

REGARD CRITIQUE SUR LE DROIT DE L'ARBITRAGE OHADA

Henri-Joël TAGUM FOMBENO

Docteur d'Etat en droit

Conseil Juridique à la Direction Générale de l'ASECNA

Peut-on encore enrichir l'étude du droit de l'arbitrage OHADA par des éléments nouveaux ? Le doute est plus insistant si l'on sait que bien de commentaires sont récents et, de plus, publiés dans une période où ce droit a vu le jour.¹

Quelques raisons militent cependant pour cette étude. Tout d'abord, le cours de Droit de l'arbitrage est ignoré ou ne figure que rarement dans la plupart des *curricula* officiels des facultés de Droit. C'est très souvent en parent pauvre que l'arbitrage est traité. Il est abordé très rapidement, généralement en quelques lignes, au niveau de l'introduction du cours de droit commercial ou de droit des affaires. A cet effet, tout écrit dans ce domaine ne peut que contribuer à développer la matière. Cette raison, à elle seule, aurait pu suffire, mais il s'y ajoute une autre.

Il faut relever ensuite la place grandissante faite à l'arbitrage aujourd'hui dans la pratique des affaires de nombreux pays africains. Ce regain d'intérêt pour l'arbitrage ne saurait laisser insensible la doctrine, facteur indispensable du progrès du droit, qui doit jouer son rôle de clarification et de mise en ordre afin de prévenir notamment l'insécurité juridique et judiciaire qui a été à l'origine du Traité OHADA.

En effet, devant le ralentissement des investissements, le besoin s'était fait sentir d'essayer de reconstruire l'édifice juridique de l'ensemble des pays de la zone franc afin de redonner confiance aux opérateurs économiques.² C'est dans cette perspective qu'un traité a été conclu le 17 octobre 1993 à Port-Louis,³ sous l'appellation de « Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ».

¹ Voir notamment : Pascal AGBOYIBOR « Activités de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », RDAI 1999 numéro 6 p. 677. ; « OHADA – Droit des affaires en Afrique » RDAI 2000 numéro 4 p. 490 et s. ; AMOUSSOU GUENOU Roland « L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international », Les petites affiches (146), 7 décembre 1998 p. 8-11 ; « L'arbitrage dans le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique » RDAI 1996 numéro 3 p. 331 et s. ; Bamba AFFOUSSIATOU « La procédure d'arbitrage devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage » Revue Penant numéro 833 mai 2000 p. 147 et s. ; Alain FENEON « Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique, de l'apport de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA » revue Penant numéro 827 mai 2000 p. 126 et s. ; Joseph ISSA-SAYEGH « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc » Revue Penant numéro 824 mai 1997 p. 125 et s. ; Philippe LÉBOULANGER « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique » Revue de l'arbitrage 1999 numéro 3 p. 541 et s. ; « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans le système OHADA » revue Penant numéro 833 mai 2000 p. 166 et s. ; Pierre MEYER « L'acte uniforme de l'OHADA sur le droit le droit de l'arbitrage (Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique) » RDAI 1999 numéro 6 p. 629 et s. ; Abdoulaye SAKHO, *L'Acte uniforme sur l'arbitrage*, Thème n° 6 de la première session de formation des formateurs de l'Ecole Supérieure Régionale de la Magistrature (E.R.SU.MA)., p. 26.

² Keba MBAYE, Avant-propos numéro spécial OHADA de la Revue PENANT n° 827, 2000, p. 126.

³ Capitale de l'Ile Maurice

Dans le cadre de ce traité, 16 Etats africains⁴ ont pris l'initiative d'harmoniser leur Droit des affaires : « *par l'élaboration et l'adoption de règles simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies* ». L'objectif essentiel était de réaliser la sécurité juridique et judiciaire dans le but de favoriser le développement de l'esprit d'entreprise.

Il faut admettre que même si le Traité de Port-Louis a utilisé le concept d'harmonisation, il s'agit en réalité d'une unification. Ce concept a été employé tout simplement pour qualifier l'ambition des Etats africains. Il traduit la volonté d'une application harmonieuse du Droit unique sous le couvert d'une haute juridiction⁵, et par des spécialistes formés dans une école commune de magistrature⁶.

En effet, comme le souligne le Professeur Joseph ISSA SAYEGH⁷, l'harmonisation consiste à mettre en accord des dispositions d'origines différentes, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence entre elles ou avec une réforme nouvelle. Elle laisse aux Etats le choix des moyens pour y parvenir. C'est cette méthode qui a été choisie par l'Union Européenne.

Quant à l'uniformisation du droit, elle se présente comme une méthode plus radicale de l'intégration juridique puisqu'elle consiste à effacer les différences entre les législations nationales en leur substituant un texte unique rédigé en des termes identiques pour tous les Etats concernés. A cet égard, la démarche des pays africains est plus radicale et plus ambitieuse que celle de l'Union Européenne.

Le Traité OHADA a été suivi par une série d'actes d'application. Il s'agit des « Actes uniformes » : Acte Uniforme relatif au droit commercial général⁸, Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁹, Acte Uniforme portant organisation des sûretés¹⁰, Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution¹¹, Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹², Acte Uniforme sur l'arbitrage¹³, Acte

⁴ Au départ ils étaient 14 : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo Brazzaville, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad. C'est bien après que se sont ajoutées la Guinée Conakry et la Guinée Bissau.

⁵ La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) d'Abidjan

⁶ L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (E.R.SU.MA.) de Cotonou

⁷ Joseph ISSA SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », Revue Penant, n° 823, janvier – février 1997, p. 5 et s. ; n° 824, p. 125 et s.

⁸ Adopté le 17/4/1997 et entré en vigueur par mesure dérogatoire le 1er janvier 1998.

⁹ Adopté le 17/4/1997 et entré en vigueur par mesure dérogatoire le 1er janvier 1998.

¹⁰ Adopté le 17/4/1997 et entré en vigueur par mesure dérogatoire le 1er janvier 1998.

¹¹ Adopté le 10/4/1998 et entré en vigueur 90 jours après son adoption (art. 9 du Traité relatif à l'Harmonisation).

¹² Adopté le 10/4/1998 et entré en vigueur à titre dérogatoire le 1er janvier 1999.

¹³ Adopté le 11/6/1999 et entré en vigueur 90 jours après son adoption (art. 9 du Traité relatif à l'Harmonisation).

Uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises dans les pays de l'OHADA¹⁴.

Mais l'un des traits marquants de la réforme OHADA est la place particulière réservée à l'arbitrage, ce mode de règlement des litiges ayant été perçu comme un des moyens de prévenir l'insécurité judiciaire. En effet, pendant longtemps, les opérateurs économiques au regard de l'insécurité juridique et judiciaire qui prévalait dans la quasi-totalité des Etats africains subsahariens, étaient méfiants.

L'insécurité juridique résultait du caractère obsolète des textes juridiques en vigueur dans la plupart des Etats, de l'insuffisance de ceux-ci par rapport au Droit économique moderne ou encore du retard ou même de l'absence de publication de textes, faute de moyens. S'agissant de l'insécurité judiciaire, elle était constituée par la lenteur des procédures, l'imprévisibilité des tribunaux, la corruption du système judiciaire, les difficultés d'exécution des décisions de justice, etc.¹⁵

Dans cet environnement, une réforme du droit de l'arbitrage était d'autant plus nécessaire que les législations nationales africaines étaient, en général, peu favorables ou incomplètes en la matière. Le droit positif de l'arbitrage des Etats parties de l'OHADA se partageait en deux catégories de législations.

Certains de ces Etats vivaient encore sous la législation coloniale. Il en était ainsi du Burkina Faso, du Cameroun, de la Centrafrique, de la Guinée Conakry, de la Côte d'Ivoire avant la réforme introduite par la loi du 9 août 1993 alors qu'elle avait codifié son droit judiciaire privé depuis 1972. D'autres, à l'occasion de la réforme de leur droit judiciaire privé, avaient introduit des dispositions plus ou moins complètes relatives à l'arbitrage en adoptant littéralement la quasi-totalité des dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile français sur l'arbitrage commercial interne et international. C'était le cas du Congo, du Gabon, du Mali, du Sénégal, du Tchad et du Togo.

Dès lors, on peut affirmer que le Traité de Port-Louis a accompli une avancée remarquable en ce qu'il a mis en place, d'une part, une loi moderne sur l'arbitrage, commune à tous les Etats membres de l'OHADA et, d'autre part, un mécanisme d'arbitrage institutionnel régional.¹⁶ Aussi, le Droit de l'arbitrage issu du Traité OHADA, contient des particularités qui pourraient le rendre à certains égards, plus moderne que le Droit français, même si par endroit on dénote certains lacunes.

Les espoirs et les inquiétudes que cette réforme a suscités ont laissé des traces. Pour mieux les appréhender, il convient d'examiner, d'une part, les grands axes de la réforme du

¹⁴ Adopté les 23 et 24 mars 2000 ; Entrée en vigueur : pour les comptes personnels des entreprises, le 1er janvier 2001; opérations et comptes de l'exercice ouvert à cette date ; pour les comptes consolidés et les comptes combinés le 1er janvier 2002 : opérations et comptes de l'exercice ouvert à cette date.

¹⁵ Ndiaye Mayatta MBAYE, *L'arbitrage OHADA : réflexions critiques*, Mémoire de DEA de Droit privé, Paris X, Université de Nanterre, 2002-2001, p. 2.

¹⁶ Voir Henri EPESSE et Gilles CUNIBERT, « L'arbitrage en droit OHADA : intérêts et enjeux du nouveau droit africain de l'arbitrage », *Le Juriste*, mars 2001.

droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA (I) et, d'autre part, les particularités de cette réforme (II).

I. LES GRANDS AXES DE LA REFORME DU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS L'ESPACE OHADA

Cette réforme repose sur deux points essentiels : l'adoption d'un acte uniforme sur l'arbitrage, commun à tous les Etats membres de l'OHADA (A) et la création d'un mécanisme d'arbitrage institutionnel régional, dont la clé de voûte est la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) (B).

A./ L'ADOPTION D'UN ACTE UNIFORME SUR LE DROIT DE L'ARBITRAGE

L'OHADA a accordé une place de choix à l'arbitrage. Cette place conférée à l'arbitrage dans le cadre de l'OHADA se manifeste par le fait que ce type de règlement est prévu par le Traité lui-même, dans son préambule¹⁷ ainsi que par les articles 1^{er} et 21 à 26 et bien évidemment par l'Acte lui-même.

L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage définit de manière très large le domaine de l'arbitrage, affirme la validité de principe de la clause d'arbitrage afin d'en assurer la pleine efficacité, fixe les règles d'organisation de la procédure d'arbitrage dans le cadre du recours à la CCJA, et enfin consacre la compétence exclusive de l'arbitre pour statuer au fond, ce qui exclut toute intervention du juge étatique. Seuls retiendront particulièrement notre attention : le domaine de l'arbitrage organisé par cet Acte (1) et la procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales (2).

1. Le domaine de l'arbitrage organisé par l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage

Inspiré des dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile français relatives à l'arbitrage commercial et international mais aussi de la loi-type de la CNUDCI¹⁸, l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage abroge et remplace les droits de l'arbitrage des Etats parties en leurs dispositions antérieures ou postérieures, conformes ou contraires.

Aussi, il convient de déterminer son champ d'application *ratione loci* (a) et *ratione materiae* (b).

a) Le champ d'application *ratione loci*

L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage « *a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties* ». C'est ce qui ressort de l'article 1^{er} de cet Acte.

De cet article, il s'infère que le siège du tribunal arbitral est l'élément exclusif de rattachement permettant l'application des dispositions de l'Acte uniforme à la Convention

¹⁷ Dans le préambule du Traité OHADA, les parties contractantes affirment leur « *désir de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels.* »

¹⁸ Commission des Nations-Unies sur le Droit Commercial International

d'arbitrage. Même si un tel rattachement ne peut guère surprendre, dans la mesure où c'est ce qui a été adopté dans la plupart des législations modernes, il reste que dans la pratique arbitrale, la notion de siège arbitrale est équivoque. Elle peut tout aussi bien désigner le lieu géographique où se déroulent les opérations d'arbitrage que l'environnement juridique choisi par les parties pour leur arbitrage.

Dès lors, en prenant en compte la place faite à la volonté des parties par le droit de l'arbitrage OHADA, on est tenté de croire que les rédacteurs OHADA ont voulu entendre par siège arbitral l'environnement juridique choisi par les parties. Pourtant, la réalité est toute autre lorsqu'on fait l'exégèse même de cet article. En effet, en utilisant le terme « *a vocation à s'appliquer* », il semble évident qu'ils aient entendu désigner le lieu où se tiennent les audiences arbitrales.

Par ailleurs, il faut aussi voir dans cette expression une option laissée aux parties qui peuvent écarter l'application de l'Acte uniforme même lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve sur le territoire d'un Etat partie.

Une telle rédaction ne relève d'ailleurs que de la logique. En effet, en raison du principe d'autonomie qui gouverne l'arbitrage, il est normal que les parties se donnent des normes qui leur permettent, soit de combler les lacunes des normes étatiques, soit de les écarter lorsqu'elles leur paraissent inappropriées.

C'est d'ailleurs la raison d'être de l'article 14 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui vient préciser et compléter de manière fort utile et fort à propos l'article 1^{er}. Cet article est ainsi conçu : « *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 la procédure de leur choix.* »

Outre le critère de rattachement qu'est le siège du tribunal arbitral, on peut noter un autre élément remarquable au niveau du champ d'application spatial de l'Acte uniforme sur le droit arbitral. En effet, cet Acte ne fait aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international¹⁹. C'est toujours la conséquence de l'expression « *a vocation à s'appliquer* ».

Les rédacteurs OHADA se sont ainsi démarqués d'une distinction traditionnellement faite en la matière par les législations africaines antérieures. Cette absence de distinction se justifie d'après les rédacteurs de l'exposé des motifs de la première version de l'avant-projet d'acte uniforme « *au caractère internationaliste déjà très poussé de la Loi Uniforme qui a vocation à s'appliquer dans seize Etats ; tracer une nouvelle frontière entre cet « Espace OHADA », et les autres pays du monde nous a dès lors paru inutile et dangereux.* »

Pourtant une telle distinction s'avère nécessaire dans la mesure où dans l'espace OHADA, on peut retrouver aussi bien l'arbitrage interne qu'international. Mieux, il est largement reconnu que l'arbitrage international fonctionne effectivement parce qu'il a été mis en place un système de textes étatiques et de conventions internationales. Le fait que l'Acte

¹⁹ Le terme « *international* » est généralement employé pour marquer la différence entre un arbitrage qui est purement interne à un Etat, un arbitrage national et, un arbitrage qui, d'une certaine manière transcende les frontières, et « *met en cause les intérêts du commerce international* ».

uniforme sur l'arbitrage est pour une large part, influencé par la loi-type de la CNUDCI qui a une valeur conventionnelle et internationale ne saurait servir d'excuse.

L'examen du champ d'application *ratione loci* appelle nécessairement celui du champ d'application *ratione materiae*.

b) Le champ d'application *ratione materiae*

Aux termes de l'article 2 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage : « *Toute personne physique ou morale a le droit de recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.*

Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. »

Il résulte de ce texte qu'une personne ne peut recourir à l'arbitrage que s'il a « *la libre disposition des droits* » sur lesquels on envisage de compromettre.

En disposant ainsi, l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage ouvre indirectement, à l'instar de la récente réforme de l'article 2061 du Code civil français²⁰, la possibilité de recourir à l'arbitrage dans les matières non commerciales. A cet effet, on peut être tenté d'affirmer que toutes les matières entrant dans le domaine d'harmonisation peuvent faire partie du droit des affaires.

En poussant à bout cette réflexion, on parvient alors à la conclusion que les litiges du travail peuvent être réglés par voie d'arbitrage grâce à une convention insérée dans le contrat de travail. Cela est-il possible dans la mesure où les législations des pays d'Afrique noire francophone excluent du champ de la compétence de l'arbitrage le règlement des litiges individuels ? Aussi, il importe que les rédacteurs du futur Acte uniforme sur le droit du travail se penchent sur la question.

Cette réflexion ne saurait se limiter au seul droit du travail. Prenons par exemple le droit de la vente réglementé par le livre V de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. Ce droit n'est pas entièrement à la disposition des parties. Elles ne peuvent, en effet, renoncer à la garantie des vices cachés entre professionnels de spécialités différentes, ou ne pas fixer initialement le prix de la chose vendue.

En outre, on pourra relever que désormais, et contrairement à ce qui a été traditionnellement admis par les Etats parties au Traité OHADA et inspiré de l'article 2060 du Code civil français, la clause compromissoire est admise en matière civile et commerciale.

Par ailleurs, il faut relever que l'internationalisation croissante des échanges économiques et financiers en Afrique subsaharienne a conduit les rédacteurs du Traité OHADA à élaborer un système unique de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales.

²⁰ Sur cet aspect, voir KAPLAN & CUNIBERTI, *Le Juriste*, n° 6, Août-Septembre 2001, p. 40 – 43.

2. La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales

La question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales est réglée par les articles 30 à 34 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. La procédure de reconnaissance permet à la partie à qui la sentence a donné satisfaction de soulever l'autorité de la chose jugée lorsqu'un tribunal est saisi d'une demande portant sur un litige qui a déjà été soumis à l'arbitrage.

Tel n'est pas le cas de l'exécution qui est la procédure par laquelle une partie demande au juge de faire exécuter, au moyen des pouvoirs de coercition dont il est investi, la sentence arbitrale. Les deux procédures diffèrent selon que la sentence est rendue sur le fondement des règles de l'OHADA (a) ou non (b).

a) L'*exequatur* des sentences OHADA

L'*exequatur* est octroyé par le juge compétent de l'Etat partie qui ne peut le refuser que dans le cas où la sentence est contraire à l'ordre public international des Etats parties. Le juge ne revient pas sur le fond de l'affaire, il se contente de procéder à des vérifications liées à la régularité formelle de la sentence, à la validité de la convention d'arbitrage et au respect de l'ordre public international²¹ ou de l'ordre public international d'un Etat partie²².

La décision qui refuse l'*exequatur* ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation auprès de la CCJA.²³ Celle qui l'accorde n'est, en revanche, susceptible d'aucun recours, sauf à être indirectement contestée par un recours en annulation visant la décision arbitrale.

Il reste toutefois que ce mécanisme, certes peu contraignant en matière d'*exequatur* des sentences arbitrales, comporte des imprécisions regrettables.

La première imprécision concerne la notion de « juge compétent de l'Etat partie ». On peut remarquer que les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage renvoient indirectement aux Codes de procédure des Etats parties en la matière. Un tel renvoi comporte des risques de divergences, notamment, en ce qui concerne le type de juridiction compétente (juridiction de premier degré ou juridiction de second degré) et le délai dans lequel la décision d'*exequatur* sera prononcée.

La seconde imprécision est relative à la notion d'ordre public international. Cette notion pourtant fondamentale pour l'octroi de l'*exequatur* n'a pas été définie par l'Acte uniforme. Dès lors, le risque de voir le juge de l'*exequatur* de chaque Etat partie déterminer le concept d'ordre public international à l'aune de son ordre juridique national alors qu'une harmonisation de cette notion est également indispensable, est plus qu'évident.

L'inquiétude est plus grande lorsqu'on s'interroge sur le sort des sentences rendues en dehors de la procédure OHADA. Une telle sentence peut-elle obtenir l'*exequatur* de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ?

²¹ Article 25 du Traité OAHADA

²² Article 4 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage

²³ Article 32 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage

b) L'exequatur des sentences rendues hors droit OHADA

Il s'agit, d'une part, des sentences arbitrales rendues dans un Etat membre selon des règles autres que celles de l'OHADA et, d'autre part, celles rendues dans un Etat non-membre de l'OHADA selon des règles autres que celles de l'OHADA.

L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage a introduit une règle matérielle relative à la reconnaissance des sentences arbitrales rendues selon des règles différentes de celles prévues par ce dernier. Ainsi, les sentences rendues dans les conditions prévues par des conventions internationales sont reconnues conformément aux dispositions de ces conventions ; à défaut de règles applicables en matière de reconnaissance de sentences rendues hors du champ d'application du droit OHADA, les sentences sont reconnues conformément aux dispositions de l'acte uniforme.²⁴

Dès lors, il faudra rechercher s'il existe une convention internationale qui prévoit la reconnaissance et appliquer ses dispositions. A défaut, on reviendra à la procédure des sentences OHADA. On peut cependant relever l'importance de cette disposition, dans la mesure où elle permet la reconnaissance de sentences arbitrales rendues hors du territoire de l'OHADA dans des Etats parties n'ayant pas ratifié la Convention de New-York²⁵.

L'arbitrage dans l'espace OHADA est également encadré par une institution originale : la CCJA.

B./ LA CREATION D'UNE INSTITUTION D'ARBITRAGE A L'ECHELLE REGIONALE SOUS L'EGIDE DE LA CCJA

Indépendamment de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, le Traité OHADA a mis en place un mécanisme d'arbitrage institutionnel sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. L'institution de cette Cour fait suite au constat selon lequel les procédures d'arbitrage se déroulaient en Europe même quand elles opposaient un Etat africain à une entreprise européenne.

Aux termes de l'article 21 du Traité OHADA : « *En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats parties, peut soumettre le différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre. »*

Il résulte de cet article que le critère principal pour voir l'application des dispositions du Traité relatif à l'arbitrage est le contrat (1). Ce critère est complété par l'exigence du domicile, ou de la résidence dans un Etat partie, ou l'exécution du contrat sur le territoire d'un Etat partie (2).

²⁴ Article 34 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage

²⁵ Convention de New-York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

1. Le critère principal

Aux termes de l'article 21 suscité, les litiges arbitrables doivent être « *les différends d'ordre contractuel*. » En d'autres termes, le critère principal de l'arbitrabilité des litiges est le contrat.

S'il est vrai que cet article tel qu'il est conçu limite le champ de l'arbitrabilité aux contrats, en excluant les rapports extra-contractuels, notamment tous les litiges délictuels, quasi-délictuels et quasi-contractuels, il reste que l'interprétation de cet article n'est pas aisée en l'absence de définition de la notion de « *contrat* ».

Doit-on militer pour une interprétation aussi large que possible du groupe de mot « *ordre contractuel* » ? Le doute est permis.

En effet, si tel était le cas, cela reviendrait à admettre que tout litige n  d'un contrat civil ou commercial serait arbitrable. Une telle interprétation aboutirait sans nul doute à des incertitudes. Plus grave, le domaine des litiges arbitrables qui est celui de l'unification, donc du droit des affaires, sera dépassé.

Prenons par exemple le mariage qui peut se définir comme un contrat, les époux peuvent-ils décider de régler les litiges qui en découlent par arbitrage, alors même que la plupart des législations africaines excluent « *l'état et la capacité des personnes, ainsi que le divorce et la séparation de corps* »²⁶ du champ de la compétence de l'arbitrage ? Il n'y a qu'un pas à franchir.

Cette réflexion ne saurait se limiter au seul droit de la famille. En effet, si le droit de la famille constitue l'archétype de la matière inarbitrable, il n'en est pas la seule. Peut-on compromettre sur des infractions pénales nées d'un contrat ou plus exactement sur les conséquences dommageables et indemnités éventuellement dues ? L'hésitation est permise.

L'article 21 du Traité OHADA constitue l'un de ces textes dont les contours sont les plus flous, et la limitation territoriale faite par les critères secondaires n'est pas pour résoudre la question.

2. Les critères secondaires

Le critère principal doit être accompagné de l'un des critères secondaires qui sont le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties dans un Etat partie et/ou l'exécution totale ou partielle du contrat dans un ou plusieurs Etats parties pour que le litige soit arbitrable selon le règlement de la CCJA.

De tous ces critères, celui relatif à l'exécution du contrat sur le territoire d'un Etat partie est le plus significatif comme critère de rattachement. Le critère de domicile ou de résidence habituelle de l'une des parties qui se trouve sur le territoire d'un des Etats parties a été préféré à celui de nationalités différentes proposé par certains juristes au moment de la rédaction.

²⁶ Abdoulaye SAKHO, *op. cit.* , p. 26.

Il convient de noter que tous ces critères sont alternatifs et non cumulatifs. Ils sont même subsidiaires car ils doivent nécessairement être accompagnés du caractère contractuel de l'affaire litigieuse. Même si ces critères sont subsidiaires, il reste que par ailleurs ils semblent constituer un frein à l'un des objectifs à l'origine de la création du centre d'arbitrage dans l'espace OHADA, à savoir supprimer le monopole européen de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris.

En effet, en disposant que le critère principal doit être accompagné des critères de domicile ou de résidence habituelle d'une partie dans un Etat partie et d'exécution du contrat dans un Etat partie, l'article 21 offre la possibilité aux seuls Etats et entreprises de l'espace OHADA d'échapper au monopole de la CCI. L'exigence d'un élément de rattachement avec l'espace OHADA ne permet pas à ce centre de connaître les affaires émanant d'autres espaces.

Aussi, pour éviter que l'efficacité de ce centre soit sujette à caution, il serait souhaitable de supprimer ces critères secondaires.

Hormis ces précisions sur les grands axes de la réforme de l'arbitrage dans l'espace OHADA, il faut relever que cette réforme comporte également des particularités.

II. LES PARTICULARITES DE LA REFORME DU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS L'ESPACE OHADA

S'il est incontestable que la particularité notable du Droit de l'arbitrage OHADA est la capacité à compromettre, reconnue aux personnes morales de Droit public (A), il n'en demeure pas moins vrai qu'on peut déceler dans ce droit d'autres particularités, notamment la double fonction administrative et juridictionnelle de la CCJA (B).

A./ LA CAPACITE A COMPROMETTRE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

La capacité à compromettre des personnes morales de Droit public prévue par l'Acte uniforme sur le Droit de l'arbitrage constitue sans nul doute une avancée remarquable en matière d'arbitrage (1). Cette avancée doit être toutefois nuancée, eu égard aux difficultés que peut soulever cette règle (2).

1. L'analyse du principe posé par l'article 2 alinéa 2

Aux termes de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage : « *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.* »

Il s'infère de ce texte que les personnes morales de droit public peuvent désormais compromettre aussi bien pour un arbitrage interne qu'international. Il s'agit là d'une véritable innovation.

En effet, jusqu'à l'avènement de l'Acte uniforme sur le Droit de l'arbitrage, les législations nationales des Etats parties ne permettaient pas aux personnes morales de Droit public, en l'occurrence l'Etat, à compromettre en matière d'arbitrage interne. Même en matière d'arbitrage international, l'aptitude de ces personnes à compromettre était subordonnée dans la quasi-totalité d'Etats à une habilitation.

Aussi, l'intérêt de cette disposition paraît dès lors indéniable. Si on admet que l'Afrique est un continent extrêmement pauvre²⁷ et a besoin pour son développement d'investisseurs étrangers, lesquels ont généralement pour interlocuteur l'Etat et ses émanations, on peut comprendre tout l'intérêt de ce texte.

En effet, il n'est un secret pour personne qu'en raison des problèmes liés à l'insécurité judiciaire en Afrique²⁸, l'arbitrage apparaît comme un mode de règlement des litiges particulièrement adapté pour ces investisseurs qui ont besoin de plus de protection pour éviter la perte de leur investissement.

Cette règle constitue donc une avancée remarquable dans la mesure où même en France, une telle possibilité n'est pas reconnue aux personnes morales de droit public. Toutefois, ce texte porte en lui les germes d'incertitudes.

2. Les incertitudes de l'article 2 alinéa 2

Même si le principe affirmé par l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage est à saluer, il reste toutefois que la portée de ce texte devra être nuancée, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, il convient de relever que tous les litiges qui intéressent l'Etat ne peuvent être portés devant les juridictions arbitrales. En effet, il paraît difficile d'appliquer cette disposition à des règles touchant au droit administratif alors que cette matière n'entre pas dans le champ des matières « *harmonisées ou à harmoniser* ».

En principe, c'est uniquement quand l'Etat ou ses démembrements agissent comme producteurs ou distributeurs qu'on peut les attirer devant les juridictions arbitrales. Une telle interprétation aurait pour conséquence de réduire sensiblement la portée de ce texte, d'autant plus que les contrats fréquemment conclus par les investisseurs étrangers en Afrique ont pour objet la réalisation de grands projets d'investissements. Il s'agit en réalité des marchés de concessions de travaux publics, des grands travaux qui sont des contrats administratifs.²⁹

Ce texte se trouve donc à un point névralgique du droit de l'arbitrage, tant il est vrai que la définition plus ou moins large qui en sera donnée pourra influencer sur l'esprit même de ce mode de règlement des différends, en permettant soit un attrait pour l'arbitrage, soit son rejet par les investisseurs. Or donner la pleine mesure à l'engagement des parties de ne pas recourir à la justice étatique doit être l'une des préoccupations majeures de cet article.

²⁷ Voir sur ce point Henri-Joël TAGUM FOMBENO, « Réflexions sur la question des réfugiés en Afrique », à paraître dans la Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles.

²⁸ Voir sur ce point NKOU NVONDO, « La crise de la justice de l'Eta en Afrique noire francophone », Revue Penant, n° 824, Mai/Août 1997.

²⁹ Construction de ponts, de routes, aéroports, de bâtiments administratifs, etc.

A cet effet et pour éviter toute ambiguïté dans l'interprétation de ce texte, il serait souhaitable que la CCJA, à travers un avis, se prononce sur la question en privilégiant une interprétation large.

Ensuite, dans une proportion moindre, on peut relever que l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage énumère sans précision aucune la liste des personnes morales de droit public aptes à compromettre. S'agit-il d'une énumération limitative ou exhaustive ?

Il est souhaitable, en raison de la place accordée à la liberté des parties dans le droit de l'arbitrage OHADA, de considérer qu'il s'agit d'une liste indicative. A cet effet, la capacité à compromettre sera ouverte à toutes les personnes morales de droit public, sans distinction.

A côté de la capacité de compromettre des personnes morales, il faut relever la particularité de la double fonction de la CCJA en charge, d'une part, de superviser le déroulement de la procédure arbitrale et, d'autre part, de rendre l'*exequatur* sur ces mêmes sentences.

B./ LA DOUBLE FONCTION ADMINISTRATIVE ET JURIDITIONNELLE DE LA CCJA

Outre son rôle d'institution en charge de l'administration de l'arbitrage (1), la CCJA exerce des fonctions juridictionnelles en matière d'*exequatur* (2), ce qui constitue l'une des particularités de l'arbitrage de la CCJA.

1. La fonction administrative de la CCJA

La CCJA exerce des fonctions administratives en matière d'arbitrage. Elle est informée du déroulement de l'instance, examine les projets de sentence, même si elle ne peut proposer que des modifications de pur forme.

Cette originalité du système d'arbitrage de la CCJA, qui permet de fusionner l'administration de l'arbitrage, l'assistance et le contrôle juridictionnels, constitue une innovation susceptible de conférer à cet arbitrage des avantages notables. En effet, ce système a le mérite d'offrir aux parties une autorité de haut niveau capable de donner toute garantie d'intégrité et d'indépendance³⁰.

Il faut toutefois nuancer cette appréciation en raison de l'immunité diplomatique conférée aux arbitres désignés par la CCJA. En effet, aux termes de l'article 49 du Traité OHADA : « *Les fonctionnaires et employés du Secrétariat Permanent, de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ainsi que les juges de la cour et les arbitres désignés par cette dernière jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques. Les juges ne peuvent en outre être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour.* »

³⁰ Ndiaye Mayatte MBAYE, *op. cit.*, p. 17.

Si l'on peut justifier l'immunité diplomatique reconnue aux juges de la CCJA par leur statut de fonctionnaires internationaux, il en va différemment des arbitres nommés ou confirmés par la CCJA. Ces derniers sont, en effet, des personnes privées investies par les parties d'une mission déterminée. A cet effet, ils doivent répondre des manquements particulièrement graves à la mission qui leur est confiée, notamment de la dissimulation de faits ou de circonstances qui pourraient faire douter de leur indépendance ou de leur impartialité ou de la commission d'un dol, d'une fraude ou d'une faute lourde.³¹

Ainsi, à la suite de M. LEBOULANGER, nous considérons que cette immunité diplomatique conférée aux arbitres est « *choquante et incompatible avec l'exigence de justice à laquelle l'arbitre doit répondre.* »³² A cet effet, elle doit être supprimée.

Par ailleurs, il faut noter que la CCJA assure dans les Etats parties l'interprétation et l'application communes du Traité OHADA, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes. C'est ce qui ressort de l'article 14 alinéa 1^{er} du Traité OHADA. De même, tout Etat partie, le Conseil des ministres, ou les différentes juridictions nationales peuvent consulter la CCJA pour avis.

Toutefois, il reste que ce sont surtout ses compétences en tant que juridiction suprême qui font l'originalité de la CCJA et lui donne toute son importance.³³

2. La fonction juridictionnelle de la CCJA

La CCJA a seule compétence pour délivrer l'*exequatur* des sentences rendues dans le cadre du Traité. C'est ce qui ressort de l'article 25 alinéa 1^{er} du Traité OHADA. Ces sentences doivent être distinguées de celles rendues en application de l'Acte uniforme.

La sentence arbitrale est revêtue, dès son prononcé, de l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de cet Etat. Cette autorité est acquise définitivement et ne peut plus être remise en cause. Les seules voies de recours recevables sont la tierce-opposition, le recours en annulation et le recours en révision, l'opposition et le pourvoi en cassation sont exclus.

En ce qui concerne le recours en annulation, il faut relever la particularité de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui retient parmi les causes d'annulation de la sentence arbitrale, quel qu'en soit son caractère interne ou international, l'absence ou l'insuffisance de motivation.³⁴ Le droit OHADA se démarque ainsi du droit français de l'arbitrage qui ne

³¹ Ndiaye Mayatte MBAYE, op. cit., p. 13.

³² Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Revue de l'arbitrage 1999, n° 3, p. 560.

³³ Voir sur ce point, H.D. MODI KOKO BEBEY, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : Regard sous l'angle de la théorie générale du droit », Revue d'Actualité Juridique Etrangère, site de Juriscope, p. 18.

³⁴ Voir article 25 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage

retient cette cause d'annulation que dans l'arbitrage interne, l'excluant de l'arbitrage international, même si par ailleurs certaines décisions françaises s'écartent de cette position³⁵.

On peut cependant regretter que parmi les cas d'ouverture du recours en annulation figure la violation de l'ordre public international des Etats signataires du Traité, qui comme nous l'avons déjà relevé n'a pas été défini. On perçoit dès lors toute la difficulté qu'il y aurait à mettre en œuvre cette cause d'annulation, d'autant plus que le texte de l'article 25 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage ne précise pas s'il s'agit de l'ordre public international de l'Etat où la sentence a été rendue, ou d'un ordre public transnational.

Dès qu'elles sont rendues, les sentences arbitrales nécessitent l'intervention de la CCJA. Elles ne peuvent, en effet, donner lieu à un acte d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes qu'après le prononcé d'une décision d'*exequatur*.

En résumé, la CCJA, conformément aux dispositions de l'article 25 alinéa 3 du Traité OHADA, est la seule compétente pour accorder l'*exequatur*. Les parties ne peuvent déroger à cette compétence, par des clauses de juridictions en faveur de juges d'Etats contractants ou d'Etat tiers. On peut dès lors conclure que la CCJA est dotée de pouvoirs très étendus.

Cependant on peut douter qu'elle soit à la hauteur de cette mission. En effet, si les Cours de cassation nationales souffrent déjà d'un certain engorgement dans la plupart des Etats parties, cette situation ne serait que plus grave au niveau de la CCJA.

Par ailleurs, même si l'*exequatur* octroyé par la CCJA confère à la sentence arbitrale un caractère exécutoire dans tous les Etats membres de l'OHADA, il reste que la portée de cet *exequatur* est limitée. Il ressort en effet de l'article 27 *in fine* du règlement d'arbitrage de la CCJA que les sentences arbitrales « *peuvent faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des Etats parties.* »

Il s'infère de cet article que les sentences arbitrales rendues conformément aux dispositions du règlement d'arbitrage de la CCJA ne peuvent être exécutées dans un Etat non membre de l'OHADA qu'après avoir obtenu l'*exequatur* de l'autorité compétente de cet Etat. Dès lors, on peut conclure que l'*exequatur* conféré à la sentence arbitrale dans un Etat membre de l'OHADA n'a qu'un caractère communautaire et non international.

Aussi, on peut se demander avec raison si les juridictions étatiques des Etats membres de l'OHADA admettront de donner force exécutoire sur leur territoire aux sentences arbitrales de la CCJA. L'affirmative est loin d'être évidente.

³⁵ Cass. Civ. 1ère, 23 mars 1994 *Affaire Hilmarton*, Rev. arb. 1994, 327, not Jarrosson. Il s'agissait d'une sentence rendue en Suisse dont l'exécution était poursuivie en France. Annulée en Suisse pour contrariété à l'ordre public international de ce pays, la Cour de cassation française décida pourtant que la sentence n'était pas intégré dans l'ordre juridique suisse, et qu'elle pouvait donc produire ses effets en France, quand bien même elle devrait être ultérieurement annulée par le juge Suisse.

Au terme de cette étude, le moins qu'on puisse dire c'est que la réforme du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA est à différents points loin d'être achevée. Cette réforme introduit certes des avancées notables, mais elle contient aussi bien autant d'éléments de complexité que de facteurs de difficultés.

Aussi, il conviendrait de débarrasser le droit de l'arbitrage OHADA de toutes ces scories qui souillent les meilleures intentions. Le droit de l'arbitrage OHADA en tirerait un plus grand profit comme les parties. A cet effet, il n'est pas inutile de rappeler qu'en dehors de toute base juridique claire en matière d'arbitrage, il est inconcevable d'attirer les investisseurs, étrangers ou non, et d'espérer un développement économique favorable à la population locale.