espace. Il en existe un peu partout dans les Etats parties au Traité. Dakar a le sien (auprès de la Chambre de Commerce). Il en est de même d'Abidjan qui est pourtant le siège de la CCJA et d'autres villes aussi en ont.

Cela signifie que la cohabitation est possible. Elle était en tout cas souhaitée par les « sans culottes » contemporains qui ne se sont pas ménagés pour aller à l'assaut des privilèges monopolistiques que les rédacteurs des premiers avant-projets d'actes uniformes voulaient réserver à la citadelle CCJA en sa qualité de centre d'arbitrage : ces projets nourrissaient le sombre dessein "d'embastiller" l'arbitrage en ne rendant possible qu'une seule procédure, celle organisée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dont le siège est Abidjan (A. SAKHO, *l'Arbitrage en danger !*, le Soleil 29 Oct. 1997).

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

³⁰ L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements (article « Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

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

L'arbitrage d'investissements, introduit en droit OHADA par l'Acte uniforme de 2017, est une procédure de règlement des différends entre les investisseurs étrangers et les Etats d'accueil. Il a toujours été considéré comme la possibilité pour un investisseur étranger de poursuivre un Etat hôte. C'est une garantie pour cet investisseur étranger car, dans le cas d'un litige, il aura accès aux arbitres qualifiés et indépendants qui résoudront le litige et rendront une sentence exécutoire³¹.

2 - Liberté des parties de déterminer l'essentiel dans le déroulement de la procédure (les mets d'accompagnement)

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

Concernant le droit applicable à la procédure, les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix selon le premier alinéa de l'article 14 de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage.

Même lorsque les parties s'en remettent à des Règlements d'arbitrage, ces derniers ne ferment pas hermétiquement la porte à la possibilité d'une détermination des règles de procédure applicables à l'instance par les parties. Ainsi l'art. 16 du Règlement CCJA prévoit : **"les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent règlement et, dans le silence de ce dernier, celles que les parties ou à défaut l'arbitre déterminent, en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage"**. De même, l'article 16 du règlement d'arbitrage du Centre de Dakar dispose dans des termes relativement similaires : **"les parties sont libres de convenir de la procédure arbitrale..."**.

³¹ Ce n'est pas l'objet de cet article que de développer sur cette forme particulière d'arbitrage qui met en cause des parties aux intérêts souvent divergents mais obligés de coopérer à travers des normes composant ce qu'on appelle le droit des investissements et qui prétend à la vanité de satisfaire aussi bien l'investisseur que le pays d'accueil. V. *Propriété formelle et propriété substantielle en droit des sociétés et des groupes*. Abdoulaye Sakho et Irina Parechkevova in *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Ouvrage collectif sous la direction de Laurence Boy, Larcier 2015. Sur l'arbitrage d'investissement proprement dit : Sylvie Bassaloué, *La protection des contrats d'investissements privés étrangers en Afrique*. Wolter Kluiver France, 16 avril 2018 ; Jacques-Brice Momnougui, *Arbitrage des investissements OHADA : évolution ou révolution ?*, article précité. Pour l'Europe, V. Rainer Geiger, *Les Procédures d'arbitrage dans les accords d'investissement de l'Union européenne*. L'enjeu des Traités transatlantiques, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2015/4 t. XXIX | pages 451 à 465. Plus instructif sur les évolutions dans les réticences de la Cour de Justice de l'Union Européenne à cette forme d'arbitrage depuis l'arrêt Achméa, V. Jérémy Jourdan-Marques, *Chronique d'arbitrage au Dalloz du 7 juin 2019 : la CJUE surmonte (timidement) sa réticence vis-à-vis de l'arbitrage*.

Pour les règles de fond, c'est à dire les règles applicables au fond du litige et qui permettent de dire le droit, la liberté des parties est à son maximum. « **Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriés compte tenu le cas échéant des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir** »³².

Pour conclure sur cette libre composition des mets dans notre restaurant OHADA, il convient de retenir que, comme partout ailleurs, **cette liberté a des limites**. Elle n'est pas absolue parce que soumise aux limites inhérentes à l'autonomie de la volonté dans le droit des contrats (l'ordre public notamment³³) et aux principes essentiels du droit processuel sans lesquels l'Arbitrage basculerait vers l'arbitraire (égalité des parties, principe du contradictoire...).

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

3 - Les garanties de l'exécution de la volonté des parties et de la décision de l'arbitre (l'efficacité du service)

Il ne sert à rien de se choisir les meilleurs mets d'un restaurant si le service se révèle défaillant (attente trop longue, interruptions fréquentes, portes de service grinçantes,...). En conséquence, pour ne pas faire les choses à moitié, et à l'instar des législations modernes sur l'arbitrage, le système OHADA assure à l'arbitrage une très grande efficacité.

Celle-ci se manifeste à un double point de vue : d'une part, dans le régime de la convention d'arbitrage qui est l'acte juridique par lequel le litige est soumis à un tribunal arbitral et d'autre part, dans la sentence arbitrale qui est l'acte juridictionnel c'est à dire la décision du juge arbitral encore appelée sentence.

3.1- La condition sine qua non pour qu'il y ait arbitrage est l'existence d'une convention

C'est donc un contrat, un acte juridique qui est à la base de ce mode de règlement des litiges car, en dehors de l'arbitrage d'investissements, l'arbitrage OHADA, selon notre lecture de l'Acte uniforme dans ses articles 3 et 3-1, ne peut naître que d'une convention le prévoyant expressément et qui prend la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire³⁴.

³² Art. 15 Acte uniforme. V. en jurisprudence, et sur l'amiable composition, CCJA19 juillet 2007 : « *le tribunal arbitral ne peut user des pouvoirs d'amiable compositeur que si les parties les lui confèrent, l'amiable composition se définissant de manière négative, comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter, en tant que leur sentiment d'équité l'exige* ». V. sous l'article 15 dans le code bleu OHADA, Editions, Juriafrica.

³³ Outre « Ordre public et arbitrage », Ndiaw Diouf et Abdoulaye Sakho, précité, voir en dernier lieu, CCJA, 28 mai 2020, n° v193/2020, société GRANT THORNTON S.A., A. M. G. et A. N. c/P. N. M et les observations de Jacques Mestre, <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/28246/la-ccja-retient-a-juste-titre-une-approche-extensive-de-l-arbitrabilite>

³⁴ Art. 3. *L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements.* Art. 3-1. *La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né décident de le régler par la voie de l'arbitrage.*

Mais, il s'agit d'un contrat qui se révèle fragile parce que reposant pour son exécution sur la loyauté et la bonne foi des parties. Le refus d'exécution oblige à s'en remettre à la justice avec tout ce que cela comporte comme aléas.

Pour y pallier, le droit de l'arbitrage OHADA érige, en la matière, le respect de la parole donnée en principe juridique. En conséquence, dès lors que les parties sont convenues d'y recourir, l'arbitrage aura lieu nonobstant le refus de l'une d'elles. C'est en ce sens qu'on peut parler d'efficacité de la convention d'arbitrage qui se manifeste dans le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et dans la formation du lien d'instance.

3.2 - L'autonomie de la convention d'arbitrage

La tentation est grande pour une des parties de contester la validité de la convention d'arbitrage dès lors qu'elle se doute d'une issue défavorable pour elle. Puisque c'est la convention qui institue le tribunal arbitral, son irrégularité empêcherait les opérations d'arbitrage en remettant en cause le pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

D'ailleurs, certains plaideurs utilisaient systématiquement la contestation de la validité de la convention d'arbitrage comme dilatoire, un moyen de retarder la décision finale sur le litige.

En effet, il était de pratique de faire trancher le contentieux de la validité de la convention d'arbitrage par le juge étatique pour ensuite revenir à l'arbitrage si le juge déclarait la convention valable. L'argumentation la plus pertinente pour remettre en cause la convention d'arbitrage consistait à faire état de la nullité du contrat principal qui la contient (hypothèse de la clause compromissoire).

Ce genre de pratique ne prospère plus depuis longtemps car, l'Acte Uniforme qui dispose que la validité de la convention d'arbitrage n'est nullement affectée par la nullité du contrat principal duquel elle est indépendante (principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage) et que l'arbitre peut lui-même trancher la question de sa propre investiture (principe de la compétence - compétence)³⁵.

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

Nous voyons ainsi que le droit OHADA donne toute son efficacité à la convention d'arbitrage à travers ce principe d'autonomie et son corollaire la compétence-compétence.

Ce n'est pas tout car cette efficacité est renforcée par les conséquences qui s'attachent à la formation du lien d'instance.

³⁵ *Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal auquel elle se rapporte impose au juge arbitral, sous réserve d'un recours éventuel contre sa sentence à venir, d'exercer sa pleine compétence sur tous les éléments du litige à lui soumis, qu'il s'agisse de l'existence, de la validité ou l'exécution de la convention.* CCJA, 24 avril 2008 sous article 11 Code bleu OHADA Op. Cit. ; adde Article 11a.1 « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage* ».

3.3 - La solidité du lien d'instance arbitrale

L'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit l'arbitre conformément à la convention d'arbitrage ou, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral³⁶.

Le Règlement d'Arbitrage CCJA en tire la conséquence suivante : « **lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour... si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention** » (art. 10-1 et 10-2).

De même le règlement du centre de Dakar : "*Si l'une des parties, régulièrement convoquée conformément au présent règlement, ne comparait pas à l'audience, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage*". (Article 27, al.1 - Règlement du Centre d'Arbitrage de Dakar)

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

La conséquence qu'on peut en tirer et qu'en tire effectivement l'Acte Uniforme est l'incompétence des juridictions étatiques pour connaître le litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage, sauf si elles renoncent d'un commun accord à l'arbitrage ou si la convention est manifestement nulle³⁷.

Par ailleurs, comme pour confirmer l'intensité de la convention d'arbitrage, l'Acte Uniforme permet la constitution du lien d'instance même après la saisine d'un juge étatique (art. 4 al. 3). C'était une disposition intéressante pour les centres locaux d'arbitrage qui devaient pouvoir se retrouver avec une grande partie du contentieux encore pendant devant les tribunaux étatiques.

En ce qui concerne la sentence qui, il faut le rappeler, est la décision du tribunal arbitral, il convient de retenir qu'elle cristallise l'intérêt essentiel de l'arbitrage. En effet, en procédant par la voie de l'arbitrage pour résoudre leur différend, les parties espèrent qu'elle débouche sur une sentence qui s'impose à elles.

Dans ce sens l'Acte Uniforme affirme que la sentence a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche (art. 23). Cette qualité permet de distinguer la sentence d'une simple recommandation dont l'exécution dépendrait de la volonté des parties. Mais elle ne permet pas, tout autant, de la considérer comme un véritable jugement car elle ne bénéficie pas, en elle-même, de la formule exécutoire nécessaire pour une exécution forcée.

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

³⁶ La procédure arbitrale commence à la date à laquelle l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral (article 10 al. 2, Acte Uniforme).

³⁷ Article 13 Acte uniforme « *Lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente.*

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce... ».

cette décision puisse être bloquée par le refus d'une des parties. Le système OHADA satisfait cette double exigence.

L'OHADA fait l'économie de voies de recours telles que l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation contre la sentence.

Les seules voies offertes sont celle du recours en annulation, celle de la tierce opposition et celle du recours en révision³⁸.

Il faut voir dans cette limitation des voies de recours une autre conséquence du respect de la parole donnée. L'arbitrage est une affaire de « gentleman », voire un *Gentlemen's agreement*. Il n'est pas du tout indiqué qu'après avoir obtenu, dans la discrétion, une décision, on se mette à la contester comme un vulgaire chiffonnier.

En extrapolant, il est possible de considérer la décision arbitrale comme un élément à part entière du contrat d'arbitrage et, en ce sens, elle mérite les mêmes égards de loyauté et de bonne foi que toutes les autres clauses du contrat.

Le monde des affaires, même s'il admet l'habileté pouvant conduire à « faire mal » à un concurrent, ne peut souffrir de la déloyauté. Il fonctionne selon une éthique fondée également sur le respect de ce principe juridico-moral qu'est la parole donnée. Elle est sacrée en affaires !

Pour finir, la sentence peut faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision judiciaire provenant de la CCJA pour l'arbitrage organisé par ce centre ou des juridictions nationales pour les centres locaux.

Il s'agit de l'**exequatur** dont l'avantage pour celui rendu par la CCJA est que la sentence aura un caractère exécutoire dans tous les Etats-parties. Mais l'exequatur par les juridictions nationales n'est pas en reste car elle assure une justice de proximité.

Dans l'arbitrage, il n'est vraiment pas souhaitable qu'on en arrive à l'exécution forcée. Mais pour parer à toute éventualité, l'Acte Uniforme a quand même prévu une procédure d'exequatur par les articles 30 et suivants de l'Acte uniforme. Et même les décisions arbitrales rendues hors de l'espace OHADA peuvent recevoir cet exequatur. L'exequatur est refusé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international d'un Etat partie (Acte Uniforme) ou à l'Ordre public international tout court (procédure CCJA).

³⁸ Article 25 Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage : « *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 la juridiction compétente dans l'Etat Partie...

Elle peut également faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer sur la solution du différend une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision... ».