

REPUBLIQUE DE CÔTE D'IVOIRE

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique



Année Académique
2019-2020

L'ARBITRAGE A L'EPREUVE DES PROCEDURES COLLECTIVES ET DE L'INTERVENTION DU JUGE EN DROIT DE L'OHADA

MEMOIRE

présenté et soutenu publiquement
pour l'obtention du diplôme de

MASTER SCIENCES JURIDIQUES
Spécialité : **DROIT PRIVE**

Par

Souleymane KANTE

Sous la direction de

Monsieur le professeur Aboudramane OUATTARA

Composition du Jury

Président : **Monsieur le professeur Aboudramane OUATTARA**

Professeur titulaire, Université Felix Houphouët BOIGNY

Suffragants : **Monsieur le professeur Etienne Koffi ALLA**
Maître de conférences agrégé, Université Felix Houphouët BOIGNY

Date de soutenance : Le 13 Mars 2021.

AVERTISSEMENT

L’Université Jean Lorougnon Guédé n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent Mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*A mes géniteurs biologiques
El Hadj Toumani KANTE et Fatoumata KANTE
pour avoir cru en moi.*

REMERCIEMENTS

J'adresse mes sincères remerciements :

à Monsieur le Professeur Aboudramane OUATTARA, Professeur titulaire, notre Directeur de mémoire, pour l'attention qu'il a porté à mon travail, son accessibilité, à ses précieux conseils et à sa bienveillance ;

à Monsieur le Professeur Koffi Etienne ALLA, Maître de conférences agrégé, pour sa disponibilité et son soutien tant matériel que moral ;

à Monsieur le Professeur Bernard ADOUKO, Maître de conférences agrégé, Directeur de l'UFR des Sciences Juridiques de l'Université Jean Lorougnon Guédé pour l'attention pour son accessibilité et ses précieux conseils ;

au Docteur Kounvolo Mamadou COULIBALY, Maître assistant, Vice-doyen de l'UFR des Sciences Juridiques de l'Université Jean Lorougnon Guédé pour ses conseils avisés ;

au Docteur Brahima GUIRE, Assistant, notre encadreur, pour sa disponibilité et son engagement à nos côtés ;

à l'ensemble du corps enseignant de notre UFR en particulier et de l'université en général ;

à mes ami(e)s, Aminata TOURE, Yannick KOUAKOU, Sory Ibrahim CHERIF, Ibrahim BADOLO, Romaric KEI, Patrick GBOKO, Ali YARO pour leur amitié sans faille ;

à toute ma famille, mes proches et mes camarades de promotion.

SIGLES ET ABREVIATIONS

AEDJ	: Association pour l'Efficacité du Droit et de La Justice Dans l'Espace Ohada
OHADA	
Aff.	: Affaire
Afr.	: Afrique
Al.	: Alinéa
APAA	: Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique
Art.	: Article
ass.	: Assemblée
AUA	: Acte Uniforme Relatif Au Droit De l'Arbitrage
AUDCG	: Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général
AUPCAP	: Acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif
AUSCGIE	: Acte Uniforme Relatif au Droit Des Sociétés Commerciales et Du Groupement d'Intérêt Economique
Bull	: Bulletin
c/	: Contre
CA	: Cour D'appel
CACI	: Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire
CAMAR	: La Cour Africaine de Médiation et d'Arbitrage
C.cass	: Cour de Cassation
CCJA	: Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CDI	: Annuaire CDI
CE	: Conseil d'Etat
CEDH	: Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEFAREA	: Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance
Cf.	: Confére
ch.	: Chambre
CIJ	: Cour Internationale de Justice
CIRDI	: Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements
Civ.	: Civile

CNUDCI	: Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International
com.	: Commercial
CPC	: Code de Procédure Civile
CRACIC	: Centre Régional d'Arbitrage Commercial International du Caire
D.	: Recueil Dalloz
dir.	: Directeur
Doctr.	: Doctrine
éd.	: Edition
ERSUMA	: Ecole Régionale Supérieure de Magistrature
Et al.	: Un Autre
Ets.	: Etablissement
Ibidem	: Au Même Endroit
Idem	: Le Même
In.	: Extrait de
juill.	: Juillet
LEDAF	: L'essentiel Droit Africains Des Affaires
LGDJ	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L'ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
Lo. cit	: A L'endroit Cite Précédemment
LPA	: Les Petites Affiches (Lextenso)
MARC	: Modes Alternatifs des Règlements de Conflit
n°	: Numéro
Obs.	: Observation
OHADA	: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ohadata	: La Base de données Numérique de L'Ohada
Op.cit.	: Opus Citatum
p.	: Page
plén.	: Plénière
préf.	: Préface
PUAM	: Presse Universitaire d'Aix-Marseille
PUF	: Les Presses Universitaires de France

RA/CCJA	: Règlement de L'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
Rec. Jur.	: Recueil Jurisprudentiel
Rev. arb.	: Revue de L'arbitrage
S.	: Suivant
SA	: Société Anonyme
SARCI	: Société Africaine de Relations Commerciales et Industrielles
Sarl	: Société à Responsabilité Limité
Sept.	: Septembre
Spéc.	: Spécialement
Sté	: Société
t.	: Tome
T. com	: Tribunal Commercial
V.	: Voir
Vol.	: Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PARTIE I : LES PROCEDURES COLLECTIVES ET L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE, FACTEURS DE DESORDRE DANS L'ARBITRAGE.....	10
CHAPITRE I : LA PREEMINENCE DES REGLES DE PROCEDURES COLLECTIVES	12
Section I : L'ordre public comme critère d'inarbitrabilité	12
Section II : L'ordre public comme tempérament au pouvoir des arbitres.....	24
CHAPITRE II : LA NECESSAIRE IMMIXTION DU JUGE ETATIQUE DANS LA PROCEDURE D'ARBITRAGE.....	33
Section I : Le rôle d'assistant du juge dans la procédure arbitrale	34
Section II : Le rôle de contrôleur du juge étatique dans la procédure arbitrale	46
PARTIE II : LA SURVIE DE L'ARBITRAGE FACE AUX PROCEDURES COLLECTIVES ET A L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE	58
CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE L'ARBITRAGE FACE AUX PROCEDURES COLLECTIVES ET A L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE	60
Section I : L'affirmation de la compétence de l'arbitre	61
Section II : L'autonomie de l'arbitre dans la conduite de la procédure	75
CHAPITRE II : L'EFFICACITE AFFIRMEE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE .	84
Section I : L'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage.....	85
Section II : L'effritement de la compétence des tribunaux étatiques en présence de la convention d'arbitrage.....	97
CONCLUSION	105

INTRODUCTION

A n'en point douter, la croissance économique demeure réductrice de la faim et de la pauvreté¹ ; quand bien même elle ne créerait pas un environnement tout paradisiaque², elle reste une aspiration universelle. C'est pourquoi, l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)³ a des visées économiques. Il s'agit d'établir un courant de confiance en faveur des économies des Etats parties, en vue de créer un nouveau pôle de développement⁴. Les Etats sont persuadés que cela suppose la mise en place d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, à même de faciliter l'activité des entreprises⁵. Ils sont conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans des conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement⁶. S'inscrivant dans cette réalité conceptuelle, de nombreux Etats ont apporté des changements dans leurs systèmes juridiques. Ces différents changements répondent d'une part, au besoin d'adaptation des règles juridiques à la société et d'autre part, à une volonté de se conformer à certains engagements internationaux, en vue de garantie convenablement l'intérêt des investisseurs.

Désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels⁷, les Etats ont depuis imaginé les moyens qui, tout en concourant à l'apaisement, permettent en même temps de réparer le tort subi par l'un des membres du corps social⁸. Cela passe essentiellement par la justice. Le législateur africain de l'OHADA, dans le volet institutionnel des actions entreprises, n'a pas entendu agir en prenant en compte la seule justice étatique. Il a intégré dans ses actions une donnée fondamentale de la justice contemporaine au plan universel : le développement d'une « autre justice » par rapport à la

¹ Guy SORMAN, *L'Economie ne ment pas*, Fayard, Paris, 2008, p.133.

² Andrew Clark et Claudia Senik, La croissance rend-elle heureux ? in :27 questions d'économie contemporaine, Albin Michel, Paris, 2008, p.41. Disponible sur http://www.cepremap.fr/depot/express/2008_06_19.pdf. (05/01/2021).

³ Le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008. L'organisation regroupe aujourd'hui les dix-sept Etats qui sont : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Congo R.D., Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, Sénégal, Tchad, Togo.

⁴ Préambule du Traité créant l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, § 1 in : Narcisse AKA, Alain FENEON et Jean-Marc TCHAKOUA, *le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, l'extenso éditions, LGDJ, 2018, p.365.

⁵ Préambule du Traité, § 3, in : Narcisse AKA, Alain FENEON et Jean-Marc TCHAKOUA, *le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, l'extenso éditions, LGDJ, 2018, p.365.

⁶ Préambule du Traité, § 5, in : Narcisse AKA, Alain FENEON et Jean-Marc TCHAKOUA, *le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, l'extenso éditions, LGDJ, 2018, p.365.

⁷ Préambule du Traité, § 6.

⁸ Francis NGUEGUIM LEKEDJI, *les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, Mémoire, Université Catholique d'Afrique Centrale, 2007-2008. Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127144953-57_12 doctrine ohadata d-08-44.pdf. (Consulté le 28/10/2020).

justice étatique. Parmi les formes que cette « autre justice » peut prendre, la justice privée rendue par des arbitres occupe une place de choix⁹. La justice arbitrale est apparue alors comme une pièce essentielle dans cette entreprise¹⁰. Aussi bien dans le préambule qu'à l'article premier du Traité, la volonté a été exprimée de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels.

La faveur pour la justice arbitrale a une double explication. Dans le contexte spécifique des États signataires du Traité, on avait noté l'existence d'une grave insécurité judiciaire qui pouvait repousser les investisseurs. S'y ajoute que partout dans le monde, l'arbitrage apparaît comme le mode privilégié de règlement des différends d'affaires¹¹. Or, au moment où le Traité OHADA est conclu, à Port-Louis le 17 octobre 1993, il est évident que dans les Etats membres, l'arbitrage n'est pas le mode privilégié de règlement des différends d'affaires. L'Afrique précoloniale n'a très probablement pas connu ce mode de règlement. L'arbitrage arrive donc sur le continent avec la colonisation, mais n'est vraiment pas pratiqué¹². Par ailleurs, certaines procédures qui se développent autour de l'arbitrage tendent à paralyser ce mode de règlement des litiges.

Ainsi, il paraît important, pour le juriste de s'intéresser à cette organisation pour l'émergence d'un droit d'arbitrage plus précis quant aux enjeux de développement et de préservation d'un environnement économiquement sain dans l'espace OHADA. Dans cette veine de réflexion, il nous a paru important de porter un regard sur l'impact qu'ont les procédures parallèles sur l'arbitrage. En d'autres termes, le sujet sur lequel se porte notre recherche est intitulé : « L'arbitrage à l'épreuve des procédures collectives et de l'intervention du juge étatique en Droit de l'OHADA ».

La compréhension de notre étude ne pourra se faire que par la définition des termes clefs, puis par la délimitation du sujet. Tel que formulé, le sujet comporte trois notions clefs à savoir

⁹ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.284.

¹⁰ GASSI MATAGO, Arbitrage et sécurité des investissements directs étrangers en Afrique centrale, thèse de doctorat Ph. D. Université de Yaoundé II, 2018 ; J. GATSI, « La légitimité de la justice arbitrale », in Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel Sawadogo, Les éditions du Centre de recherche et d'études en droit et institutions judiciaires en Afrique, Cotonou, 2018, p. 647, in : Narcisse AKA, Alain FENEON et Jean-Marc TCHAKOUA, *le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, l'extenso éditions, LGDJ, 2018, p.365

¹¹ Narcisse AKA, Alain FENEON et Jean-Marc TCHAKOUA, *le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, l'extenso éditions, LGDJ, 2018, p.365.

¹² Ibidem.

l’arbitrage, les procédures collectives et le juge étatique. Avant d’aborder les notions de « procédures collectives » et de « juge étatique », penchons-nous sur celle de l’« arbitrage ».

Tiré du latin *arbitrari*, l’arbitrage désigne un mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d’un litige par une autorité qui tient son pouvoir de juger, non d’une délégation permanente de l’Etat ou d’une institution internationale, mais de la convention des parties¹³. Il est regrettable de noter que l’Acte uniforme relatif au droit de l’arbitrage, qui est le principal instrument de réglementation en la matière, n’a pas de définition légale. Il est toutefois utile de relever que l’arbitrage revêt une double nature à la fois juridictionnelle et contractuelle. C’est un mode juridictionnel de règlement des différends, sans l’intervention du juge étatique. Son objet est juridictionnel car la procédure met fin au différend et la sentence rendue par les arbitres est revêtue de l’autorité de la chose jugée. Toutefois, l’arbitrage a un fondement essentiellement contractuel¹⁴ parce qu’il tire sa raison d’être de la convention d’arbitrage. La volonté des parties est prédominante dans la procédure arbitrale. Elle se manifeste dans le pouvoir de juger des arbitres et dans leur liberté des parties de régler la procédure.

A titre de palliatif à l’insuffisance législative, l’on peut se référer à la doctrine qui a proposé un certain nombre de définitions. Pour Messieurs Robert et Moreau, l’arbitrage est « l’institution d’une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être rendue par des individus, revêtus pour la circonstance de la mission de les juger »¹⁵. M. Jarrosson l’a défini comme « une institution par laquelle un tiers règle un différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »¹⁶. Dans le même sens, le lexique des termes juridiques définit l’arbitrage comme une « procédure de règlement des litiges conventionnellement prévue par les parties : celles-ci s’engagent au terme d’une convention d’arbitrage (compromis ou clause compromissoire) à soumettre leur litige à une ou plusieurs personnes privées appelées arbitres, à qui elles confèrent ainsi un véritable pouvoir juridictionnel »¹⁷.

¹³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e édition, p.201.

¹⁴ Ancel J. P., « L’arbitrage et la coopération du juge étatique », Penant n° 833, 2000, p. 171.

¹⁵ Robert J, Moreau B, *L’arbitrage, droit intermédiaire privé*, 5^eéd. Dalloz, 1987, n°1.

¹⁶ Jarrosson Ch., *La notion d’arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 372.

¹⁷ Serge GUINCHARD ; Thierry DEBARD, *Lexique des Termes Juridiques*, 25^e édition, à jour, Dalloz, Paris, 2017, p.657.

Finalement, l'arbitrage peut être ad hoc ou institutionnel, interne ou international, civil ou commercial. L'arbitrage est dit institutionnel lorsqu'il est administré par une institution permanente d'arbitrage, un centre d'arbitrage (comme la CCJA, la Chambre du Commerce Internationale ou encore la CACI en Côte d'Ivoire). L'arbitrage institutionnel présente trois caractéristiques qui sont : l'existence d'une institution chargée d'administrer l'arbitrage, l'existence d'un règlement d'arbitrage et enfin l'existence d'un secrétariat chargé des tâches techniques. Quant à l'arbitrage *ad hoc*, le tribunal fonctionne en dehors de toute institution permanente. L'ensemble de la procédure repose sur la collaboration arbitrale et les parties.

Par ailleurs, l'arbitrage interne peut être défini comme étant celui qui ne présente aucun élément d'extranéité, tant en ce qui concerne les parties en présence que le contrat principal objet du différend. En revanche, l'arbitrage international quant à lui désigne celui qui met en présence des sujets de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage régi par une convention internationale ou un règlement d'une institution internationale¹⁸.

Le droit de l'arbitrage de l'OHADA établit une différence fondamentale entre l'arbitrage ad hoc régi par l'AUA et l'arbitrage institutionnel¹⁹ régi par la CCJA. Cependant, il n'y a aucune différence entre l'arbitrage interne et international. Cette unité de régime des types d'arbitrage a été dénoncée factice²⁰ car elle ne correspond pas toujours à la réalité de certaines dispositions de l'AUA qui ne peuvent valablement être appliquées que si l'on est en présence d'un litige ayant un caractère international. De plus, l'AUA s'applique à l'arbitrage commercial et à l'arbitrage civil, il ne réserve au demeurant aucun traitement particulier en

¹⁸L'art 1^{er} § 3 de la loi type de la CNUDCI dispose : « Un arbitrage est international si :

- a- Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention leur établissement dans des Etats différents ; ou
- b- Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :
 - i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention
 - ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a les liens les plus étroits ; ou
- c- Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ».

¹⁹ L'AUA n'est pas applicable à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA qui, selon l'article 10 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, est régi par les dispositions du titre IV du traité OHADA, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, le Règlement intérieur de la CCJA, leurs annexes et le barème des frais d'arbitrage dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage (CCJA, ass. plén., n° 45, 17-7-2008 : SONAPRA c/ SHB, Juris-Ohada, n° 4/2008, p. 60, Ohadata J-09-83).

²⁰Francis NGUEGUIM LEKEDJI, *les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, Mémoire, Université Catholique d'Afrique Centrale, 2007-2008. Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127144953-57_12 doctrine ohadata d-08-44.pdf. (Consulté le 28/10/2020).

considération du caractère civil ou commercial de l'arbitrage. Il n'y a donc pas de distinction entre arbitrage civil et arbitrage commercial²¹, il s'agit là d'une évolution notable du droit de l'arbitrage de l'OHADA en son article premier²².

Si le jugement ne trouve aucune difficulté à être mis en exécution forcée, la sentence quant à elle requiert le concours d'un juge étatique. C'est dans ce sens que la justice étatique est considérée comme le garant de l'arbitrage. D'ailleurs, plusieurs recours au juge sont possibles lors d'une procédure arbitrale pour accompagner l'arbitre dans son office judiciaire.

L'arbitrage bien qu'étant une justice privée à la « pratique fort ancienne dont l'origine paraît antérieure à l'organisation d'une justice étatique²³ » peut recourir au juge étatique pour le déclanchement²⁴, la conduite²⁵ et même l'exécution de la sentence²⁶. Cela peut paraître paradoxal avec le rôle de l'arbitrage puisqu'il s'agit d'un mode alternatif de règlement de différends, sensé éloigner les juges de la contestation des litigants. Toujours est-il qu'aujourd'hui, cette aptitude du juge lui vaut le qualificatif d'« assistant technique » à l'arbitrage²⁷.

In fine, l'on retiendra que si l'arbitrage reste le meilleur moyen de résoudre un litige, il n'est pas rare qu'un même litige soit simultanément porté devant plusieurs juridictions arbitrales ou étatiques. C'est là tout l'intérêt des procédures collectives et l'intervention du juge étatique. Aussi, serait-il convenable de cerner la notion de procédures collectives et celle du juge étatique.

La procédure est une notion qui occupe l'essentiel des aspirations humaines peu importe les domaines d'étude ou d'exercice. La procédure, d'une part, s'entend de « l'ensemble des formalités devant être observées dans le déroulement d'un procès. Les règles de procédure

²¹ CA Abidjan, arrêt n° 1032 du 30 juill. 2002, Ohadata J-03-28.

²² Le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties.

²³ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Brulant, 2001, p. 7.

²⁴ Le déclanchement de la procédure arbitrale commence par le choix des arbitres. Lorsque celui-ci ne peut être fait par les parties, le juge étatique est saisi pour pallier l'incident. Article 6, alinéa 3 de l'AUA

²⁵ Selon les articles 13.5 et 14.9 de l'AUA, le juge étatique est autorisé à apporter son concours au déroulement de l'instance.

²⁶ En cas d'exécution forcée de la sentence, une procédure d'exequatur est obligatoire devant le juge étatique. Confère l'article 30 de l'AUA.

²⁷ Cruse Hervé MASSOSSO BENGA, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse, Université PERPIGNAN VIA DOMITIA, 2019, p.354. Disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02064791/document>. (Consulté le 14/02/2021).

varient suivant que la matière est civile, commerciale ou pénale. La procédure civile est accusatoire tandis que la procédure pénale est inquisitoire²⁸. Et d'autre part, notion polysémique tirée du latin *procedere* (s'avancer, procéder à une action judiciaire), « la procédure est la branche de la science du droit ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice²⁹ ».

La typologie des procédures parallèles susceptibles d'affecter l'arbitrage est éloquente. Il peut en effet s'agir de procédures introduites devant les autorités administratives indépendantes, de procédures de nature civile, pénale, administrative ou de procédures collectives, voire de procédures arbitrales parallèles³⁰ et même de l'intervention du juge étatique. En outre, les procédures collectives doivent être entendues ici comme les procédures égalitaires et réglementées, menées normalement sous la supervision d'une autorité publique auxquelles est soumis un débiteur défaillant. Ces procédures visent le désintéressement des créanciers et/ou le redressement du débiteur de même que la sanction de la défaillance³¹. Quant aux rapports qu'entretiennent les procédures pénales et procédures arbitrales, le principe « le criminel tient le civil en état » et la règle « una via electa » sont constamment invoqués pour contester la compétence du tribunal arbitral. Que l'on analyse les procédures collectives comme des procédures évoluant parallèlement ou plus largement comme un facteur de déséquilibre de la procédure arbitrale, il est indéniable que l'idée séduit et entraîne inexorablement l'émergence de l'arbitrage.

Une procédure collective est une procédure mise en œuvre lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés de nature à compromettre sa survie. Les personnes morales de droit privé peuvent être soumis à une procédure collective. Trois catégories de procédure collective existent avec la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire et la procédure de liquidation judiciaire³².

Autrement dit, les procédures collectives constituent donc le traitement prescrit aux entreprises en difficulté. Ce sont l'ensemble des mécanismes juridiques permettant de réunir

²⁸ Hilarion Alain BITSAMANA, *Dictionnaire de Droit OHADA*, p.165.

²⁹ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 12^e édition, p.1717.

³⁰ Romain DUPEYRE, « Instance arbitrale et procédures parallèles », Rev. de l'arbitrage, N°1, 2011. Disponible sur <https://www.cfa-arbitrage.com/files/CR-Atelier-18.01.2011-Rev.arb.2011.335.pdf>. (Consulté le 10/02/2021)

³¹ Giorgini, G.-C, « Arbitrage et droit européen des faillites », Rev.Aff.Eur.,2005/2, p.259.

³² Disponible sur <https://www.mataf.net/fr/edu/glossaire/procedure-collective>. (Consulté le 05/04/2021).

les créanciers en vue de régler les difficultés financières et économiques de leur débiteur. Ces procédures sont dites collectives en ce qu'elles conduisent à réunir les créanciers en une masse d'une part et en ce qu'elles visent à satisfaire collectivement les intérêts mis en péril par les difficultés de l'entreprise débitrice d'autre part³³. Au terme de la législation en vigueur, il existe trois types de procédures collectives qui sont le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens³⁴.

Le juge est une personne chargée de trancher les litiges, de rendre la justice³⁵. En d'autres termes, le juge est un magistrat, personne physique, investi par l'Etat de la mission de trancher les litiges qui opposent les personnes, et de rendre justice en son nom. Il peut être un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire, mais il est censé être un professionnel. Si l'on parle de juge étatique, c'est parce qu'il est institué par l'Etat et rend justice en son nom. On pourrait croire, que seul le juge d'instance intervient dans l'arbitrage. Cela est discutable parce qu'on verra plus loin qu'il n'est pas le seul à intervenir dans la procédure arbitrale du droit OHADA³⁶. Les juges d'appel et de cassation sont aussi compétents dans l'arbitrage OHADA. Le droit OHADA fait régulièrement référence au « juge compétent dans l'Etat-partie » chargé d'intervenir dans la procédure arbitrale en cas de difficulté, mais sans le déterminer clairement, ce qui peut susciter quelques problèmes. Le juge chargé d'intervenir dans la procédure arbitrale n'est pas désigné dans l'AUA. En revanche, le juge dont il est question ici est le juge d'appui investi d'une mission d'assistance et de contrôle de l'arbitrage.

Aux fins de ce mémoire, le droit de l'arbitrage³⁷ étant un système bicéphale constitué de l'arbitrage *ad hoc* soumis aux de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage et de l'arbitrage institutionnel (soumis aux règles du règlement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage), notre étude portera essentiellement sur l'arbitrage *ad hoc* (de droit commun) sans négliger le second aspect qui pourra servir de comparaison. Certes les procédures parallèles sont au nombre de plusieurs, mais dans le cadre de cette étude nous étudierons essentiellement les procédures collectives, associés à l'intervention du juge étatique dans

³³ Jacob FIDEGNON, *Le règlement des procédures collectives par le tribunal de première instance de première classe de Cotonou*, Mémoire, Université d'ABOMEY-CALAVI, 2011, p.17. Disponibles sur <https://www.ohada.com/uploads/actualite/1386/memoire-reglem-proc-coll-ohada.pdf>. (Consulté le 05/04/2021).

³⁴ Art. 1er al. 1 de l'AUPCAP.

³⁵ Hilarion Alain BITSAMANA, *Dictionnaire de Droit OHADA*, p.121.

³⁶ Cf. supra.

³⁷ Régis par le Droit de l'OHADA.

l’arbitrage en droit de l’OHADA. En effet, la jurisprudence arbitrale nous sera d’une grande importance compte tenu de son rôle plus qu’important en matière d’arbitrage.

Ainsi, l’on pourrait se demander l’intérêt que revêt cette étude. A cette interrogation, deux réponses peuvent être données sans prétendre à l’exhaustivité. L’intérêt de ce sujet est à la fois théorique et pratique. D’un point de vue théorique, notre mémoire ambitionne d’étudier les effets négatifs que pourraient avoir les procédures collectives et l’intervention du juge sur la bonne marche de l’arbitrage. D’un point de vue pratique, notre étude permettra de jauger le niveau de collaboration qui existe entre l’arbitre et le juge étatique et de voir à quel point les procédures collectives peuvent paralyser l’arbitrage. L’étude nous conduira donc à constater la résistance de l’arbitrage face aux procédures collectives et aux interventions du juge étatique.

Pour une meilleure exploration du sujet, notre étude s’appuiera sur plusieurs textes. Il s’agira entre autres du traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 modifié par le traité de Québec du 17 octobre 2008, de l’Acte Uniforme relatif au droit de l’Arbitrage. Au travers de la méthode comparative nous consulterons les textes étrangers présentant un intérêt pour ce travail.

Au regard de ce qui précède, on se demande alors quelle est l’influence que les procédures collectives et l’intervention du juge ont sur l’arbitrage ? En d’autres termes, comment les procédures collectives influent sur l’arbitrage ? Comment le juge étatique impacte la procédure arbitrale ? Et enfin comment l’arbitrage y résiste ?

Il est indéniable que l’arbitrage nécessite dans une certaine mesure pour être appliqué et avoir une audience, qu’il présente une certaine sécurité juridique du point de vue des effets des procédures collectives et de l’intervention du juge étatique. A cet égard, les procédures collectives et l’intervention du juge étatique ne doivent pas écarter la mise en œuvre de l’arbitrage et l’arbitrage ne doit pas non plus être aussi indifférent des procédures parallèles.

A travers une méthode à la fois descriptive, interprétative et comparative, nous avons pu constater que les procédures collectives et l’intervention du juge étatique sont facteurs de désordre dans l’arbitrage (**Première partie**) et une certaine survie de l’arbitrage face aux procédures collectives et à l’intervention du juge étatique (**Deuxième partie**).

PARTIE I : LES PROCEDURES COLLECTIVES ET L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE, FACTEURS DE DESORDRE DANS L'ARBITRAGE

Le Traité de Québec a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats-parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels³⁸. En effet, l'arbitrage est un mode alternatif de règlement des conflits dont la légitimité n'est plus aujourd'hui débattue. Les atouts qu'il présente, qui sont la rapidité de traitement des litiges et la confidentialité, ont depuis longtemps séduit la plupart des ordres juridiques.

Ainsi, l'on assiste à une véritable osmose entre les procédures collectives et l'intervention du juge étatique à tout moment de la procédure d'arbitrage. Cette osmose n'est pas sans conséquence pour l'arbitrage.

Ce constat se justifierait par la prééminence des règles de procédures collectives sur celles de l'arbitrage (**Chapitre I**) et une nécessaire immixtion du juge étatique dans la procédure d'arbitrage (**Chapitre II**).

³⁸ L'art. 1^{er} du Traité de Port-Louis modifié par le Traité de Québec.

CHAPITRE I : LA PREEMINENCE DES REGLES DE PROCEDURES COLLECTIVES

Les procédures collectives désignent toute procédure organisant le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens d'une entreprise en difficulté, de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits. Il peut s'agir d'une procédure de sauvegarde, d'un redressement judiciaire ou une liquidation judiciaire³⁹. L'arbitrage et procédures collectives relèvent de logiques conflictuelles car le caractère volontaire de l'arbitrage s'oppose à la forte impérativité des procédures collectives. De même, l'arbitrage est un mode de règlement des différends tandis que les procédures collectives au sens du droit des entreprises en difficulté visent à éviter ou traiter des difficultés de l'entreprise.

De plus l'antagonisme entre l'arbitrage et procédures collectives, si différent du point de vue procédural mais aussi substantiel, se trouve même exacerbé et affecte la procédure arbitrale. Ainsi, il ressort que l'ordre public constitue un critère d'inarbitrabilité (**Section I**) et le pouvoir de l'arbitre s'en trouve limiter (**Section II**).

Section I : L'ordre public comme critère d'inarbitrabilité

L'inarbitrabilité est une cause qui donne lieu à la nullité de la convention d'arbitrage. Celle-ci ne sera alors pas susceptible de confirmation et sera réputée n'avoir jamais existé. La nullité de la convention par cause d'inarbitrabilité, impliquera, entre autres, l'affectation du tribunal arbitral.

Selon la conception classique, l'ordre public est la mesure de reconnaissance par l'Etat du rôle de l'arbitre et de la sentence. Il en résulte une contrainte que l'arbitre ne peut ignorer⁴⁰. C'est de cet angle de vue que nous envisagerons ladite notion au cours de cette étude, sous son aspect négatif de restriction à l'arbitrage. Sous ledit aspect, la restriction à l'arbitrage est généralement justifiée par deux types de limitations, l'une relative à la personne : *ratione materiae* (**Paragraphe 1**) et l'autre relative à l'objet : *ratione materiae* (**Paragraphe 2**).

³⁹ <https://mobile.infogreff.fr/informations-et-dossiers-entreprises/lexique-juridique/procedure-collective.html>. (Consulté le 29/01/2021)

⁴⁰ Martinus Nijhoff Publishers, *recueil des cours : Collected courses of the hague of the Academy of international Law*, Amazon France, 1996, p.432.

Paragraphe I : Les limites personnelles à l'arbitrabilité : Inarbitrabilité subjective

L'inarbitrabilité subjective c'est lorsque l'arbitrabilité est contestée à l'égard de l'une des parties, en raison de sa qualité ou de mission particulière qui lui interdiraient de se soumettre valablement à la justice arbitrale. Cette limite concerne essentiellement l'Etat et les organismes publics. En effet, certains auteurs estiment qu'il y a abus de langage dans « *arbitrabilité subjective* » car elle concerne effectivement l'aptitude d'une personne à recourir à l'arbitrage, ou la capacité de compromettre. Cependant, ce débat est pratiquement dépassé en France dès lors que la solution est apportée par une règle matérielle du droit français.

En outre, les limites au pouvoir de l'arbitre varient selon les types de procédures collectives, qui affectent toujours les débiteurs qui y sont soumis en limitant de manière plus ou moins importante, la possibilité de recourir à l'arbitrage. Si pour régler les litiges qui peuvent opposer ces débiteurs à des tiers, parce qu'elles vont faire obstacle à la validité ou à l'opposabilité aux créanciers des conventions d'arbitrage. Cependant, ces restrictions de pouvoir ne touchent de manière sensible que la formation des conventions d'arbitrage après l'ouverture de la procédure⁴¹.

Après avoir examiné la notion d'ordre public (**A**), nous allons étudier la limitation de la compétence arbitrale par l'ordre public (**B**).

A. La notion d'ordre public

Peu de notions juridiques sont aussi difficiles à définir que celle de l'ordre public. Mais de manière générale, celui-ci s'entend de l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu. Cette définition, aussi complète qu'elle paraît, ne concerne en définitive que l'aspect interne de la notion⁴².

Rafaël Jafferali propose dans une étude intitulée « *L'ordre public, de l'arbitrage international aux conflits de juridictions* » de comparer la vision de l'ordre public dans le cadre du droit international privé et de l'arbitrage. Il estime que la notion d'ordre public dans ces matières

⁴¹ Ancel, Pascal, Arbitrage et procédures collectives, Rev.d.Arb. 1983, at 255 et seq. Disponible sur www.translex.org/118600. (Consulté le 05/01/2021).

⁴² Sylvie Yvonne BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA », Rev. Camerounaise de l'arbitrage, N°34,2006. Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127145510-57_17 doctrine ohadata d-08-63.pdf. (Consulté le 10/02/2021).

présente des similitudes intéressantes. En effet, selon cet auteur, la fonction de l'ordre public serait analogue dans le cadre de l'arbitrage et du droit international privé à savoir l'accueil ou non d'une décision dans notre ordre juridique⁴³.

En droit interne, l'ordre public, au sens classique, s'entend des règles qui ont pour objet la sauvegarde des valeurs essentielles de la société. On a ainsi pu dire de la notion d'ordre public qu'elle est de rocher sur lequel se construit la société⁴⁴. En principe, l'ordre public a une source textuelle, la loi prenant le soin de spécifier que telle ou telle règle est d'ordre public, soit en précisant qu'elle est édictée à peine de nullité, soit encore en prohibant formellement tel ou tel contrat⁴⁵.

En matière internationale, la notion d'ordre public existe également. On parle alors d'ordre public international ou d'ordre public au sens du droit international privé, qui permet au juge d'écartier la loi étrangère désignée par la règle de conflit, si son application entraîne un résultat peu compatible avec le système de valeurs du for⁴⁶. On relèvera que le traité OHADA et le règlement CCJA visent « l'ordre public international », alors que l'Acte uniforme mentionne « *l'ordre public international des Etats signataires du Traité* » et « *l'ordre public international des Etats parties* ». Il pourrait en être déduit que le Traité OHADA et le règlement CCJA font référence à l'ordre public international entendu au sens large, dans une acceptation qui déborde l'espace OHADA, tandis que l'Acte uniforme est plus restrictif lorsqu'il se réfère à « *l'ordre public international des Etats parties* » ou « *des Etats signataires du Traité* ».

Par ailleurs, on constate qu'en matière d'arbitrage international, la convention de New York confère une interprétation stricte à la notion d'ordre public. Ce qui a fait dire à certains que,

⁴³ R. Jafferali, « L'ordre public, de l'arbitrage international aux conflits de juridictions », in R. Jafferali, V. Marquette, A. Nuyts (sous la coordination de), Liber amicorum Nadine Watté, Bruxelles, Bruxellant, 2017, pp. 309- 310, in Delobbe GAUTHIER, « L'étendue du contrôle de l'ordre public dans le cadre du recours en annulation des sentences arbitrales : étude des situations belges et françaises », LIEGE université Library, 2020. Disponible sur <https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/9172/4/TFE%20GAUTHIER%20DELOBBE.pdf>. (Consulté le 10/02/2021).

⁴⁴ François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUET, Les obligations, 7^{ème} édition, 1999, Dalloz, n°349-1, p.346.

⁴⁵ Gaston KENFACK DOUAJNI, « la notion d'ordre public international », Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127144953-57_15_doctrine_ohadata_d-08-58.pdf. (Consulté le 09/02/2021).

⁴⁶ Sylvie Yvonne BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA », Revue Camerounaise de l'arbitrage, N°34,2006. Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127145510-57_17_doctrine_ohadata_d-08-63.pdf. (Consulté le 10/02/2021).

dès lors que l'on se trouve face à une sentence rendue sur le plan international, il faut se référer à l'ordre public international. Ainsi, selon Guy Keutgen, repris de manière récurrente par la doctrine⁴⁷ : « Il y a néanmoins lieu de préciser que l'ordre public qui est visé est, s'agissant de sentences rendues au plan international, l'ordre public international, celui-ci comprenant les règles fondamentales reconnues comme telles par la plupart des États et non celle d'un État donné ». Il ajoute « Le contrôle des juridictions étatiques est à cet égard le plus souvent limité. ». On relèvera néanmoins qu'aucune décision en jurisprudence ne fait référence à cet ordre public international en matière d'arbitrage ; les juridictions se contentant de parler, comme le texte de loi, d'ordre public.

En définitive, l'ordre public international serait « *la limite au degré d'ouverture du système juridique national* ». Ensuite, la distinction entre ordre public interne et ordre public international est que ce dernier est plus étroit. Enfin, la compétence de l'arbitre s'en trouve limiter.

B. La limitation de la compétence arbitrale par les règles d'ordre public

Les limites constituent les obstacles que crée l'Etat, de par son droit positif, à la réalisation d'un arbitrage notamment international. Ces limites sont principalement de deux ordres, selon le moment de l'intervention de l'Etat. L'Etat peut interdire *ab initio* le déroulement d'un arbitrage par rapport à une matière bien déterminée. Il le fait par le contrôle qu'il exerce sur l'arbitrabilité d'un litige, ainsi que par le biais d'une compétence exclusive au profit de ses juridictions empêchant la saisine d'un arbitre. Dans ces hypothèses, l'Etat prévoit l'impossibilité de recourir à l'arbitrage pour une matière déterminée, et les parties sont invitées à respecter cette restriction, avant d'entamer une quelconque procédure, en n'ayant pas recours à l'arbitrage si leur litige se rattache à ladite matière, sous peine que leur procédure arbitrale soit ultérieurement privée d'effets⁴⁸.

L'idée de considérer que la disponibilité du droit est un critère pertinent et suffisant pour définir l'arbitrabilité objective, n'est pas nouvelle. En effet, Oppetit, dès 1978 écrivait sans

⁴⁷ C. Verbruggen, op.cit., in N. Bassiri, M. Draye (Edited by), Arbitration in Belgium : a practitioner's guide, Alphen aan den Rijn, Kluwer law international, 2016, pp. 480, in Delobbe GAUTHIER, « L'étendue du contrôle de l'ordre public dans le cadre du recours en annulation des sentences arbitrales : étude des situations belges et françaises », LIEGE université Library, 2020. Disponible sur <https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/9172/4/TFE%20GAUTHIER%20DELOBBE.pdf>. (Consulté le 10/02/2021).

⁴⁸ Nour ABI RACHED, *Les limites du droit français à l'arbitrage international*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019. Disponible sur <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/a45f6ac2-1de7-459a-b394-b3458d2ef47a?inline>. (Consulté le 09/02/2021).

nuance⁴⁹ : «... peut-être d'ailleurs n'a-t-on pas suffisamment développé l'analyse rationnelle dans cette voie et conviendrait-il de tirer profit du renouvellement que pourrait apporter au débat le concept de libre disposition des droits sur lequel repose l'article 2⁵⁰ que le législateur a cru devoir expliciter par la référence à l'ordre public, mais qui aurait pu constituer à lui seul un critère nécessaire et suffisant de l'arbitrabilité sur lequel on n'a peut-être pas mis assez l'accent ? ». Selon cet éclairage, la non arbitrabilité se limiterait à l'interdiction légale de la libre disponibilité du droit des parties, le recours à l'arbitrage serait impossible seulement dans le cas où la règle d'ordre public supprimerait la disponibilité même du droit contractuel, mais non dans l'hypothèse où la règle d'ordre public imposerait uniquement des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice de cette disponibilité, dans ce dernier cas il appartient à l'arbitre de résoudre le litige dans le respect de l'ordre public et d'en tirer toutes les conséquences, tel que le prononcé d'une nullité d'ordre public⁵¹.

L'Acte uniforme relatif au Droit à l'arbitrage dispose que le recours en annulation de la sentence n'est recevable, entre autres motifs, que « *si le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des Etats signataires du traité*⁵² » et d'autre part que la reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats parties⁵³. L'idée qu'un litige devrait être exclu de l'arbitrage chaque fois que les règles d'ordre public sont mises en cause, a été plusieurs fois repris par la jurisprudence. Au niveau des principes, on pourrait à la rigueur admettre qu'il y ait une telle coïncidence entre l'exclusion de l'arbitrage et l'ordre public, au motif que l'arbitre, juge privé ne pouvant s'occuper que d'intérêts privés, le juge étatique, juge public, était seul gardien de l'ordre public.

Mais, cette vision procède cependant d'une méfiance extraordinaire à l'égard de l'arbitrage. L'exclusion de l'arbitrage est alors justifiée par la volonté « *d'empêcher l'arbitre d'appliquer les règles d'ordre public* », car l'on craint que l'arbitre « n'assure pas inconditionnellement le respect des règles impératives⁵⁴ ». C'est oublier que l'arbitre statue sous le contrôle de la justice étatique qui pourra toujours vérifier que le tribunal a bien respecté l'ordre public, et

⁴⁹ Oppetit, L'arbitrage en matière de brevets d'inventions après la loi du 13/07/1978, Rev.Arb, 1979, p.83.

⁵⁰ Art. 2 al. 1 de l'AUA dispose que : Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.

⁵¹ Mohammed ZERRIFI, *L'arbitralibilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative Algérien*, Mémoire, Université d'Oran, 2010. Disponible sur <https://theses.univ-oran1.dz/document/TH3066.pdf>.

⁵² Art.26 de l'AUA

⁵³ Art.31 al 4 de l'AUA

⁵⁴ E. MEZGER, « *l'arbitrage et l'ordre public* », RTD Com, 1948, p.611.

cela soit dans le cadre des voies de recours. Et précisément, le fait que les textes donnent mission au juge étatique de vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public, distinctement de la validité du compromis.

Si l'on admet un contrôle beaucoup plus large de la sentence, en reprenant les moyens de fait et de droit du litige, afin d'opérer « *une comparaison entre le résultat consacré par la sentence et celui auquel aurait abouti selon le juge, une application correcte* » de la règle de droit. En effet l'impérativité de la règle d'ordre public, ou de la loi de police, autoriserait ainsi un contrôle éventuellement approfondi des éléments de droit et de fait du litige, cette démarche permettant seule de vérifier que le résultat concret découlant de la reconnaissance de la sentence n'est pas contraire à l'ordre public. Il est certain que, dans la plupart des cas, un seul examen superficiel de la sentence ne permettra pas de déceler une atteinte à l'ordre public. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'aucune des parties n'a soulevé, lors de la procédure arbitrale, la question de l'applicabilité d'une telle règle. La seule lecture de la sentence ne révélera rien si les parties n'ont pas attiré l'attention des arbitres sur l'existence de règles d'ordre public, ou si les arbitres ne les ont pas eux-mêmes relevées d'office. Il est vrai que le risque d'annulation ou de refus d'exequatur peut conduire l'arbitre à estimer nécessaire une telle application d'office⁵⁵.

Ainsi, d'autres auteurs ont restreint l'inarbitrabilité à la seule violation de l'ordre public, c'est-à-dire contraires aux principes fondamentaux qu'il n'est permis à la justice de méconnaître. En effet, pour eux, ce principe ne laisserait au juge de liberté de refus que dans le cas où le dispositif de la sentence contiendrait des chefs qui ne pourraient être mis à exécution sans blesser les principes d'ordre public comme serait le cas lorsque les arbitres auraient ordonné une dissolution de mariage, une séparation de corps, une condamnation pénale etc⁵⁶.

L'inarbitrabilité ne se cantonne pas seulement qu'à l'inarbitrabilité subjective, mais va bien au-delà, car elle est aussi matérielle (*ratione materiae*).

⁵⁵ MALAN Alexandre Petites affiches, 26 mars 2009 n° 61, P. 8, Droit de l'arbitrage L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt Thalès) (Cass. civ. 1re, 4 juin 2008) in : Mohamed El Mehdi NAJIB, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, Thèse, Université de BORDEAUX, 2016, p.296. Disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01372508/document>. (Consulté le 14/02/2021).

⁵⁶ Victor Alexis Désiré, « *Jurisprudence générale: répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public* », Volume 5, Bureau de la Jurisprudence générale, 1847.

Paragraphe II : Les obstacles matériels à l'arbitrabilité : L'inarbitrabilité objective

Les États à système juridique romano-germanique avec en tête la France, étaient caractérisés par leur réserve à l'égard de l'arbitrage. Dans ces systèmes, à l'instar de la restriction du domaine de l'arbitrabilité ou de l'incapacité de compromettre, faite aux personnes morales de droit public, la codification napoléonienne aura abouti au rejet de l'arbitrage au profit de la justice étatique. Elle entend, à la fois, protéger les parties qui voudraient faire régler leur différend par les arbitres et, par la même occasion, les intérêts de la justice étatique dont l'autorité et les domaines de compétence doivent être préservés⁵⁷. Le Code civil et le Code de procédure civile placent ainsi nettement l'arbitrage en position d'infériorité par rapport à la justice étatique, tant par le contrôle auquel il se trouve soumis que par sa forte soumission aux règles juridiques impératives⁵⁸.

L'hostilité à l'égard de ce mécanisme s'observait à travers la portion congrue réservée au domaine matériel de l'arbitrage. Les dispositions combinées des articles 2060 et 6⁵⁹ du Code civil napoléon, démontrent le fort contrôle, la grande soumission et la restriction faite à l'égard des matières pouvant être arbitrées. En plus du fait que la matière civile faisait l'objet d'inarbitrabilité, les champs réservés aux dons, aux legs d'aliments, aux logements, aux vêtements, à la séparation de corps, au divorce, aux questions d'état des personnes et toutes les contestations communicables au Ministère public, connaissaient le même sort, c'est-à-dire demeuraient inarbitrables. À côté de cette longue liste qui peut retenir la qualification de prohibition explicite, s'ajoutait une autre catégorie de prohibition, implicite. Elle se traduisait par l'inarbitrabilité de certains litiges du fait qu'ils portaient sur les droits dont les personnes n'avaient pas la libre disposition et qui relevaient du domaine strictement réservé à l'ordre public⁶⁰.

Selon une partie de la doctrine, l'arbitrabilité objective devrait concerner uniquement l'aspect matériel, c'est-à-dire, l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage. C'est en effet l'arbitrabilité relative à la matière ou aux droits litigieux, qui parfois sont, pour des considérations d'intérêt général ou même relatifs aux intérêts privés de certaines personnes

⁵⁷ C. JALLAMION, « L'arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle », op.cit, p.62 in : ADAMA Kofil Drissa, « l'attractivité du droit de l'arbitrage de l'OHADA », Thèse, Université Alassane OUATTARA, 2017-2018, p.409.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ « On ne peut déroger, par une convention particulière, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁶⁰ ADAMA Kofil Drissa, « l'attractivité du droit de l'arbitrage de l'OHADA », Thèse, Université Alassane OUATTARA, 2017-2018, p.409.

que le législateur entend protéger, réservés à la connaissance du juge étatique⁶¹. L'étude de l'inarbitrabilité objective nous invite d'abord à examiner le principe d'exclusion de l'arbitrage (**A**) et ensuite l'étendue de cette exclusion (**B**).

A. La compétence exclusive comme limite: Un principe d'exclusion de l'arbitrage

Ce n'est pas parce que certains litiges sont soumis à la compétence exclusive d'un tribunal qu'ils sont nécessairement exclus de l'arbitrage. Tout d'abord, compétence exclusive ne signifie pas nécessairement compétence d'ordre public car le législateur peut attribuer à une juridiction la connaissance étendue de certains types de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, sans pour autant exclure la possibilité pour les parties au procès de choisir une autre juridiction, étatique ou privée⁶². Ensuite et surtout, même si la compétence exclusive est impérative, il n'en résulte pas toujours l'interdiction de l'arbitrage.

C'est dans ce sens que le Doyen Savatier faisait observer que l'octroi d'une compétence exclusive n'opère qu'une répartition à l'intérieur de l'organisation judiciaire, et ne vise pas *ipso facto* l'arbitrage qui se place en marge de cette organisation⁶³. Contrairement à une analyse traditionnelle⁶⁴, les conventions d'arbitrage ne peuvent être ramenées à de simples prorogations conventionnelles de compétence, elles sont avant tout le choix d'un autre mode de règlement des litiges, et on peut concevoir que la loi, en attribuant impérativement la compétence à une certaine juridiction, veuille simplement désigner le tribunal qui lui paraît le plus approprié parmi les juridictions étatiques sans pour autant exclure ce mode de règlement particulier qu'est l'arbitrage⁶⁵.

La législation OHADA sur l'arbitrage ne fait aucune référence à l'ordre public. De manière assez heureuse, elle évite les obscurités et les controverses que l'article 2060 ancien du Code civil français a pu susciter dans la mesure où il écarte de l'arbitrage « *les matières qui*

⁶¹ Nour ABI RACHED, *Les limites du droit français à l'arbitrage international*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019. Disponible sur <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/a45f6ac2-1de7-459a-b394-b3458d2ef47a?inline>. (Consulté le 09/02/2021).

⁶² Sur la notion de compétence exclusive, v. H. Sinay, J.C.P., 1958.I.1451, in : Pascal ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, Rev.d.Arbitrage, 1983, at 255 et seq, in : Pascal ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, Rev.d'Arb, 1983, at 255 et seq.

⁶³ Note D., 1954.407, in : Pascal ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, Rev.d'Arb, 1983, at 255 et seq.

⁶⁴ Que l'on trouve encore chez J. Robert et B. Moreau, op. cit., n° 40.

⁶⁵ Motulsky, note sous Cass. soc. 7 février 1958, J.C.P., 1958.II.10777.

intéressent l'ordre public »⁶⁶. L'absence de référence à l'ordre public doit cependant être bien comprise. Ni les parties dans leur convention d'arbitrage, ni les arbitres, ne peuvent bien entendu violer l'ordre public. Celui-ci constitue une réserve nécessaire à la validité des actes juridiques privés qui ne peuvent déroger aux lois intéressent l'ordre public. Ainsi, une convention d'arbitrage portant sur des droits non disponibles pour des raisons d'ordre public, doit être annulée à la fois parce qu'elle porte sur un litige non arbitrable et parce qu'elle viole l'ordre public ou un principe général d'ordre public devrait encourir les mêmes critiques. Cela ne signifie, en aucun cas, que les arbitres ne peuvent pas connaître de litiges⁶⁷.

Dans certaines matières, les critères traditionnels de compétence sont si ancrés et si parfaits que le législateur supranational devra tout simplement les reconduire. Autrement dit, à propos de ces matières, même s'il n'y a pas de besoin de protection à saisir ou de volonté des parties à respecter, les règles de compétence générale instituant une compétence en faveur des juridictions de l'Etat membre abritant le domicile du défendeur ne doivent pas prévaloir. Ainsi, en matière d'immeuble et de baux de location, la compétence doit échoir aux juridictions de l'Etat membre où est situé l'immeuble. De même pour l'exécution des décisions, la compétence doit appartenir exclusivement aux tribunaux de l'Etat où ladite exécution est sollicitée⁶⁸.

Bien que les dispositions législatives consacrées à l'arbitrabilité du litige ne font aucune référence à la notion de compétence exclusive. Il est admis aujourd'hui qu'une matière est inarbitrable si elle relève de la compétence exclusive des juridictions étatiques : *C'est ainsi que l'arbitrage est exclu en matière de l'état des personnes, matière qui relève de la compétence du tribunal étatique, de même il est admis que les arbitres ne peuvent connaître les contestations relatives à la faillite qui sont de la compétence exclusive du tribunal qui a ouvert la procédure*⁶⁹.

Il y aurait donc nullité de la convention d'arbitrage dans le cas où la loi réserve l'examen de l'objet de la convention à une juridiction étatique. L'attribution de la compétence exclusive peut se résulter soit en raison de la personne, on dit alors la compétence rationae personae. Ou

⁶⁶ J.B Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J, 1999.

⁶⁷ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.284.

⁶⁸ Bernard ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, Thèse, Université de MONTESQUIEU BORDEAUX IV, 2013.

⁶⁹ Mohammed ZERRIFI, *L'arbitralibilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative Algérien*, Mémoire, Université d'Oran, 2010. Disponible sur <https://theses.univ-oran1.dz/document/TH3066.pdf>.

bien en raison de la matière "*compétence rationae materia*", cette compétence est fondée sur des raisons d'ordre public par exemple : l'incompétence de l'arbitre de statuer sur les problèmes de validité du titre de propriété industrielle.

De telles affirmations doivent néanmoins être nuancées, car la critique à l'égard de l'utilisation de la notion de compétence exclusive pour déterminer l'arbitrabilité est forte au sein de la doctrine. M. Loquin⁷⁰ écrit à cet égard, que ce critère peut paraître très contestable. En effet, selon l'auteur, « *il semble nécessaire de distinguer compétence exclusive et compétence impérative : la notion de compétence exclusive implique seulement qu'un tribunal se voit confier la connaissance étendue de certaines catégories de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, et notamment au principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception. Il en résulte que le tribunal saisi d'un litige dont la solution dépend d'une décision relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction doit se déclarer jusqu'à ce que cette autre juridiction ait statué. Ainsi conçue la notion de compétence exclusive semble sans rapport avec la possibilité ou l'impossibilité de l'arbitrage*

⁷¹. »

La règle de compétence actuellement posée à l'article premier de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁷², a pour but, d'assurer la centralisation de tous les litiges qui concernent le règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur, afin de faciliter et d'accélérer leur règlement. Or ce but ne pourrait être atteint que si les parties pouvaient porter le litige devant une autre juridiction, qu'il s'agisse d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral. C'est pourquoi, il est très et généralement admis que l'ordre public fasse obstacle non seulement aux clauses attributives de juridiction mais aussi aux conventions d'arbitrage⁷³. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 juillet 1982 en témoigne, la Cour d'appel, dans cette affaire avait estimé que le litige n'était pas arbitrable au motif que « *ressortissant à la compétence d'ordre public du tribunal ayant prononcé le règlement judiciaire, ne peut être soumis à un arbitre non plus qu'à une juridiction autre que ledit tribunal* ». C'est ainsi que la Chambre commerciale casse

⁷⁰ Loquin, J-CI, Procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables, Fasc, 1024, p 10.

⁷¹ Mohammed ZERRIFI, *L'arbitralibilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative Algérien*, Mémoire, Université d'Oran, 2010. Disponible sur <https://theses.univ-oran1.dz/document/TH3066.pdf>.

⁷² Acte adopté le 10 avril 1998.

⁷³ Bord, op. cit., n° 273; Ripert et Roblot, op. cit., n° 2939.

sur ce point l'arrêt de la Cour d'appel, mais uniquement parce qu'elle estime qu'en l'espèce le litige était peut-être en dehors de la compétence exclusive⁷⁴.

De plus, il est vrai que notre analyse réduise le rôle de l'arbitrage en matière de procédures collectives. Mais tout dépend, en réalité, de l'étendue de l'étendue de l'exclusion du tribunal arbitral.

B. L'étendue de l'exclusion de l'arbitrage

Revenant à l'origine de la notion telle qu'elle a été étudiée par Rubellin-Devichi dans sa thèse⁷⁵, l'attribution d'une compétence exclusive à un tribunal implique simplement « qu'un tribunal se voit confier la connaissance étendue de certaines catégories de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, et notamment au principe selon lequel « le juge de l'action est le juge de l'exception». Pratiquement, la mise en œuvre de cette notion implique qu'un tribunal saisi d'un litige dont la matière relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction, doit se dessaisir jusqu'à ce que cette autre juridiction ait statué⁷⁶.

Dans la mesure où elle s'inscrit seulement dans le cadre de la répartition des compétences matérielles entre les différentes juridictions d'un même ordre juridique, la compétence exclusive n'a pas pour effet de soustraire le litige à la compétence de l'arbitre. Cet effet neutre de la compétence exclusive par rapport à l'arbitrage s'explique en revenant à la raison d'être de cette attribution. En effet, quand le législateur décide d'attribuer une compétence exclusive à un certain juge pour une matière déterminée, il fait le choix du juge qu'il estime, parmi les autres juges de son organigramme judiciaire, le plus approprié pour connaître du litige en question. Souvent, il ne se soucie pas de la compétence de l'arbitre en la matière. Celle-ci est déterminée par la volonté des parties. Comme conçue, la notion de compétence exclusive, le constate M. Loquin, « semble sans rapport avec la possibilité ou l'impossibilité de l'arbitrage »⁷⁷.

Tous les litiges qui naissent à l'occasion du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ou même du règlement préventif ne relèvent pas de la compétence exclusive du tribunal qui a ouvert cette procédure, et donc ne sont pas exclus de l'arbitrage sinon la réglementation

⁷⁴ Pascal ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, Rev.d.Arb, 1983.

⁷⁵ J. Rubellin-Devichi, *Essai sur la nature de l'arbitrage*, thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 1965, 412 n° 77.

⁷⁶ V-H. Sinay , La compétence exclusive, JCP G 1958, I, 1451.

⁷⁷ Nour ABI RACHED, *Les limites du droit français à l'arbitrage international*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019. Disponible sur <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/a45f6ac2-1de7-459a-b394-b3458d2ef47a?inline>. (Consulté le 09/02/2021).

du pouvoir de compromettre dans l'article 2 de l'AUA n'aurait aucun sens. Mais la difficulté est bien sûr de déterminer avec précision quels sont les litiges qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal des procédures collectives, et qui, en conséquence, ne peuvent être arbitrés. La question n'est évidemment pas spécifique de l'arbitrage, elle se pose de la même manière chaque fois que la compétence du tribunal saisi est contestée, ou chaque fois qu'il s'agit d'apprecier la validité d'une clause attributive de juridiction. Aussi convient-il seulement de rappeler les lignes directrices de l'abondante jurisprudence qui s'est formée sur le sujet. Depuis la fin du XIXe siècle la Cour de cassation utilise les mêmes formules générales : le tribunal qui a ouvert la procédure est seul compétent « pour connaître des contestations nées de la faillite ou sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique ».

En revanche, les règles de compétence ordinaire retrouvent leur empire lorsque le litige a sa cause « dans des faits ou dans des contrats antérieurs à la faillite et se serait produit de la même façon en dehors d'elle ». Il suffit de transposer ces formules pour connaître les limites de l'exclusion de l'arbitrage, tout en sachant que leur application va donner lieu à une casuistique complexe, dont l'arbitraire n'est pas toujours absent. Comme le relève un auteur, la faillite est « totalitaire » et elle affecte l'entier patrimoine du débiteur. On risquerait à prendre à la lettre les formules de la Cour de cassation, d'aboutir à une extension généralisée de la compétence du tribunal, donc à une exclusion totale de l'arbitrage, ce qui serait regrettable⁷⁸.

Dans tous ces cas, la sanction sera la nullité du compromis ou de la clause compromissoire, et il s'agit ici d'une nullité absolue qui peut être invoquée non seulement par le débiteur ou par le syndic au nom de la masse, mais aussi par l'autre partie à la convention d'arbitrage. La sanction est donc très différente de celle qui s'attache à l'inobservation des formalités qui entourent le pouvoir de compromettre, et qui consiste en une nullité relative, voire en une simple inopposabilité à la masse ou au débiteur⁷⁹.

L'arbitrage sera certainement exclu lorsqu'il s'agira d'ouvrir la procédure collective ou par la suite d'appliquer une des règles spécifiques du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Quid de la limitation du pouvoir des arbitres par l'ordre public ?

⁷⁸ Pascal ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, Rev.d.Arb, 1983, at 255 et seq.

⁷⁹ Ibidem.

Section II : L'ordre public comme tempérament au pouvoir des arbitres

Si la clause compromissoire est opposable aux organes de la procédure collective lorsque le litige se serait produit même sans l'intervention de la procédure collective, elle est manifestement inapplicable lorsque le mandataire judiciaire engage une action spécifique résultant de la procédure collective⁸⁰.

Cette limitation s'observe non seulement au niveau du principe de suspension des poursuites individuelles (**Paragraphe I**) mais aussi et surtout, lorsqu'il s'agit du principe d'égalité des créanciers (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le principe de suspension des poursuites individuelles

Le but recherché par la procédure de règlement préventif, à savoir, sauver l'entreprise en difficulté, d'une menace imminente de cessation de paiement, beaucoup moins dans l'intérêt personnel du débiteur que dans celui de l'entreprise en tant qu'entité économique, et des tiers (salariés et créanciers), ne permettait pas à l'article 75 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁸¹ de prévoir le respect du principe du contradictoire. Car, la suspension des poursuites individuelles est une décision qui s'impose d'urgence pour éviter que l'entreprise qui peut encore être sauvée, soit irrémédiablement compromise et condamnée à un redressement judiciaire ou à une liquidation des biens.

De plus, il faudrait observer que non seulement la procédure qui suit la suspension des poursuites individuelles, intègre un très grand souci de célérité, avec des délais raisonnablement brefs mais aussi et surtout, la suspension des poursuites elle-même est une mesure provisoire et préparatoire à une tentative de sauvegarde de l'entreprise. Pour mieux évaluer le principe de suspension des poursuites individuelles. Il convient de dépasser la simple portée du principe de suspension des poursuites individuelles (**A**) pour analyser la consécration jurisprudentielle (**B**).

⁸⁰ Bruno CRESSARD, « Etat des lieux de l'articulation entre deux fortes têtes du droit des affaires ». Disponible sur :http://www.afaarbitrage.com/?wysijapage=1&controller=email&action=view&email_id=564&wysijap=subscriptions. (Consulté le 16/02/2021).

⁸¹ En abrégé AUPCAP.

A. La portée du principe de suspension des poursuites individuelles

Le législateur OHADA intègre davantage le souci de donner une chance à la survie de l'entreprise, en instituant au profit du débiteur, une procédure spécifique appelée « règlement préventif »⁸². Le règlement préventif est une procédure collective « destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise, et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif »⁸³.

Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles⁸⁴. Ainsi, la décision prévue suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision. La suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires⁸⁵. Par conséquent, les créanciers antérieurs ne peuvent plus être payés, il est normal qu'ils ne puissent pas poursuivre le débiteur afin de se faire payer. C'est l'esprit de la règle de l'article 75 de l'AUPCAP suivant lequel : « La décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers composant la masse, qui tend :

- 1° à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;
- 2° à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

La décision d'ouverture arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la décision d'ouverture.

En effet, dans le principe de suspension des poursuites individuelles deux axes se présentent pour mieux cerner l'étendue notamment les personnes et les poursuites concernées. Relativement aux personnes concernées, l'article 75 vise clairement les créanciers antérieurs, ce dont on doit comprendre que tous les créanciers antérieurs sont visés, chirographaires comme munis de sûretés. Quant aux poursuites concernées, il s'agit principalement de deux types de poursuites qui sont actions en justice et voies d'exécution.

⁸² La procédure collective est définie à l'article 2 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du Passif (A.U.P.C.A.P), et réglementée dans le titre 1, article 5 à 25.

⁸³ Art. 2.1 de l'AUPCAP.

⁸⁴ Art. 8 de l'AUPCAP.

⁸⁵ Art. 9 de l'AUPCAP.

S'agissant l'action en justice, l'article précité vise en premier lieu les actions en paiement. C'est donc la continuité de l'interdiction de paiement de créances antérieures. La paralysie de ce type d'action est tout à fait logique et ne pose pas de difficulté. Mais cet affecte également « les actions ne résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ». En effet, cette règle permet d'éviter que le vendeur impayé puisse ainsi obtenir la restitution du bien vendu.

Par ailleurs, l'article 75 de l'AUPCAP, ne s'applique pas à toutes les actions en résolution. Sont cependant exclus, les actions en résolution qui ne sont pas fondées sur le défaut de paiement d'une somme d'argent mais sur l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation non pécuniaire et sont aussi concernées par cette exclusion les actions fondées sur une clause résolutoire. La clause résolutoire vise à faire constater une résolution intervenue antérieurement par l'effet de cette clause et non à faire prononcer judiciairement la résolution⁸⁶.

En clair, les actions en justice qui ne visent ni à la résolution d'un contrat et ni au paiement d'une somme d'argent ne sont pas concernées par l'arrêt des poursuites individuelles.

Quant aux procédures d'exécution, l'article 75 al 2 vise « toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ». Comme pour l'étendue de la mission de l'administrateur, cette règle s'étend à l'ensemble des biens du débiteur, ce qui signifie que s'il est une personne physique, elle concerne autant les biens affectés à son entreprise que ceux qui ne le sont pas.

Il s'y ajoute d'une part que les actions qui ont été intentées doivent faire l'objet d'une interruption d'instance et que, d'autre part, la règle de la suspension s'applique aux actions civiles exercées devant les juridictions répressives. Par ailleurs, dans le souci de faciliter les opérations de l'actif, il est prévu un cas de suspension provisoire des poursuites individuelles. En effet, le droit individuel de poursuite du trésor et des créanciers munis de sûretés réelles spéciales est suspendu jusqu'à l'expiration d'un délai de 3 mois suivant le jugement prononçant la liquidation des biens⁸⁷.

⁸⁶ Martine BOUDREAU, *Droit de l'entreprise en difficulté*, Paris, Gualino éditeur, 2002.p.78.

⁸⁷ Alassane KANTE, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA) », OHADATA D-06-47. Disponible sur

Après avoir délimité l'étendue de la suspension des poursuites individuelles, il convient d'examiner sa consécration jurisprudentielle.

B. La consécration jurisprudentielle du principe de suspension des poursuites individuelles

L'interprétation jurisprudentielle de la règle de la suspension des poursuites individuelles révélera l'existence de multiples tempéraments à la règle précitée. Dans ce cadre, la jurisprudence décide que la règle de la suspension ne joue pas lorsque le créancier poursuivant possède un droit acquis à la date du prononcé du jugement et qu'un tel droit n'existe pas pour le créancier poursuivant en vertu de l'exécution provisoire d'une décision frappée d'appel.

Egalement, l'analyse de la jurisprudence par la doctrine française a permis de systématiser l'ensemble des poursuites individuelles non suspendues par l'ouverture d'une procédure collective et qui n'ont pas été expressément dégagées par la loi. Ainsi donc, sont concernées notamment par cette non suspension les poursuites tendant à obtenir la reconnaissance d'un droit réel issu d'une convention ou de la loi, les poursuites engagées contre les tiers, les poursuites tendant à l'exécution d'une décision passée en force de chose jugée.

Il convient toutefois de remarquer que la règle posée par l'article L.621-24 connaît un sérieux tempérament, la jurisprudence de la chambre commerciale, consacrée en cela par la loi du 10 juin 1994 modifiant la loi du 25 janvier 1985, ayant depuis longtemps considéré que l'interdiction de payer les créances antérieures ne faisait pas obstacle au jeu de la compensation et spécialement au paiement par compensation de créances connexes (Com. 19 mars 1991, Bull n° 105, jurisprudence confirmée par de multiples arrêts postérieurs ; pour une application récente, Com. 14 mars 2000, pourvoi n° 97-17.752, qui casse un arrêt ayant retenu que le jugement d'ouverture faisait obstacle à toute compensation ultérieure au profit d'un créancier en vertu du principe d'égalité entre les créanciers, pour n'avoir pas recherché si les créances litigieuses n'étaient pas connexes).

En définitive, on peut affirmer que l'analyse des exceptions de la règle de la suspension des poursuites individuelles, sous l'éclairage de la jurisprudence, permet de mieux circonscrire le domaine légal des poursuites individuelles non suspendues par l'ouverture d'une procédure collective et que, dans le même temps, elle permet de raffermir la conclusion selon laquelle l'absence de paiement d'une somme d'argent par le débiteur est à la base des tempéraments à la règle de la suspension des poursuites individuelles. En résumé, on peut dire que ces tempéraments manifestent un important volet de la relativité du principe de l'égalité entre les créanciers.

Paragraphe II : Le principe d'égalité des créanciers

L'égalité des créanciers constitue une règle spéciale de l'égalité au regard du principe général de l'égalité civile, trouve son fondement dans l'article 2093 du Code civil aux termes duquel "les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence". Ces dérogations portent le nom de privilèges et hypothèques.

C'est en ces termes que Balzac décrit l'accord collectif auquel les créanciers pouvaient espérer parvenir sous l'empire du Code de commerce de 1807. Le concordat, fruit d'un compromis, était (ou devait être) aussi le reflet du principe d'égalité entre les créanciers, principe qui régit traditionnellement le droit des faillites. Ainsi, le débiteur n'étant pas en mesure, par hypothèse, de régler tous ses créanciers, la procédure collective à laquelle il est soumis doit faire supporter à chacun une part égale dans la perte commune⁸⁸. Il est significatif de constater d'abord le caractère du principe d'égalité des créances (**A**) et d'en donner les conséquences (**B**).

A. Le caractère du principe d'égalité des créances

La volonté de réaliser l'égalité stricte des créanciers conduit, en outre, à l'instauration d'une discipline collective qui peut se résumer à l'idée selon laquelle il convient de restreindre les droits individuels que chaque créancier était en droit d'exercer. Dans cette perspective, le jugement prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens emporte, pour l'avenir, des effets comme la suspension des poursuites individuelles des créanciers, l'arrêt du

⁸⁸ Philippe DELMOTTE, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives ». Disponibles sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_equality_42/procedures_collectives_6254.html. (Consulté le 16/02/2021).

cours des intérêts, l'arrêt du cours des inscriptions ainsi que les titres de créances avant leur admission. Il s'agit de montrer que si certaines restrictions aux droits des créanciers sont d'ordre formel, à l'inverse, d'autres restrictions sont plus strictes dès lors qu'elles touchent le fond même du droit en privant les créanciers de prérogatives essentielles⁸⁹.

Au surplus, tous les créanciers sont sur un même pied d'égalité et doivent se soumettre à la procédure de vérification des créanciers. Ils seront payés suivant une organisation globale prenant en compte l'ensemble des créanciers. Outre l'égalité des créanciers, cet article contribue également au redressement de l'entreprise qui serait assurément compromis si le débiteur était assailli de poursuite de la part de ses créanciers. Si la loi de 1985 a supprimé la masse, les créanciers restent néanmoins soumis à une certaine discipline commune résultant du caractère collectif de la procédure et de l'unicité de cette procédure. La soumission à ces principes uniformes de procédure transcende le caractère privilégié ou chirographaire des créances et concerne alors l'ensemble des créanciers antérieurs. L'égalité des créanciers, qui s'exprime à travers cette discipline collective, a une utilité fonctionnelle, celle de mener à bonne fin la procédure collective conçue ici comme une voie d'exécution générale. L'égalité n'est ici qu'un moyen, pas une fin.

En France, deux corps de règles sont traditionnellement rattachés à la règle de l'égalité entre les créanciers. En outre, l'article L.621-24 du Code de commerce pose le principe de l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture et des nullités à raison des actes effectués par le débiteur depuis la date de cessation des paiements, telles que prévues par les articles L.621-107 et L.621-108 du Code de commerce. Certains auteurs critiquent cette parenté aux motifs que la nullité des actes passés en violation de l'article L.621-24, ou pendant la période suspecte, entraîne restitution au profit du patrimoine du débiteur en procédure collective et que le résultat de l'action en nullité ne sert qu'à reconstituer l'actif de l'entreprise et non à désintéresser les créanciers. L'argument n'est pas pleinement convaincant car dans l'un et l'autre cas, la nullité a pour cause un paiement ou un acte équivalent qui tend à favoriser un créancier au détriment d'un autre. Cette rupture d'égalité a porté atteinte au gage commun des créanciers. Comme le souligne justement

⁸⁹ Alassane KANTE, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA) », OHADATA D-06-47. Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127143325-56_5 doctrine ohadata d-06-47.pdf. (Consulté le 16/02/2021).

Pollaud-Dulian, « reconstituer l'actif, c'est remettre les créanciers sur un pied d'égalité face aux conséquences de la cessation des paiements⁹⁰ ».

Il est vrai qu'en ce qui concerne l'application stricte de l'article L. 621-24 du Code de commerce, la chambre commerciale peut se révéler plus discrète lorsqu'il s'agit de se référer à la règle de l'égalité des créanciers. Ainsi, dans un arrêt du 13 novembre 2001 (Bull. n° 179), la chambre commerciale rejette le pourvoi formé contre un arrêt qui avait considéré que le droit de rétention exercé par le commissionnaire de transport sur des marchandises remises postérieurement à l'ouverture de la procédure collective de son débiteur en garantie du paiement de créances antérieures avait pour effet de rompre l'égalité des créanciers, mais ne reprend pas à son compte cette motivation ; elle y substitue un motif de pur droit, dégagé de toute allusion à la règle de l'égalité : en application de l'article 33, premier alinéa, de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L.621-24, 1^{er} alinéa, du Code de commerce, le paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture est interdit et frappé de nullité ; il en résulte que le commissionnaire ne peut valablement exercer son droit de rétention sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture pour obtenir le paiement de créances antérieures. A la différence de l'arrêt précité du 17 juin 1997, la chambre commerciale considère ici que la règle posée par l'article L.621-24 se suffit à elle-même ; la créance étant née antérieurement au jugement d'ouverture, il en découle ipso facto que tout moyen de pression, tel le droit de rétention, pour obtenir le paiement de cette créance, ne peut prospérer⁹¹.

B. La conséquence du principe d'égalité des créances

Les différentes techniques de suspension de l'exigibilité des créances ou des poursuites individuelles éprouvent leur efficacité devant le besoin de sécurité des créanciers dans la masse et des créanciers de la masse dans la réalisation de leurs droits. En effet, l'égalité imposée aux créanciers malgré la diversité de leur situation individuelle doit être compensée par un traitement équitable au vue de leurs prérogatives respectives avant l'ouverture de la

⁹⁰ Pollaud-Dulian, le principe d'égalité dans les procédures collectives, JCP 1998 I 138.

⁹¹ Philippe DELMOTTE, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives ». Disponibles sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_equality_42/procedures_collectives_6254.html. (Consulté le 16/02/2021).

procédure. Cependant, le principe d'ordre public de l'égalité des créanciers suscite de sérieuses réserves⁹² en raison de sa porosité au particularisme contractuel ou économique⁹³.

Aussi, selon M. SENECHAL : « *le principe d'égalité a muté d'une égalité de traitement à une métaégalité fondée seulement sur l'accès de tous les créanciers, sans exception, au patrimoine du débiteur en procédure collective. L'égalité n'est plus substantielle, elle est devenue procédurale, celle de toute procédure de distribution*⁹⁴ » est révélatrice de la complexité systémique de l'impératif de sécurité juridique dans les procédures collectives. Si l'un des principes directeurs de la sécurité juridique est la prédictibilité du sort des parties, celle du créancier dans les procédures collectives est devenue un véritable casse-tête.

La recherche d'égalité stricte par la restriction aux droits individuels des créanciers pour l'avenir sera effectuée en analysant, tour à tour, les restrictions au plan purement formel, les restrictions des créanciers au plan substantiel et le monopole de la représentation des intérêts collectifs des créanciers qui est le corollaire de leur discipline collective. Au plan purement formel, les règles impératives gouvernent la détermination du passif du débiteur puisque l'observation d'un formalisme est toujours indispensable pour la validation des états des créances. En l'occurrence, ces restrictions consisteront en une soumission de tous les créanciers à la règle de la production, d'une part et d'autre part, à la règle de la vérification et de l'admission des créances. En effet, la production⁹⁵ des créances signifie que, à partir du jugement d'ouverture, tous les créanciers privilégiés ou non, y compris le trésor public, doivent produire leurs créances entre les mains du syndic. A cet égard, il convient de préciser que l'obligation de production concerne non seulement les créances déjà échues mais aussi les créances non encore échues dans la mesure où le jugement prononçait la liquidation des biens emporte la déchéance du terme⁹⁶.

⁹² C. LEGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », in Gazette du Palais, 06 août 2002, n°218, p. 2. ; J-M CALENDINI, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », in Petites Affiches, 30 septembre 1998, n°117, p. 51.

⁹³ Dans cette optique, les variations sur la situation des créanciers postérieurs est assez illustrative de la recherche de sécurité juridique par le législateur. Voir, F. PEROCHON, « Le sort des créanciers postérieurs », in Petites Affiches, 02 juin 2004 n°116, p. 16 ; C. SAINT-ALARAY-HOUIN, « Les priviléges de la procédure », in Petites Affiches, 14 juin 2007 n°119, p. 70 ; P-M. LECORRE, « Les déclarations de créances », in Petites Affiches, 14 juin 2007 n°119, p. 64.

⁹⁴ M. SENECHAL, « note sous arrêt Cass. com. 12 mai 2009 (pourvoi n°08-11421) », in L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 juillet 2009 n° 4, p. 3.

⁹⁵ Art.78 de l'AUPCAP.

⁹⁶ Alassane KANTE, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA) », OHADATA D-06-47. Disponible sur

L'ambiguïté, ou la subtilité de la règle de l'égalité, se mesure à l'aune de deux arrêts rendus par la chambre commerciale à propos des conditions de l'action en répétition de l'indu. Dans le premier (Com. 17 novembre 1992, Bull. n° 361), un liquidateur judiciaire, qui avait procédé sciemment à un paiement entre les mains d'un créancier chirographaire, avait agi ultérieurement en restitution de la somme ainsi versée. La cour d'appel avait accueilli cette demande. Rejetant le pourvoi formé contre cette décision, la chambre commerciale énonce qu'un créancier, admis à titre chirographaire, ne peut conserver les sommes à lui payées en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires, le paiement eût-il été fait en connaissance de cette violation. Dans le second (Com. 30 octobre 2000, Bull. n° 169), le liquidateur judiciaire avait payé, après réalisation d'un immeuble, le receveur des impôts qui bénéficiait d'une hypothèque, tandis qu'un établissement de crédit, créancier privilégié, bénéficiait d'un rang préférable. Le liquidateur ayant agi en répétition de l'indu, la cour d'appel avait accueilli cette demande au motif que le paiement était indu au regard des règles de la procédure collective puisque "le privilège du receveur venait en rang postérieur" à celui de l'établissement de crédit. Cette décision est cassée au visa des articles 1376 et 1377 du Code civil, pour violation de la loi, dès lors que le paiement est intervenu sans atteinte au principe de l'égalité des créanciers, inapplicable aux créanciers privilégiés, et que ce paiement, fait par erreur sur l'ordre des priviléges, n'ouvre pas droit à répétition, l'accipiens n'ayant reçu que ce que lui devait son débiteur⁹⁷.

Toutefois, il convient de remarquer qu'en plus des procédures collectives, le juge étatique à travers ses interventions récurrentes affecte aussi l'arbitrage.

http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127143325-56_5DoctrineOhadataD-06-47.pdf.

(Consulté le 16/02/2021)

⁹⁷ Mamoudou NIANE, *L'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances*, thèse, Université de BORDEAUX, 2014. Disponible sur file:///C:/Users/WALKER/Downloads/NIANE_MAMOUDOU_2014_CRR.pdf. (Consulté le 17/02/2021).

CHAPITRE II : LA NECESSAIRE IMMIXTION DU JUGE ETATIQUE DANS LA PROCEDURE D'ARBITRAGE

L'arbitre et le juge étatique ont l'aspect d'un vieux couple à la vie commune tumultueuse. Selon le balancier de l'histoire, l'un des membres du couple domina l'autre. En effet, d'une part, l'arbitrage, parce qu'il soustrait un litige aux voies judiciaires, peut être vu a priori comme un moyen de faire échec à la compétence d'une justice étatique sur laquelle repose la sécurité juridique, ainsi que l'autorité et la légitimité du pouvoir qui met un tel moyen à la disposition des justiciables⁹⁸. D'autre part, un arbitrage exercé sous la souveraineté de la puissance publique est un mort-né, alors qu'un arbitrage trop libéré des contraintes du droit étatique est une menace pour les intérêts des Etats⁹⁹. Lorsque cet esprit de collaboration fait défaut, l'arbitrage est alors paralysé et c'est le juge étatique qui est sollicité sur la base des nouvelles dispositions pour trancher le litige.

Etant donné que c'est le juge étatique qui s'immisce dans l'arbitrage, son rôle se manifeste tout au long de l'arbitrage. C'est ainsi que le juge étatique est amené à intervenir à tous les stades de la procédure arbitrale, du début à la fin¹⁰⁰. Par ailleurs, il est crucial de mentionner que l'augmentation du zèle du juge étatique a un rapport avec le développement que connaît l'arbitrage.

L'arbitrage est censé se dérouler, dans l'idéal, de façon autonome, sans intervention du juge étatique. Or, en pratique, l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale peut s'avérer nécessaire, soit pour apporter son assistance (**Section I**) au tribunal arbitral, soit pour contrôler (**Section II**) la régularité de la sentence.

⁹⁸ Carine JALLAMION, ARBITRAGE ET POUVOIR POLITIQUE EN France DU XVIIe au XIXe SIECLE, revue de l'arbitrage 2005 n°1 page4 in : Mohamed El Mehdi NAJIB, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, Thèse, Université de BORDEAUX, 2016, p.296.

⁹⁹ « Le juge du contrôle de l'arbitrage » Ahmed OUERFELLI Magistrat enseignant de Droit REVUE DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA LEGISLATION N°1 53eme ANNEE JANVIER 2011 page9 in : Mohamed El Mehdi NAJIB, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, Thèse, Université de BORDEAUX, 2016, p.296.

¹⁰⁰ Francis NGUEGUIM LEKEDJI, *Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, Mémoire, Université Catholique d'Afrique Centrale, 2008, p.105.

Section I : Le rôle d'assistant du juge dans la procédure arbitrale

L'arbitrage est une procédure de règlement des litiges qui par essence découle directement d'une reconnaissance étatique et dont la portée se limite aux droits dont les parties ont la libre disposition. Si l'intérêt de la « société des marchands » est de parvenir à un règlement privé de ses litiges, l'intérêt de l'Etat réside en une application correcte des règles affectant des particuliers qui ne sont pas nécessairement parties à l'arbitrage¹⁰¹.

Le juge étatique peut être appelé à intervenir au soutien de l'arbitrage, complétant la compétence des arbitres pour des questions qui excèdent leurs attributions. Cette intervention est perceptible tant à la constitution du tribunal arbitral (**Paragraphe I**) que l'exécution de la sentence arbitrale (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Les difficultés probables à la constitution du tribunal arbitral

Nous analyserons successivement les règles gouvernant les difficultés de désignation des arbitres (**A**) avant d'évoquer les difficultés postérieures à la constitution du tribunal arbitral (**B**).

A. Les difficultés liées à la désignation de l'arbitre

Si les parties sont libres d'organiser la procédure comme elles l'entendent, leur liberté n'est toutefois pas sans limite. La liberté des parties est contrôlée, puisque le principe d'égalité des parties, affirmé par l'article 8 de l'AUA s'applique à la constitution du tribunal. L'assistance judiciaire à la constitution du tribunal arbitral est prévue aux articles 6¹⁰² et 8¹⁰³ de l'AUA.

¹⁰¹ J.C Fernandez ROZAS, « *Le rôle des juridictions étatiques dans l'arbitrage commercial international* ». Disponible sur http://bibliotheque.pssfp.net/livres/LE_ROLE DES JURIDICTIONS ETATIQUES DEVANT LARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL.pdf. (Consulté le 15/02/2021).

¹⁰² Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties. *Lorsque les parties ont prévu la désignation de deux arbitres nonobstant les dispositions de l'article 5, al. 2 du présent Acte uniforme, le tribunal arbitral est complété par un troisième arbitre choisi par les parties d'un commun accord.*

En l'absence d'accord, le tribunal arbitral est complété par les arbitres désignés ou, à défaut d'accord entre ces derniers, par la juridiction compétente dans l'Etat partie. Il en est de même en cas de nomination rendue nécessaire pour cause de récusation, d'incapacité, de décès, de démission ou de révocation d'un arbitre.

A défaut d'accord des parties sur la procédure de nomination ou si leurs stipulations sont insuffisantes :

- a) en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente (30) jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente (30) jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'Etat partie ;

Alors que l'article 6 ne vise que l'intervention du juge dans la constitution initiale du tribunal arbitral, l'article 8 envisage à la fois cette hypothèse et celle qui résulterait d'incidents postérieurs à la constitution du tribunal¹⁰⁴.

De plus, l'article 6 de l'acte uniforme, après avoir posé le principe de la primauté de la volonté des parties dans la nomination des arbitres, pose, à titre subsidiaire, des règles légales. Le système retenu est celui de la désignation directe par les parties¹⁰⁵. En cas d'arbitrage par un arbitre unique, les parties s'accorderont sur le choix de l'arbitre. En cas d'arbitrage par trois arbitres, le système retenu est celui qui est fréquemment utilisé dans la pratique de l'arbitrage, à savoir la désignation d'un arbitre par chacune des parties et la nomination du troisième arbitre par les deux premiers. Il va de soi que ces mécanismes peuvent susciter des blocages. Ainsi, les parties peuvent ne pas s'accorder pour désigner un arbitre unique, ou encore les arbitres désignés par les parties ne peuvent pas s'accorder sur le choix d'un troisième arbitre. C'est dans ces hypothèses que l'article 6 autorise la saisine du juge étatique par l'une des parties afin qu'il nomme un arbitre¹⁰⁶.

Par conséquent, le silence gardé par une partie à un litige face au courrier émanant de l'autre partie qui lui a proposé la nomination d'un arbitre, fait non seulement présumer son refus mais caractérise le désaccord des parties sur le choix de l'arbitre rendant ainsi nécessaire le recours au juge conformément aux dispositions de l'article 6 de l'AUA. Il s'ensuit que la demande de nomination d'un arbitre dont est saisie la juridiction est recevable. En ce qui concerne le

b) en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par la *juridiction compétente* dans l'Etat partie.

La décision de nomination d'un arbitre par la juridiction compétente intervient dans un délai de quinze (15) jours à compter de sa saisine, à moins que la législation de l'Etat partie ne prévoie un délai plus court. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

¹⁰³ En cas de *défend*, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, la *juridiction compétente* dans l'Etat partie statue *au plus tard dans un délai de trente (30) jours* sur la récusation, les parties et l'arbitre entendus ou dûment appelés. Faute pour la *juridiction compétente* d'avoir statué dans le délai ci-dessus indiqué, elle est dessaisie et la demande de récusation peut être portée devant la *Cour commune de justice et d'arbitrage* par la partie la plus diligente.

La décision de la juridiction compétente rejetant la demande de récusation n'est susceptible que de pourvoi devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Toute cause de récusation doit être soulevée *dans un délai n'excédant pas trente (30) jours à compter de la découverte du fait ayant motivé la récusation* par la partie qui entend s'en prévaloir.

La récusation d'un arbitre n'est admise que pour une cause révélée après sa nomination.

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles applicables à la nomination de l'arbitre remplacé, sauf convention contraire des parties. Il en est de même lorsque le mandat de l'arbitre est révoqué par accord des parties et dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat.

¹⁰⁴ Voy. Ci-dessous, n° 233 et s.

¹⁰⁵ Tel est également le système retenu par l'article 11 §3, de la loi type de la CNUDCI.

¹⁰⁶ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruylant, 2002, p.141.

nombre d'arbitres, il peut être déduit, de la clause compromissoire convenue entre les parties qui stipulait qu'« il sera recouru à l'arbitrage présidé par un juriste de droit congolais », que les parties ont opté pour un arbitre unique. Il en est ainsi car le mot « présidé » ne peut à lui seul suffire pour inférer que les parties ont pensé à une formation collégiale de l'instance arbitrale dont l'un serait le président, puisque, même pour un tribunal composé d'un seul arbitre ou d'une juridiction à juge unique, l'on peut toujours utiliser le verbe « présider ». Faute par les parties d'avoir désigné l'arbitre unique devant connaître du litige qui les oppose, le juge des référés doit y procéder conformément à l'article 6 précité¹⁰⁷.

En outre, l'on ignore les raisons pour lesquelles l'acte uniforme n'a pas organisé une telle intervention du juge étatique en cas de constitution purement conventionnelle du tribunal arbitral. Peut-être le législateur OHADA a-t-il craint une immixtion trop grande de l'autorité judiciaire étatique dans le fonctionnement en cas de constitution purement conventionnelle. Si tel est le cas, cela nous paraît une erreur car il a été démontré de façon tout à fait convaincante que l'intervention du juge étatique, pour régler les difficultés de constitutions du tribunal arbitral, participe non d'une immixtion intempestive mais, tout au contraire, d'une mission d'assistance¹⁰⁸.

Par ailleurs, l'assistance judiciaire dans la constitution du tribunal arbitral consiste pour le juge de compléter la composition du tribunal lorsque les parties ont désigné des arbitres en nombre pair. En effet, si le tribunal arbitral est constitué d'arbitres en nombre pair, il doit d'abord être complété conformément aux prévisions des parties, à défaut de telles prévisions, les arbitres désignés devront compléter leur juridiction. Et à défaut d'accord entre les arbitres désignés, le juge étatique pourra procéder à la désignation d'un arbitre supplémentaire¹⁰⁹. Le tribunal arbitral ainsi formé, soulève parfois des difficultés.

B. Les difficultés postérieures à la constitution d'un tribunal arbitral

Les incidents pouvant affecter la composition de la juridiction arbitrale sont essentiellement visés par l'article 8 de l'AUA. Ils sont essentiellement au nombre de cinq : la récusation,

¹⁰⁷ T. com. Pointe-Noire (Congo), ord. réf. n° 007, 8-1-2002 : Sté Sony Services c/ Sté Universal Sodexho, Ohadata J-13-70.

¹⁰⁸ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruylant, 2002, p.141.

¹⁰⁹ Ibidem.

l'incapacité, le décès, la démission et enfin la révocation d'un arbitre. Il est important ici d'évoquer un problème qui constitue un incident susceptible d'affecter la composition du tribunal arbitral. Cette question est primordiale car elle a elle-même trait à la question de la confiance, question primordiale en matière d'investissements. Il s'agit de la question de la récusation d'un arbitre. Etant juge, l'arbitre doit donc être indépendant et impartial vis-à-vis des parties¹¹⁰. Il s'agit là, d'une exigence fondamentale du droit de l'arbitrage. L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage prévoit expressément par l'article 7 alinéa 3 que « l'arbitre doit [...] demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties ». L'indépendance étant une notion factuelle, l'exigence de l'indépendance a trait à l'absence de relations de travail, de collaboration, de parenté ou d'alliance entre les parties. L'impartialité est en revanche plus difficile à prouver puisqu'il est une notion d'ordre psychologique. Un auteur observe à ce propos que la « partialité est quelque chose d'assez facile à reconnaître mais de difficile à prouver pour la partie qui en est victime »¹¹¹.

La procédure de récusation relève d'abord de la volonté des parties. S'agissant d'un arbitrage ad hoc, il est rare que les parties aient envisagé une procédure de récusation. Par contre, dans l'arbitrage institutionnel, les règlements d'arbitrage organisent souvent très minutieusement une procédure interne d'examen de la récusation. Tel est le cas dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA¹¹² et d'une manière générale, dans nombre d'autres règlements d'arbitrage¹¹³. Dans une telle situation, le juge étatique n'est pas compétent pour connaître d'un incident relatif à la récusation d'un arbitre. Sa compétence est en effet subsidiaire puisque le juge compétent dans l'Etat partie statue sur la récusation que « si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation¹¹⁴ ».

De plus il est rare que dans l'arbitrage ad hoc, les litigants aient organisé une procédure. Il est alors nécessaire de porter la procédure devant la juridiction national. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage par son article 8 alinéa 1 de. Si les

¹¹⁰ Moussa DIAKITE, *L'arbitrage institutionnel OHADA, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique*, Thèse, Université Toulouse Capitole, p.182.

¹¹¹ A. REDFERN et M. HUNTER, « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », Paris, L.G.D.J., 1994, p. 179.

¹¹² Art. 4.2 Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que : La demande de récusation fondée sur une allégation de défaut d'indépendance ou sur tout autre motif est introduite par l'envoi au Secrétaire Général d'une déclaration précisant les faits et circonstances sur lesquels est fondée cette demande.

¹¹³ Art. 11 Règlement. CCI ; Art. 9 à 12 Règlement. CNUDCI ; Art. 22 de la loi togolaise du 28 novembre 1989 instituant une cour d'arbitrage. Certains centres d'arbitrage ne s'instituent cependant pas juges de la récusation et renvoient devant la juridiction étatique. Voy. les exemples cités par E. ROBINE, in Rev.Arb., 1990, p.324.

¹¹⁴ Art. 8 de l'AUA.

parties ou les arbitres désignés, et non récusés, ne s'entendent pas sur le choix d'une personne pour remplacer l'arbitre récusé, le juge étatique peut alors, à la demande de l'une des parties ou des arbitres, procéder à cette désignation. En outre, la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours. Une fois qu'elle a été prononcée par le juge étatique ou par l'autorité prévue à cet effet par le règlement d'arbitrage¹¹⁵. Il faut alors remplacer l'arbitre récusé.

Au Sénégal, le Décret 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international qui traite de l'intervention du juge d'appui dans la constitution du tribunal arbitral pose des règles distinctes selon qu'il s'agit d'un arbitrage interne ou d'un arbitrage international. Aux termes de l'article 797 du nouveau code de procédure civile, consacré à l'arbitrage interne, « *si le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du tribunal régional désigne le ou les arbitres sauf convention contraire des parties. Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président, le cas échéant, le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation* ».

L'article 809 du même code stipule que, dans ce cas, *le président statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le président déclare n'y avoir lieu à désignation au motif du caractère manifestement nul ou insuffisant de la clause compromissoire. Il est à préciser qu'en matière de référé, le délai d'appel est de 15 jours à compter de la signification de l'ordonnance*. Le nouveau code de procédure civile du Sénégal indique que l'appel est jugé d'urgence mais ne fixe aucun délai. La solution retenue par le Décret 98-492, s'agissant de l'intervention du juge d'appui en matière d'arbitrage international, est plus stricte. Selon l'article 819-45 du Décret 98-492, la décision sur une question relative à une difficulté de constitution du tribunal arbitral dont est saisi le juge des référés du tribunal régional du lieu de l'arbitrage n'est pas susceptible de recours. Ainsi, en matière d'arbitrage international, l'ordonnance rendue par le juge d'appui, statuant en référé, en vue de régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral n'est pas susceptible de recours. Le juge d'appui n'intervient que pour la procédure de nomination. Il ne lui appartient pas de constater que la convention est soit manifestement nulle, soit insuffisante et déclarer qu'il n'y a lieu à désignation. Cette restriction de l'intervention du

¹¹⁵ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Brulant, 2001, p. 145.

juge d'appui en matière d'arbitrage international s'explique par la plus grande faveur portée à ce type d'arbitrage¹¹⁶.

Toutefois, les autres incidents pouvant affecter la composition de la juridiction arbitrale sont l'incapacité, le décès, la démission ou la révocation d'un arbitre. L'ensemble de ces incidents pose, à l'instar de la récusation, le problème du remplacement de l'arbitre au sein du tribunal arbitral qui est ainsi amputé de l'un de ses membres par incapacité, décès, démission ou révocation. Ainsi, l'assistance du juge étatique pour compléter un tribunal arbitral à la suite de la récusation, de l'incapacité, du décès, de la démission ou de la révocation d'un de ses membres repose sur les mêmes principes que ceux gouvernant l'assistance du lorsqu'il doit compléter une juridiction arbitrale constituée en nombre pair. Cette assistance est doublement subsidiaire car elle ne s'exerce qu'à défaut de volonté des parties et à défaut d'accord des arbitres sur le choix du troisième arbitre¹¹⁷.

Il est certes vrai que la saisine du juge étatique doit être facilitée, et que ce magistrat doit agir avec célérité pour régler les difficultés postérieures à la constitution du tribunal arbitral. Cependant, il est apporteur de l'imperium à la justice arbitrale.

Paragraphe II : L'exécution de la sentence arbitrale, une compétente exclusive du juge étatique

Une décision juridictionnelle n'a de sens que si elle peut tout au moins être exécutée. Le droit doit être dit et une solution dégagée, si l'on veut régler correctement un litige. Mais faut-il que cette solution soit effectivement appliquée. Dès lors, on peut imaginer que la résolution du litige consignée dans la sentence, c'est-à-dire la décision du tribunal arbitral, sera spontanément exécutée par la partie qui a perdu le procès. La désillusion sur ce point peut être grande car l'expérience montre que l'exécution spontanée est rare¹¹⁸.

La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat partie. La reconnaissance et

¹¹⁶ Amadou DIENG, « Les difficultés de constitution du Tribunal Arbitral, dans le cadre de l'arbitrage ad hoc, Ohadata D-11-55. Disponible sur [file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-11-55%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-11-55%20(1).pdf). (Consulté le 18/02/2021).

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Lucien Mathieu N'GOUIN CLAIH, « L'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours », Ohadata D-07-11. Disponible sur <file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-07-11.pdf>.

l'exequatur de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établisse l'existence de la sentence arbitrale.

On s'attachera à analyser l'incompétence de l'arbitre dans le prononcé des mesures provisoires (**A**) avant d'examiner la compétence du juge étatique quant à l'exécution d'une sentence arbitrale (**B**).

A. Le prononcé des mesures provisoires et conservatoires par le juge étatique

La littérature spécialisée dans le domaine des matières civile, commerciale et arbitrale confirme qu'il est difficile de s'entendre sur une définition unique des mesures provisoires et conservatoires¹¹⁹.

De notre côté, nous estimons que les mesures provisoires se caractérisent non par leur objet mais par leur effet. Il s'agit de mesures qui ne lient pas l'autorité qui les a rendues, a fortiori l'arbitre ou le juge appelé à statuer sur le fond. Tel serait le cas d'une ordonnance judiciaire qui accorderait au demandeur une provision sur sa créance. Quant aux mesures conservatoires, elles sont destinées à préserver une situation ou les droits des parties en attendant une décision sur le fond. Ainsi, elles peuvent avoir pour objet de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite. Elles peuvent également avoir pour objet d'assurer l'indisponibilité d'un bien pour préserver les droits des parties ou pour préparer l'exécution de la sentence lorsqu'il sera statué sur le fond¹²⁰. A titre d'exemples nous pouvons citer, les décisions ordonnant la mise sous séquestre ou les saisies conservatoires.

En effet, sur la base des faits simples et clairement exposés, la Cour d'Appel de Douala a rendu l'arrêt¹²¹ qui suit. En espèce, alors que le juge camerounais des référés s'est toujours systématiquement déclaré incompétent pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en face d'une clause compromissoire, cet arrêt consacre le revirement opéré

¹¹⁹ Fehr Abd Elazim EMARA, *L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative*, Thèse, Université Laval, 2016, p.392. Disponible sur <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/26639/1/32327.pdf>. (Consulté le 19/02/2021).

¹²⁰ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Brulant, 2001, p. 182.

¹²¹ Arrêt n°81/REF du 15 mai 2000, SOCIAA SA BAD et Me GUY EFON, Rev. Camerounaise de Arbitrage, n°12, 2001, p.14.

par le juge des référés de Douala par ordonnance, dans lequel il est affirmé qu' « il est de doctrine et de jurisprudence constantes que les juridictions étatiques sont compétents pour ordonner des mesures conservatoires, et que leur compétence, concurremment à celle des arbitres, ne peut être limitée que par des termes expresses de la convention d'arbitrage ». Ainsi, l'arrêt rapporté confirme cette thèse, en indiquant que « la stipulation d'une clause compromissoire ne met pas obstacle à l'intervention du juge étatique pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires et que dans l'espèce, aucune convention entre les parties contractantes n'interdit expressément ce recours.

On peut, cependant regretter que la Cour d'Appel de Douala ait omis de viser dans sa décision, l'acte uniforme relatif au droit de l'Arbitrage, alors que ce texte qui tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats parties à l'OHADA et qui était déjà en vigueur au moment où est intervenu l'arrêt commenté, énonce en son article 13 alinéa 4 de l'ancien acte uniforme que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée, ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires. Dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen au fond du différend, pour lequel le tribunal arbitral est compétent ».

Cependant, les mesures provisoires et conservatoires sont des décisions qui ne tranchent pas le fond du litige mais statuent sur un ou plusieurs chefs de demande nécessitant une solution urgente. De façon générale, elles sont regroupées en trois catégories. Il y a d'une part les mesures relatives à l'administration ou la conservation de la preuve. Il y a d'autre part celles tendant à maintenir les relations des parties pendant le cours de la procédure. Il y a enfin celles tendant à la préservation d'une situation de fait ou de droit donnée¹²². L'intervention du juge étatique, dans l'instance arbitrale, pour ordonner de telles mesures repose sur des fondements différents de ceux qui ont nécessité son intervention pour la constitution ou la reconstitution du tribunal arbitral. Contrairement à son intervention dans la constitution du tribunal arbitral qui se justifie notamment par la nécessité de faire exécuter l'obligation de compromettre, l'intervention du juge à propos des mesures conservatoires et provisoires se justifie autrement. Les arbitres tiennent leur pouvoir des parties et ne disposent pas de l'imperium ou de la force publique reconnue au juge étatique. Ils ne peuvent donc

¹²² Gaston KENFACK DOUAJNI, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », *pendant*, numéro spécial OHADA, n° 833, Mai-août 2000.

valablement ordonner des mesures dont l'exécution peut s'accompagner de contrainte à l'égard des personnes¹²³.

En outre, méthode de règlement des différends caractérisée, entre autres, par sa rapidité, l'arbitrage peut, cependant, malgré ce caractère de rapidité, et parfois même, en raison de sa lenteur, créer chez l'une des parties en litige, le désir d'obtenir rapidement une décision, soit pour éviter le dépérissement d'une preuve, soit pour conserver l'équilibre qui doit exister entre les parties pendant l'instance arbitrale, soit encore ou enfin pour sauvegarder une situation donnée, d'où l'importance des mesures provisoires ou conservatoires en matière de l'arbitrage¹²⁴. Tenant lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats parties au traité de l'OHADA. L'article 13 de l'AUA énonce que : « *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. Dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze (15) jours. Sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage dans les conditions prévues par son règlement de procédure.

En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence.

Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent ».

Il résulte du dernier alinéa du texte ci-dessus cité, qu'une juridiction étatique peut, à la demande d'une partie liée par une convention d'arbitrage, ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sous certaines conditions bien précises. En effet, le texte exige qu'il y ait une urgence reconnue et motivée. La législation uniforme réserve ainsi la compétence de la juridiction étatique pour l'octroi de mesures provisoires et conservatoires. Les parties à une

¹²³ Bernard ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, Thèse, Université de MONTESQUIEU BORDEAUX IV, 2013.

¹²⁴ Gaston KENFACK DOUAJNI, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », Rev. Camerounaise, n°8, 2000, p.3.

convention d’arbitrage ne sont, par conséquent, pas privées des procédures d’urgence prévues à cet effet devant les juges étatiques¹²⁵.

Ainsi par exemple, dans un arrêt n°484 du 15 juillet 1977, la Cour d’Appel d’Abidjan avait indiqué que lorsque les parties à un contrat ont prévu dans ce dernier, l’arbitrage pour tout différend éventuel qui ne recevrait pas entre elles une solution amiable, le recours à la procédure de référé n’est pas pour autant exclu, s’il y a urgence¹²⁶.

Suite à l’appel de la société WANSON, qui contestait la compétence du juge étatique en raison, d’après elle, de la convention d’arbitrage liant les parties. La Cour d’Appel d’Abidjan avait relevé que la mesure ordonnée, bien que devant exécutée par un expert demeurant à Paris, « *est une mesure de pure information qui ne préjudicie nullement au principal ... que la machine installée ne donnant pas entière satisfaction ... il importe d'y remédier dans le plus bref délai. Qu'il y a donc urgence et qu'il y a lieu de confirmer purement et simplement l'ordonnance déférée* ». Il y a là un exemple d’urgence reconnue et motivée qu’exige aujourd’hui l’AUA. Quid du juge étatique apporteur de l’imperium à la justice privée ?

B. Le juge étatique, apporteur de l’imperium à la justice privée

« Majestueusement drapé dans sa formulation latine, l’imperium apparaît comme un concept paradoxal¹²⁷ ». Paradoxal pourrait-on poursuivre, au point d’honorer l’État¹²⁸, de gratifier le juge¹²⁹, de dégrader l’arbitre et d’ignorer le médiateur. En effet, il est traditionnellement enseigné que l’État, disposant du monopole de la violence légitime conserve jalousement l’imperium. Il est tout aussi indiqué que le juge, émanation de l’État, dispose de la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit, et de l’imperium, le pouvoir de commandement, qui se traduit concrètement par l’apposition de la formule exécutoire à la fin du jugement.

¹²⁵ Pierre MEYER, *Droit de l’arbitrage*, Brulant, 2001, p. 145.

¹²⁶ Dans l’espèce visée, la Société d’Etudes et de Réalisations pour l’Industrie Caférière et Cacaoyère (SERIC), société de droit ivoirien, avait acheté à la Société WANSON, domiciliée en France, un incinérateur chaudière qui s’est révélé, après son installation, moins performant que prévu. En vue de se pourvoir en arbitrage, la société SERIC a demandé et obtenu du juge des référés de Toumodi, la désignation d’un expert chargé, entre autres, de rechercher les vices de construction et les malfaçons éventuelles de l’appareil litigieux, de dire si la construction réalisée par la société WANSON répond aux exigences des documents contractuels.

¹²⁷ Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l’imperium », in Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 245.

¹²⁸ J. Salmon (dir.), V° « Imperium », Dictionnaire de droit international public, Bruylant AUF, 2001 p. 513 ; G. Del Vecchio, Philosophie du droit, Dalloz (rééd.), 2004 p. 358 ; F. Gaffiot, V° « Imperium », Dictionnaire latin-français, le grand Gaffiot, Hachette, éd. rev. et augm. 2000.

¹²⁹ G. Cornu (dir.), V° « imperium » in Vocabulaire juridique, publ. Association Henri Capitant, Quadrige PUF 2004, p. 448 ; R. Perrot, Institutions judiciaires, Montchrestien 11e éd. 2004, p. 59 n°62 ; Th. Clay, V° « imperium » in Dictionnaire de la justice, L. Cadet (dir.), PUF 2004, p. 611.

À l'inverse, on indique que l'arbitre, personne privée, est dépourvu de l'imperium, ou encore que ce juge conventionnel doit faire appel à la force publique pour contraindre les litigants à exécuter la sentence arbitrale¹³⁰. Enfin, ne pouvant prétendre à la *jurisdictio*¹³¹, le médiateur ne peut tout naturellement qu'être exclu de la liste selective des dépositaires de l'imperium. Ainsi, l'arbitre se singularise vis-à-vis du juge étatique par sa nature à la fois juridictionnelle et contractuelle. Par la fonction juridictionnelle, l'arbitre tranche un litige né ou à naître, incorporé dans une sentence arbitrale assimilée à un jugement, dépourvue toutefois de force exécutoire, qu'elle n'acquiert qu'à travers la procédure d'*exequatur*. Mais sa mission est d'origine contractuelle, en ce qu'elle trouve sa source dans la seule convention d'arbitrage, et non dans une investiture conférée par l'autorité étatique et concrétisée en France par l'expression d'*imperium*¹³².

L'essor de l'arbitrage dans la société a conduit à ce qu'on s'intéresse davantage à son acteur principal ainsi qu'à ses pouvoirs. Il en ressort des différentes études menées à ce sujet que l'arbitre détient dans la pratique, des pouvoirs similaires à ceux du juge étatique. Mais à analyser les prérogatives de ces deux juges, nous remarquons que l'arbitre n'est pas ce juge qu'il devrait être parce que dépendant de son homologue de la justice étatique pour certaines actions. Pourtant, l'*imperium* s'affirme comme un élément indissociable à la fonction de juger¹³³.

En effet, la fonction de juger est appréhendée comme une « *mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (...), les missions de contrôle, liées à l'exercice de la juridiction gracieuse, et les fonctions associées à l'une ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle*

¹³⁴ ». Toutefois, en creusant davantage, nous nous apercevons que la notion de justice se compose de deux éléments : **la *jurisdictio*** et **l'*imperium***. L'un exprime le pouvoir de rendre la justice tandis

¹³⁰ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien 11e éd. 2004, p. 59 n°62.

¹³¹ La *jurisdictio*, fonction juridictionnelle dont l'arbitre est conventionnellement investi permet de caractériser l'arbitrage par rapport aux autres hypothèses dans lesquelles les parties font appel à un tiers pour résoudre un différend : B. Oppetit, « Arbitrage, Médiation et conciliation », Rev. arb. 1984.307

¹³² David CHEKROUN, *L'*imperium* de l'arbitre*, thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008.

¹³³ Cruse Hervé MASSOSSO BENGA, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse, Université PERPIGNAN VIA DOMITIA, 2019, p.354. Disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02064791/document>. (Consulté le 18/02/2021).

¹³⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e édition, p.2300.

que l'autre symbolise le pouvoir d'user de la force¹³⁵. Selon l'analyse de Laher RUDY, la justice n'est rendu qu'avec le concours de la *jurisdictio*. C'est ce pouvoir qui permet au juge de dire le droit. Tous les acteurs chargés de trancher une contestation disposent de ce pouvoir¹³⁶.

L'exequatur ne sera pas automatiquement accordé par les juridictions des Etats parties de l'OHADA, en raison de la vérification ou le contrôle de conformité des sentences arbitrales ou l'accord de médiation à l'ordre public « international ». En outre, il n'y a pas de délais, tout au plus sur le plan communautaire, pour apposer la formule exécutoire, après une ordonnance d'exequatur. L'ordre public international est une construction jurisprudentielle¹³⁷ qui couvre des principes communément admis de valeur supra-législative. Il est consacré par les lois de police insusceptibles de dérogations au niveau interne et international. Le contenu de l'ordre public international est hétéroclite, on peut y ranger : l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu.

En principe, c'est le Ministère Public qui est chargé de veiller au respect de l'ordre public international. A cet effet, il dispose d'un pouvoir d'initiative et d'intervention. En matière d'arbitrage, le respect de l'ordre public international est la condition sine qua non pour accorder l'exequatur à une sentence arbitrale, tel que l'exige du Règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage qui dispose que : « L'exequatur ne peut être refusé que ...si la sentence est contraire à l'ordre public international »¹³⁸. Cette formule est reprise à l'article 31 du nouvel Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage.

Ayant perçu la complémentarité entre la justice étatique et celle arbitrale, le législateur OHADA à travers l'AUA ancien comme le nouveau, clarifie le rôle du juge étatique comme pouvant intervenir dans la constitution du tribunal arbitral en tant que juge d'appui. Mais, il

¹³⁵ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Bibliothèque des Thèses, 2014, p. 312.

¹³⁶ V. P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain, dans le droit canonique, classique de GRATIEN à INNOCENT IV, (1140-1254)*, Paris, Jouve, 1964, p. 117 et s. cité par R. COLSON, *La fonction de juger : Etude historique et positive*. Fondation Varenne. LGDJ, pp.348, 2006, Fondation Varenne, in : Cruse Hervé MASSOSSO BENGA, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse, Université PERPIGNAN VIA DOMITIA, 2019, p.354. Disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02064791/document>. (Consulté le 18/02/2021).

¹³⁷ Arrêt LATOUR Cour de Cassation Française, chambre civile 25 mai 1948. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/ordre-public.php> Lire aussi KENFACK (H.), op. cit, p.97.

¹³⁸ MARTOR (B.), PILKINGTON (N.) SELLERS (D.) et THOUVENOT (D.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, édition Juris classeur, paris 2004, p.260 et s.

intervient également comme juge du contrôle de la régularité en tant que juge garant de la qualité de la justice arbitrale.

Section II : Le rôle de contrôleur du juge étatique dans la procédure arbitrale

P. SCHLOSSER disait et je cite : « Ce n'est pas une révision, ce n'est pas une réformation : le juge étatique est alors le juge de l'arbitrage, il n'est pas le juge du fond, à un second degré, à la place de ou après les arbitres. Ce n'est pas réduire ou limiter son rôle que de le cantonner à cette mission de contrôle ; c'est au contraire le situer à son niveau exact, et à son plus haut niveau. Sauf si les parties le souhaitent et il n'y a aucun inconvénient à leur permettre, on ne voit pas pourquoi le juge tenterait de « récupérer » l'examen du fond d'un litige qu'elles ont voulu lui soustraire »¹³⁹.

Tout comme le jugement ou larrêt rendu par les juridictions étatiques, la sentence est « l'acte de l'arbitre ou du tribunal arbitral qui tranche de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui lui a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance¹⁴⁰ ». Par contrôle étatique, nous visons la nécessité de recourir aux juridictions étatiques non seulement pour l'exercice de la plupart des recours ouverts contre la sentence arbitrale mais aussi pour l'exécution de celle-ci, notamment par son exequatur octroyé par celles - là. L'intervention des juges étatiques à ces étapes qu'on peut situer à la fin des opérations d'arbitrage ou de l'instance arbitrale repose sur d'autres fondements que ceux qui ont justifié leur intervention pendant la constitution du tribunal arbitral.

C'est justement dans ce sens que, synthétisant le lien entre l'arbitre et le juge, Philippe Fouchard affirmait, qu' « entre le juge et l'arbitre, il semble manifestement que la méfiance ait disparu; à la place de la rivalité, s'est établie la coexistence, et cela sans que de la part du

¹³⁹ P. SCHLOSSER, Droit de l'arbitrage Droit du Commerce International, in Écrits Ph. FOUCHEARD, 2007, p. 219, in : Balbina Léa Modukpè KOUCHANOU, *Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale*, Thèse, Université de Perpignan Via Domitia, 2019, p.359.

¹⁴⁰ Filiga Michel SAWADOGO, « Le droit OHADA de l'arbitrage, principes essentiels et perspectives d'application, Aspects actuels du droit des affaires », *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Paris, 2003, p.979. in ; Bernard ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, Thèse, Université de MONTESQUIEU BORDEAUX IV, 2013.

juge, il n'y ait de volonté de "récupération" ou dépit; le juge a laissé s'épanouir l'arbitrage, mais, il s'est réservé le pouvoir de le contrôler¹⁴¹.

Pour mieux comprendre le déroulement de cette compétence du juge étatique, nous aborderons d'abord, son rôle sanctionnateur dans la procédure arbitrale (**Paragraphe I**) et ensuite, nous analyserons l'étendue de son contrôle (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le juge sanctionnateur dans la procédure arbitrale

Le juge étatique est donc juge du contrôle de la régularité des sentences arbitrales aux règles éthiques .Il exerce cette mission lorsqu'une sentence arbitrale a fait l'objet d'un recours devant lui (**A**) ou encore au moment de la suspension de la procédure arbitrale en cas de poursuites pénales (**B**).

A. L'arbitre exclu du recours en annulation

Deux fondements justifient l'exclusion de l'arbitre. Ce sont d'une part l'effet de la sentence à l'égard de l'arbitre lui-même et d'une autre part l'*imperium* qui relève du monopole exclusif des juridictions étatiques.

Sur l'effet de la sentence à l'égard de l'arbitre, on retiendra que la sentence étant la finalité de l'arbitrage, lorsqu'elle est rendue par l'arbitre, la force décisive qui en découle enlève à celui-ci la *juridictio* que les parties lui avaient conférée par la convention d'arbitrage. L'arbitre n'a plus de pouvoir juridictionnel à partir de ce moment, sauf exception¹⁴². Dès lors, si sa décision doit être contestée, ce ne peut être que devant les juridictions étatiques¹⁴³.

¹⁴¹ S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux, *Incidence des questions préjudicielles sur l'instance arbitrale, le juge et l'arbitrage*, 2014.

¹⁴² Art. 22 de l'AUA dispose que :

La sentence dessaisit le tribunal arbitral du différend.

Le tribunal arbitral a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence ou de rectifier les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent.

Lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande, il peut le faire par une sentence additionnelle.

Dans l'un ou l'autre cas susvisé, la requête doit être formulée dans le délai de trente (30) jours à compter de la notification de la sentence. Le tribunal arbitral dispose d'un délai de quarante-cinq (45) jours pour statuer.

Si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, il appartient à la juridiction compétente dans l'Etat partie de statuer.

¹⁴³ Bernard ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, Thèse, Université de MONTESQUIEU BORDEAUX IV, 2013.

L’arbitrage se trouve ainsi placé en position d’infériorité chaque fois que le code impose le recours au juge et il n’est parfait que par le recours à la justice étatique, seule dotée d’un pouvoir de contrainte qui manque aux arbitres. L’arbitrage est aussi placé en position d’infériorité parce que certaines matières procédurales sont jugées trop importantes pour relever de la compétence des arbitres¹⁴⁴, ils sont exclus de statuer sur le fond en cas de recours en annulation de la sentence, suspendus en cas de poursuites pénales corolaires et dans plusieurs cas détaillés ci-après où l’arbitre est totalement dépassé. D’ailleurs, les juges étatiques peuvent et même doivent veiller à examiner scrupuleusement le bien-fondé des demandes par devant eux introduites, et ne pas hésiter à sanctionner avec vigueur les manœuvres dilatoires quitte à condamner la partie agissant de mauvaise foi à des dommages-intérêts conséquents au titre de l’abus de procédure. On peut toutefois légitimement s’interroger sur la cause plus profonde de cette surenchère contentieuse. Un début d’explication se trouve sans doute dans le fait que, au fil du temps, les arbitres ne sont plus uniquement saisis de litiges strictement contractuels et opposant des parties en leurs seules qualités de créancier et de débiteur d’une obligation¹⁴⁵. Il exerce cette mission lorsqu’une sentence arbitrale a fait l’objet d’un recours devant lui.

En effet, la sentence arbitrale en droit OHADA est soumise à un régime spécifique des voies de recours. Conformément aux dispositions de l’art.25 de l’AUA, sont ouvertes contre la sentence arbitrale, les recours en annulation et en révision de même que la tierce opposition. Par contre sont exclus, les voies d’appel, le pourvoi en cassation et l’opposition. C’est une particularité du système arbitral OHADA dans la mesure où le droit français autorise l’appel contre une sentence arbitrale. L’interdiction de l’appel en droit OHADA se justifie bien. D’abord, il est paradoxal soutien Madame S.M.KAMGA de soumettre au juge étatique par voie d’appel la sentence rendue par un tribunal arbitral désigné précisément pour écarter le juge étatique. Ensuite en matière internationale, le juge étatique du siège de l’arbitrage ou du lieu d’exécution de la sentence n’aura le plus souvent aucun lien avec le litige donc aucune compétence internationale pour statuer.

Contrairement au recours en révision qui est porté devant le tribunal arbitral, le recours en annulation et la tierce opposition sont portés devant la juridiction compétente de l’Etat partie.

¹⁴⁴ Revue de l’arbitrage 2009 n°1.

¹⁴⁵ Alexandre DE FONTMICHEL, Les tentatives de paralysie de l’instance arbitrale devant le juge étatique, Cahiers de l’arbitrage, 01 avril 2010 n° 2, P. 407.

On retrouve ici une innovation dans la mesure où le recours en annulation était le seul autorisé devant le juge étatique¹⁴⁶. Aujourd’hui, l’alinéa 5 de l’art.25 de l’AUA de 2017 prévoit expressément que « *la sentence arbitrale peut faire l’objet d’une tierce opposition par toute personne devant la juridiction de l’Etat partie qui eut été compétente à défaut d’arbitrage et lorsque cette sentence préjudicie ses droits* ». Le juge étatique devant lequel la tierce opposition ou le recours en annulation seront portés, sera la Cour d’appel (CA) des Etats membres puisque la décision du juge compétent de l’Etat partie n’est susceptible que de pourvoi en cassation que devant la CCJA. L’art. 26 de l’AUA de même que l’art. 29.2 du nouveau R/CCJA prévoient une liste limitative des griefs permettant d’annuler la sentence arbitrale par le juge étatique. Il s’agit des hypothèses suivantes : l’incompétence du tribunal ou sa compétence déclarée à tort, un tribunal arbitral irrégulièrement constitué ou de l’arbitre unique irrégulièrement désignée, l’arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée, le non-respect du principe du contradictoire et enfin de l’hypothèse d’une sentence arbitrale contraire à l’ordre public ou encore une sentence dépourvue de motivation. La CA de Douala au Cameroun dans une décision en date du 19 décembre 2014¹⁴⁷ et faisant office de juge étatique, a annulé une sentence arbitrale rendue en méconnaissance des règles éthiques qui transcendent les dispositions de l’article 7 de l’ancien AUA. Par contre si le juge étatique vide sa saisine il déclare le recours en annulation non fondé, la sentence peut être exequaturée¹⁴⁸. En revanche, la force exécutoire d’une sentence arbitrale est conditionnée par une procédure d’exequatur.

B. L’arbitre exclu de l’exequatur

En droit OHADA, l’exequatur est la « *procédure permettant de donner force exécutoire à un jugement rendu par une juridiction étrangère* »¹⁴⁹. Une telle définition amène à se questionner sur le sens que l’on donne à une « *juridiction étrangère* ». Est-ce à dire qu’une décision rendue sur un même territoire suivant la loi OHADA échappe à la procédure de l’exequatur? Cette suspicion est fondée, quand on sait que le droit OHADA a effacé toute distinction entre arbitrage interne et arbitrage international. C’est dans cette veine que Jean-Marie Tchakoua

¹⁴⁶ L’article 25 al.4 de l’AUA de 1999 dispose à cet effet que « la sentence arbitrale peut faire l’objet d’une tierce opposition devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n’a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits ».

¹⁴⁷ Cahier de l’arbitrage du 01 nov.2015, n° 3 p.572, décision commentée par Achille NGWANZAN

¹⁴⁸ Komlanvi AGBAM, Hodabalo Bidjaréou MOUZOU, « L’Ethique dans l’arbitrage OHADA : Etude à la lumière du nouvel Acte Uniforme relatif au droit de l’Arbitrage et du nouveau Règlement d’Arbitrage de la CCJA ». Disponible sur <http://www.ohada.com/content/newsletters/4092/Meilleur-article-étranger-Ethique-dans-l-arbitrage-OHADA.pdf>. (Consulté le 19/03/2021).

¹⁴⁹ Hilarion Bitsamana, *Dictionnaire de droit Ohada*, D-05-33 Ohadata.

dans son étude sur les sentences d'accord parties révèle que l'exequatur est une procédure dont le rôle est de permettre au bénéficiaire d'une décision de justice, d'obtenir son exécution forcée. L'exequatur selon cet auteur fait partie des deux occasions au cours desquelles la sentence arbitrale subit l'épreuve d'un contrôle étatique¹⁵⁰.

L'intérêt que cet auteur pose à ce niveau pour ce concept, c'est la variabilité que peut connaître cette procédure d'un pays à un autre. En clair, il est donc établi que l'exequatur en droit OHADA est cette procédure qui confère sur cette requête, force exécutoire dans tous les États parties à la sentence arbitrale. La sentence arbitrale n'a pas de plein droit une force exécutoire. Telle est la conséquence de la nature privée de la justice arbitrale.

Tout comme dans les autres systèmes, la sentence arbitrale en droit OHADA n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat partie. Ceci résulte expressément des dispositions de l'art.30 de l'AUA. Il revient donc au juge étatique après demande des parties de rendre exécutoire la sentence arbitrale par voie d'ordonnance.

Cependant, si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats-parties, le juge étatique peut refuser l'exequatur. Contrairement à la décision accueillant l'exequatur qui n'est susceptible d'aucun recours¹⁵¹, celle qui refuse l'exequatur est susceptible conformément au second alinéa de l'art 32 de l'AUA de pourvoi en cassation devant la CCJA. Le rejet du recours en annulation dans l'arbitrage ad hoc OHADA emporte, de plein droit, validité de la sentence arbitrale ainsi que de la décision ayant accordé l'exequatur¹⁵².

En ce qui concerne l'exequatur des sentences arbitrales rendues en dehors de l'espace OHADA, l'article 34 de l'AUA prévoit que « les sentences arbitrales rendues sur le fondement des règles différentes de celles prévues par le présent Acte uniforme sont reconnues dans les Etats parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables et, à défaut, dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues par les dispositions du présent Acte Uniforme ».

¹⁵⁰ Fabrice Constant KOUASSI, *l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace ohada : une approche comparée*, Mémoire, Université DE SHERBROOKE, 2011 p.163.

¹⁵¹ Art.32 al.1 de l'AUA.

¹⁵² Art.33 de l'AUA.

Il faut cependant exclure de ces sentences celles qui sont rendues dans le cadre d'un arbitrage CCJA qui, elles, sont soumises à des règles particulières pour leur reconnaissance et leur exequatur¹⁵³. On voit très bien que la CCJA et le juge étatique sont des acteurs ultimes dans le processus arbitral OHADA. Ils assurent à cet effet le contrôle de la régularité des sentences arbitrales aux règles juridiques et éthiques. Ce contrôle s'effectue à travers des mécanismes qu'il ne faut pas ignorer.

En outre, une fois rendue, la sentence est obligatoire mais elle n'est cependant pas exécutoire. Elle ne peut donner lieu à des mesures d'exécution forcée qui requièrent la mise en œuvre de la contrainte publique. Ceci s'explique par le fait que l'arbitre à la différence du juge étatique, n'a pas d'imperium. La sentence arbitrale ne peut donner lieu à des mesures qui mettent en mouvement la force publique que lorsqu'elle a été revêtue de la formule exécutoire. Cette apposition de la formule exécutoire sur la sentence suppose celle-ci ait été exequaturée au terme d'une procédure où le juge, saisi de l'exequatur, va vérifier que la sentence remplit certaines conditions de fond. Par ailleurs, la sentence peut être exécutée volontairement. Dans ce cas, l'exécution qui découle du caractère obligatoire de la sentence ne nécessite pas alors d'exequatur.

En clair, les arbitres ayant une fonction juridictionnelle, il s'impose de reconnaître certains effets propres à la sentence qui existent même en dehors de tout appui des juridictions étatiques. Cela est d'autant plus logique que ne reconnaître aucun effet à la sentence en dehors de tout acte des juridictions étatiques revient, en quelque sorte, à vider l'institution de toute efficacité et par voie de conséquence accentuer ou entretenir la confusion entre l'arbitrage et ses notions voisines telles que la médiation, la transaction, la conciliation.

Ainsi, indépendamment de l'exequatur c'est-à-dire de l'intervention de toute juridiction étatique, certains effets sont reconnus à la sentence que sont l'autorité de la chose jugée et la reconnaissance de cette autorité.

En ce qui concerne l'autorité de la chose jugée, elle est prévue dans les deux textes réglementant l'arbitrage en droit uniforme OHADA à savoir l'article 23 de l'Acte uniforme

¹⁵³ Cf. art.30 et s. RA/CCJA, pour plus de développement sur l'exequatur CCJA voir A.MOULOUL « l'arbitrage dans l'espace OHADA » Rapport de la Conférence Internationale sur le Droit des affaires de l'OHADA, 28 janv.2010, p.27 et s.

relatif à l’arbitrage et l’article 27 du Règlement d’arbitrage de la CCJA. Selon l’article 23 de l’Acte uniforme, « *la sentence arbitrale a, dès qu’elle est rendue, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche* ». Quant à l’article 27 du Règlement d’arbitrage de la CCJA, applicable aux sentences rendues sous l’égide de la CCJA, il souligne que « *les sentences arbitrales rendues conformément aux dispositions du présent règlement, ont l’autorité de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat-partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l’Etat. Elles peuvent faire l’objet d’une exécution forcée sur le territoire de l’un quelconque des Etats-parties* ».

Il en résulte que la sentence a pour effet d’empêcher que la même affaire ou le même litige, à propos de laquelle ou duquel elle est intervenue, soit de nouveau porté(e) devant un autre tribunal arbitral ou une juridiction étatique. Cette autorité de la chose jugée conférée à la sentence arbitrale implique sa reconnaissance, notamment par les juridictions étatiques, lorsqu’elle est invoquée devant elles au soutien de la prétention de l’une des parties¹⁵⁴.

Dans cette hypothèse où l’exécution même de la sentence n’est pas invoquée, le juge statuera incidemment sur sa régularité en passant en revue les mêmes conditions prévues pour l’exequatur de la sentence¹⁵⁵. D’ailleurs, le tribunal arbitral peut accorder l’exécution provisoire, celle-ci ne peut pas être prononcée d’office, il faut qu’elle ait été sollicitée. Mais lorsque l’exécution provisoire a été demandée l’arbitre peut la refuser par une décision motivée. Quelle est alors l’étendue du contrôle du juge étatique ?

Paragraphe II : L’étendue du contrôle du juge étatique

Le contrôle qu’exerce le pouvoir judiciaire sur l’arbitrage vise essentiellement l’arbitrabilité du litige, le respect des droits de la défense et l’ordre public ainsi que la formalité de la sentence et sa rectification. C’est un contrôle aussi nécessaire pour le développement de l’arbitrage. Tout ce contentieux sur l’annulation de la sentence arbitrale a, dans une certaine mesure, alimenté la controverse entre les auteurs en faveur d’un contrôle maximaliste (**B**) et les auteurs adeptes d’un contrôle minimaliste (**A**) de la sentence arbitrale.

¹⁵⁴ Bernard ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, Thèse, Université de MONTESQUIEU BORDEAUX IV, 2013.

¹⁵⁵ Confère l’Art. 31 de l’Acte uniforme, notamment pour les conditions de la reconnaissance des sentences.

A. Selon le courant dit « minimaliste »

Selon le premier courant, le principe de la prohibition de la révision au fond interdirait au juge de l'annulation ou de l'exequatur de réviser au fond le raisonnement suivi par les arbitres, même si l'objectif est de rechercher si l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique du fond aboutit à un résultat contraire à l'ordre public. Le contrôle de l'ordre public se réduirait ainsi à un examen minimal visant à vérifier si l'arbitre a mis en œuvre les règles d'ordre public, sans pour autant vérifier de quelle façon ces règles ont été mises en œuvre. Cette approche serait la seule cohérente si l'on considère les principes qui sont à la base de la reconnaissance de l'arbitrage par les États. Adoptée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt Thalès et admise par la Cour de cassation dans la présente affaire Cytec, c'est également celle adoptée dans un certain nombre de pays¹⁵⁶.

En France, si la tendance consistant à limiter le contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre public international aux hypothèses dans lesquelles la violation est manifeste devait se confirmer, on assisterait à un phénomène curieux du point de vue de la théorie générale des sources du droit. En effet, un arrêt obscur, non publié au Bulletin et passé presque totalement inaperçu de la doctrine pourrait devenir un « grand arrêt ». Ce paradoxe s'explique de la manière suivante. Dans un arrêt rendu le 21 mars 2000, dans l'affaire André Verhoeft, la première chambre civile de la Cour de cassation a relevé que « la violation de l'ordre public au sens de l'article 1502-5°, appréciée au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, doit être flagrante, effective et concrète¹⁵⁷ ».

L'actualité de l'ordre public et l'exigence de son caractère « effectif et concret » n'ont rien de novateur et ne peuvent qu'être approuvés. En revanche, l'exigence de son caractère « flagrant » contenait en germe des conséquences d'une importance capitale. Alors que dans l'affaire André Verhoeft, l'expression ne justifiait aucune conséquence singulière, ce qui explique que la décision ait été traitée comme banale tant par la Cour de cassation elle-même que par la doctrine, elle a permis à la Cour d'appel de Paris, dans deux affaires Thales c. GIE Euromissile et SNF c. Cytec, d'en tirer des conclusions beaucoup plus audacieuses.

¹⁵⁶ Mohamed El Mehdi NAJIB, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, Thèse, Université de BORDEAUX, 2016, p.296. Disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01372508/document>. (Consulté le 19/02/2021).

¹⁵⁷ Cass. civ. 1re, 21 mars 2000, Verhoeft c. Moreau, inédit, Rev. arb., 2001.804 (3ème esp.), chron. Y. Derains, spéç. p. 817.

Dans la première de ces affaires, la Cour d'appel a refusé d'annuler une sentence au motif que « *le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, aucune annulation n'étant d'ailleurs encourue simplement parce que les arbitres, [...] n'ont pas soulevé d'office les questions du droit communautaire de la concurrence* »¹⁵⁸. La violation alléguée du droit communautaire de la concurrence n'ayant, dans cette affaire, pas été soutenue devant les arbitres eux-mêmes, on pouvait se demander si cette circonstance n'avait pas influencé de manière déterminante la réaction de la Cour d'appel. Le doute a été levé avec l'affaire SNF dans laquelle la Cour d'appel de Paris a refusé de contrôler l'application faite par les arbitres des règles des articles 81 et 82 du traité CE en l'absence de violation flagrante au motif que « *s'agissant de la violation de l'ordre public international, la cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce [...] sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque* » et que « *le tribunal arbitral, dont l'aptitude à comprendre les questions de droit de la concurrence soulevées devant lui n'est pas disputée même si le résultat est combattu, s'est ainsi expliqué sur la conformité du contrat [...] aux prescriptions des articles 81 et 82 du traité CE, tant au regard de l'ensemble des faits et arguments de droit qui lui ont été présentés par les parties que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, qu'en l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, d'ailleurs parfaitement acceptable pour un arbitrage international de cette ampleur, et y substituer la propre appréciation de la Cour* »¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Paris, 18 novembre 2004, SA Thalès Air Défense c. GIE Euromissile, JCP G 2005, II, 10038, note approb. G. Chabot ; JDI, 2005, p. 357, note A. Mourre, Rev. Lamy Concurrence, février/avril 2005, p. 68, note crit. E. Barbier de la Serre et C. Nourissat ; RTD com., 2005.263, note crit. E. Loquin ; JCP G, 2005, I, 134, obs. crit. Ch. Seraglini et « L'affaire Thalès et le non-usage immoderé de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », Cah. arb., vol. III, p. 86 ; L. Radicati di Brozolo, « L'illicéité ‘qui crève les yeux’ : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) », Rev. arb., 2005.529 ; C. Lucas de Leyssac, « Arbitrage et concurrence : retour sur Ecoswiss », Concurrences, 2005/1, p. 1.

¹⁵⁹ Paris, 23 mars 2006, Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries BV, Rev. arb., 2006.483 et 2007.97 (3ème esp.), note S. Bollée; D., 2006.3033, obs. T. Clay. V. aussi L.-Ch. Delanoy, “Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions”, Rev. arb., 2007.177, in : Emmanuel GAILLARD, « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international* ». Disponible sur https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf/2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf. (Consulté le 20/02/2021).

La Cour d'appel de Paris justifie cette limitation par le principe d'interdiction de révision au fond de la sentence et en déduit que le juge ne peut pas « *statuer sur le fond d'un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre* ». Elle rappelle que le caractère limité du contrôle des sentences est expressément admis par l'arrêt Eco Swiss. La jurisprudence française avait admis un contrôle « en droit et en fait sur tous les éléments permettant de justifier l'application d'une règle d'ordre public¹⁶⁰ ».

B. Selon le courant dit « maximaliste »

Pour les tenants de cette thèse, le juge étatique exerce un contrôle beaucoup plus large de la sentence, en reprenant les moyens de fait et de droit du litige, afin d'opérer « une comparaison entre le résultat consacré par la sentence et celui auquel aurait abouti selon le juge, une application correcte » de la règle de droit. En effet l'impérativité de la règle d'ordre public, ou de la loi de police, autoriserait ainsi un contrôle éventuellement approfondi des éléments de droit et de fait du litige, cette démarche permettant seule de vérifier que le résultat concret découlant de la reconnaissance de la sentence n'est pas contraire à l'ordre public.¹⁶¹.

Selon les tenants de cette approche, un examen seulement superficiel de la sentence aboutit à éradiquer tout contrôle de l'ordre public. Il est certain que, dans la plupart des cas, un seul examen superficiel de la sentence ne permettra pas de déceler une atteinte à l'ordre public. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'aucune des parties n'a soulevé, lors de la procédure arbitrale, la question de l'applicabilité d'une telle règle. La seule lecture de la sentence ne révélera rien si les parties n'ont pas attiré l'attention des arbitres sur l'existence de règles d'ordre public, ou si les arbitres ne les ont pas eux-mêmes relevées d'office. Il est vrai que le risque d'annulation ou de refus d'exequatur peut conduire l'arbitre à estimer nécessaire une telle application d'office¹⁶².

¹⁶⁰ CA Paris, 30 septembre 1993, Westman.

¹⁶¹ « Si la violation, alléguée par une partie, d'une loi de police du for ne peut être établie à la simple lecture de la sentence et ne deviendrait apparente que par un examen des faits du litige, la juridiction étatique devrait être autorisée à entreprendre ce nouvel examen des faits » résolution 2 /2002 3(c) arbitrage commercial international la 70ème conférence de l'Association du droit international tenue à new Delhi (inde) du 2au 6 avril 2002, in : Mohamed El Mehdi NAJIB, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, Thèse, Université de BORDEAUX, 2016, p.296. Disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01372508/document>. (Consulté le 19/02/2021).

¹⁶² MALAN Alexandre Petites affiches, 26 mars 2009 n° 61, P. 8, Droit de l'arbitrage L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt Thalès) (Cass. civ. 1re, 4 juin 2008).

C'est ainsi que, le Tribunal de première instance de Bruxelles annulait la sentence par une décision du 8 mars 2007 motif pris de la méconnaissance par la sentence de l'article 81 du Traité CE. Au passage, le Tribunal tient à observer qu'« en vertu de l'article 1704, 2 [du Code judiciaire belge] toute violation de l'ordre public est sanctionnée par l'annulation de la sentence et pas seulement les violations flagrantes, effectives et concrètes (termes de l'arrêt Thales, Paris, 18 novembre 2004, JCP, 2005, p. 571) »¹⁶³.

Il n'était pas possible de se démarquer de manière plus claire de la solution retenue par la Cour d'appel de Paris. De fait, la solution qu'elle consacre paraît à la fois ajouter à la lettre de l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile et dangereuse pour l'arbitrage. Tout le mouvement de faveur à l'arbitrage qui a conduit à considérer, dans les Etats favorables à l'institution, comme arbitrable l'essentiel des litiges de nature patrimoniale repose sur l'idée qu'il y a lieu de faire confiance, au moins dans un premier temps, à l'arbitre pour faire respecter les exigences de l'ordre public international, celui-ci statuant sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou de l'exécution. Le contrôle est ainsi concentré sur la sentence dans un double souci d'économie de moyens et de faveur à l'arbitrage. La suppression de tout contrôle à l'issue du processus dès lors que la violation de l'ordre public n'est pas « flagrante » revient en pratique à supprimer le contrôle étatique du respect de l'ordre public économique dont la violation est, par nature, rarement flagrante¹⁶⁴.

Ainsi, sur un plan de stricte politique juridique, auquel se limitent ces propos, paraît-il de loin préférable de ne retenir de l'ordre public international que les impératifs les plus fondamentaux tout en évitant d'affirmer que l'ordre juridique français serait prêt à accueillir en son sein une sentence contraire à l'ordre public international pour autant que cette contrariété n'est pas flagrante. Les plaigneurs ayant choisi de soumettre, dans l'affaire Thales, la question de la conformité du contrat à l'ordre public communautaire à un autre tribunal arbitral, le Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur l'orthodoxie de la solution retenue par la Cour d'appel de Paris dans cette affaire¹⁶⁵.

¹⁶³ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries, Rev. arb., 2007.303, note A. Mourre et L. Radicati di Brozolo, spéc. p. 310.

¹⁶⁴ Emmanuel GAILLARD, « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international* ». Disponible sur https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf. (Consulté le 20/02/2021).

¹⁶⁵ Ibidem.

Au regard de ce qui précède, l'on a pu constater que les procédures collectives et l'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage éprouvent durablement celui-ci. En effet, il est clair qu'en matière d'arbitrage, les procédures collectives et le recours aux questions préjudiciales sont un danger pour la survie de cette justice ou du moins pour son efficacité, du fait que ces questions risquent de greffer sur le procès arbitral un autre procès devant le juge étatique et risquent d'aboutir du fait des suspensions à des pertes de temps considérables¹⁶⁶.

Toutefois, nous assistons à une certaine survie de l'arbitrage face aux procédures collectives et à l'intervention du juge étatique.

¹⁶⁶ LOTFI CHEDLY, *incidence des questions préjudiciales sur l'instance arbitrale, le juge et l'arbitrage*, sous la dir. de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux éditions A.Pedone 2014.

**PARTIE II : LA SURVIE DE L'ARBITRAGE FACE
AUX PROCEDURES COLLECTIVES ET A
L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE**

Souvent considéré comme un succédané de la justice étatique, l'arbitrage consiste, on le sait, dans le règlement des litiges par de simples particuliers choisis par les parties, soit directement, soit, tout au moins, selon des mécanismes convenus ou acceptés par lui. Que ce soit en matière interne ou en matière internationale, qu'il s'agisse de relations privées ou de relations interétatiques, l'essence de l'institution est la même c'est-à-dire fondée sur un accord, elle tend à obtenir le règlement d'un litige par une décision émanant d'une ou plusieurs personnes choisies par les parties¹⁶⁷.

Nonobstant, les difficultés engendrées par les procédures collectives et l'intervention intempestive du juge étatique dans l'arbitrale, l'on était en droit d'espérer une survie de l'arbitrage. Mieux, l'on pourrait affirmer que les procédures collectives et l'immixtion du juge étatique s'avèrent insuffisantes eu regard de l'enjeu et l'importance de l'arbitrage. Il y a lieu d'analyser la consécration de l'arbitrage face aux procédures collectives et à l'intervention du juge étatique (**Chapitre I**) et l'efficacité affirmée de la convention d'arbitrage (**Chapitre II**).

¹⁶⁷ P. A. Lalive, *L'arbitrage international commercial*, Recueil des cours, Volume II, 1967.

CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE L'ARBITRAGE FACE AUX PROCEDURES COLLECTIVES ET A L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE

La consécration de l'arbitrage a été l'occasion pour le législateur OHADA de rappeler le besoin de faire de l'arbitrage le mode par excellence, de règlement des litiges contractuels. La lettre de l'article 1^{er} du Traité de Port Louis du 17 Octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 Octobre 2008 en plus évoquatrice sur ce point. En effet, cet article dispose que « le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats-Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

Il en résulte que cette volonté du législateur OHADA d'améliorer l'arbitrage se traduit par l'affirmation de la compétence de l'arbitre (**Section I**) et par l'autonomie de l'arbitre dans la conduite de la procédure (**Section II**).

Section I : L'affirmation de la compétence de l'arbitre

Du point de vue conceptuel, les ressemblances ont conduit à rapprocher la compétence de l'arbitre de la compétence de l'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage. On a pu fonder la compétence de l'arbitre sur l'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage.

Il est vrai que le rapprochement des deux notions est séduisant. Pourquoi bâtir un principe d'autonomie matérielle aux fins d'assurer la survie et l'efficacité de la convention d'arbitrage en dépit des vices qui pourraient entacher le contrat principal si, corrélativement, l'arbitre ne dispose pas d'une priorité de compétence pour statuer sur la nullité ?

De ce point de vue, la compétence de l'arbitre semble s'affirmer au niveau du tribunal arbitral (**Paragraphe I**) et au niveau de la procédure arbitrale (**Paragraphe II**) à proprement dit.

Paragraphe I : La compétence du tribunal arbitral : Le principe de compétence-compétence

Le principe compétence-compétence, est l'*« un des plus importants, mais également l'un des plus délicats de l'arbitrage »*, dixit le professeur Gaillard. En effet, on ne peut concevoir que s'élève entre juges et arbitres, un tel conflit de juridiction ou de compétence. Ce principe théorisé par la jurisprudence a été consacré par le législateur OHADA (**A**) mais aussi en Droit conventionnel (**B**).

A. Le principe de compétence-compétence : Selon l'AUA

L'article 11, alinéa 1^{er}, de l'AUA dispose que « *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* ». La première conséquence de la règle est le pouvoir conféré aux arbitres d'être juges de leur compétence. En principe, une juridiction est juge de sa compétence, ceci vaut également pour la juridiction arbitrale. Le problème spécifique qui se pose et qui justifie « la compétence-compétence » des arbitres est que la contestation de la compétence de l'arbitre peut se fonder sur l'origine de son pouvoir, c'est-à-dire la convention arbitrale, par exemple parce que sa nullité est invoquée. C'est précisément en vue de résoudre ce problème spécifique que l'article 11 précise que le pouvoir de l'arbitre à statuer sur sa compétence s'exercera « y compris sur toutes questions relatives à l'existence et à la validité

de la convention d’arbitrage ». Cet effet, de la « compétence-compétence » est reconnu par tous les systèmes de droit.

Le principe compétence-compétence dans l’article 11 est une règle fondamentale qui permet aux arbitres de poursuivre leur mission, même si l’existence ou la validité de la convention d’arbitrage est contestée devant eux, mais encore de « de statuer prioritairement sur leur compétence », sans obligation de leur part de surseoir à statuer en cas de saisine parallèle d’un juge étatique¹⁶⁸. Par ailleurs, dans son effet positif, le principe de compétence-compétence s’adresse aux arbitres. Il permet à ceux-ci dont la compétence est mise en doute de se prononcer sur le fondement de leur investiture sans se voir opposer la contradiction consistant, pour un organe dont la compétence n’est pas encore établie, à entreprendre un raisonnement quelconque, fût-il sur le sujet même de cette compétence.

Mieux il permet aux arbitres qui estiment qu’il n’existe pas de convention d’arbitrage valable entre les parties, ou à tout le moins de convention couvrant la matière litigieuse, de rendre une sentence en ce sens. Dans l’espèce, PLANOR AFRIQUE avait soulevé devant le tribunal arbitral constitué, une fin de non-recevoir tirée de l’autorité de chose jugée et des exceptions d’incompétence, de litispendance, de connexité. Il est évident qu’absence du principe compétence-compétence, il aurait été impossible aux arbitres de se prononcer. La justification de l’effet positif de ce principe est à ce niveau. Il est essentiellement pragmatique¹⁶⁹. Les arbitres ne pourraient en effet, dans le même temps nier leur compétence dans le dispositif de la sentence et l’affirmer en établissant eux-mêmes une telle sentence. L’acte se trouverait dans ce cas contredit par son propre contenu. On voit donc dans les circonstances de l’arrêt rapporté, la conséquence ultime du principe de compétence-compétence.

Mais le principe compétence-compétence ne doit pas être réduit dans son aspect positif. Il conduit aussi le juge étatique à décliner sa compétence. C’est précisément l’aspect négatif. En effet, certains droits ajoutent cependant à ce premier effet un deuxième dit effet négatif ou encore principe de priorité qui interdit aux juges étatiques de connaître de la question avant que les arbitres ne soient prononcés. Le droit uniforme retient expressément ce principe de priorité. En effet, l’article 13 de l’acte uniforme retient que si un tribunal étatique est saisi

¹⁶⁸ Bakary DIALLO, « Le principe compétence-compétence en matière d’arbitrage OHADA », Rev. Jurifis info, p.18. (Ohadata D-12-04).

¹⁶⁹ Idem.

d'un litige qui a fait l'objet d'une convention d'arbitrage, ce tribunal doit se déclarer incompétent si l'une des parties en fait la demande¹⁷⁰. Un tel effet négatif, qui consiste à accorder aux arbitres un droit de priorité par rapport aux juridictions étatiques dans l'examen de leur propre compétence, n'est pas reconnu par toutes les législations, même récentes, sur l'arbitrage. Ainsi la solution retenue par l'AUA présente l'avantage d'éviter qu'une partie ne puisse troubler le processus arbitral par le fait que le contentieux relatif à la validité de la convention arbitrale porté devant un tribunal étatique. Il convient de préciser qu'elle est aussi une marque de confiance à l'endroit des arbitres dont on estime qu'il n'y a pas lieu de les suspecter, a priori, de ne pas pouvoir apprécier correctement leur compétence.

D'ores et déjà, il convient de souligner que l'effet négatif du principe de compétence-compétence d'une clause d'arbitrage, même ambiguë interdit en général à tout tribunal étatique de se déclarer compétent, à moins que la clause ne soit frappée d'une pathologie qui exclut tout recours à l'arbitrage. Plusieurs décisions de justices ont été rendues dans le sens de la priorité accordée à l'instance arbitrale, quel que soit le moment de sa saisine. C'est ainsi que la Cour d'Appel d'Abidjan a affirmé que la « *la clause compromissoire interdit toute compétence des juridictions étatiques de l'ordre judiciaire*¹⁷¹ » cette solution présente l'inconvénient d'obliger, dans certains cas, les parties à devoir attendre la fin du contentieux arbitral avant que les juges étatiques, qui disposent du pouvoir du dernier mot dans le cadre du contentieux. Toutefois, cet inconvénient est atténué par le fait que les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence dans une sentence partielle sujette au recours d'annulation¹⁷² ». La Cour Commune de justice et d'arbitrage n'est pas restée en marge, elle a aussi confirmé le principe de « compétence- compétence ».

¹⁷⁰ Art. 13 de l'AUA dispose que « 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. Dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze (15) jours. Sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage dans les conditions prévues par son règlement de procédure.

En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence. Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent.

¹⁷¹ Abidjan, n° 1032, 30 Juillet 2002.

¹⁷² Art. 11 al. 3, Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence dans la sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation.

B. Le principe de compétence-compétence : Selon la CCJA

Le principe dit « compétence-compétence », selon lequel l'arbitre est seul à pouvoir apprécier sa compétence, est largement reconnu comme appartenant aux principes fondamentaux du droit de l'arbitrage international. Pourtant, il est encore trop souvent mal compris, voire ignoré, et doit régulièrement être rappelé tant à l'attention des parties en litige que des juridictions nationales. L'article 10.3 du règlement d'arbitrage de la CCJA¹⁷³, pose en des termes différents, une règle identique dont il faut examiner la portée. C'est ce que la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA a eu l'occasion de faire à deux reprises en 2017.

Ainsi, dans les arrêts n° 151/2017 du 29 juin 2017 et n° 230/2017 du 14 décembre 2017, la CCJA est, en effet, revenue sur les deux effets, positifs et négatifs, du principe compétence-compétence. D'une part, la juridiction arbitrale est compétente pour juger de l'existence et de la validité d'une convention d'arbitrage, et donc pour apprécier sa propre compétence -c'est ce qui est communément appelé l'effet positif du principe. D'autre part, les juridictions étatiques sont tenues de se déclarer incompétentes au profit de la juridiction arbitrale dès lors qu'elles sont en présence d'une convention d'arbitrage, et ce même si une partie au litige soulève l'inapplicabilité ou la nullité de celle-ci- c'est ce qui constitue l'effet négatif du principe.

Par ces deux arrêts récents, la CCJA a confirmé sa jurisprudence quasi-constante, tant à l'égard de l'effet positif qu'à l'égard de l'effet négatif dudit principe. Par ailleurs, la toute récente réforme du Règlement d'arbitrage de la CCJA ne devrait pas changer la donne sur ce point, bien au contraire. Les textes réformés apportent, en effet, des précisions bienvenues au principe compétence-compétence et tentent d'en renforcer l'effectivité auprès des juridictions nationales.

En matière d'arbitrage institutionnel également, l'article 10.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA pris dans sa version initiale a toujours reconnu qu'il revenait à l'arbitre de déterminer s'il était compétent ou non pour trancher le litige : "Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité, ou à la portée de la convention d'arbitrage,

¹⁷³ Art. 10.3 RA/CCJA dispose que, « Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité, ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté *prima facie* l'existence de cette convention, peut décider, sans préjuger de la recevabilité ou du bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toutes décisions sur sa propre compétence ».

la Cour, ayant constaté *prima facie* l'existence de cette convention, peut décider, sans préjuger de la recevabilité ou du bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. L'on notera ainsi un arrêt en date du 24 avril 2008, dans lequel la CCJA jugeait que : "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, qu'il s'agisse de l'existence, de la validité ou de l'exécution de la convention¹⁷⁴. Cette décision a consacré la "pleine compétence" des arbitres pour apprécier leur propre compétence, correspondant à l'effet positif du principe compétence-compétence.

Conformément à l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la CCJA a toutefois apporté un tempérament à ce principe. La compétence arbitrale demeure en effet sujette au contrôle *a posteriori* des juridictions étatiques dans le cadre d'un éventuel recours en annulation. Cette solution permet d'assurer un équilibre entre la nécessaire liberté de la juridiction arbitrale et la préservation d'une certaine forme de contrôle par les juridictions étatiques. Pour aboutir à pareille conclusion, la CCJA s'était fondée sur le "principe d'autonomie de la convention d'arbitrage". Bien qu'également un principe fondamental de l'arbitrage international¹⁷⁵, il n'en demeure pas moins distinct du principe compétence-compétence auquel il ne saurait être assimilé. Un tel fondement pouvait ainsi entretenir une éventuelle confusion.

Il convient de signaler que l'exception d'incompétence doit également ici être soulevée *in limine litis*¹⁷⁶, dès la réponse à la demande d'arbitrage et au plus tard au cours de la réunion préliminaire. Cependant, aux termes de l'article 21.2, à «tout moment de l'instance, l'arbitre peut examiner d'office sa propre compétence pour des motifs d'ordre public sur lesquels les parties sont alors invitées à présenter leurs observations¹⁷⁷ ».

¹⁷⁴ CCJA, 24 avril 2008, n° 020/2008, Actualités juridiques, n° 63, p. 147, note F. Komoin, Ohadata J-09-300, pp. 2-3 (gras ajouté).

¹⁷⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman, Part 2 : *Chapter I - The Autonomy of the Arbitration Agreement*, in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, p. 198 ; G. Born, Chapter 3, *International Arbitration Agreements and Separability Presumption*, in *International Commercial Arbitration* (Kluwer 2014), pp. 349-350.

¹⁷⁶ Art.21.1 RA/CCJA.

¹⁷⁷ Art. 21.2 RA/CCJA.

Enfin, aux termes de l'article 10.5 RA/CCJA¹⁷⁸, la convention d'arbitrage donne toute compétence à l'arbitre pour se prononcer sur toutes demandes conservatoires ou provisoires pendant la durée de la procédure arbitrale.

Paragraphe II : La compétence de l'arbitre dans la détermination de la loi applicable

Si l'arbitrage est une institution qui suscite parfois des réactions passionnées de rejet ou d'adhésion, l'intensité de ces passions est certainement à son comble lorsque l'on évoque le type particulier d'arbitrage qu'est l'arbitrage en amiable composition (**A**). L'application par l'arbitre de règles de droit pour trancher le litige dont il est saisi nécessite, lorsque le litige a un caractère international au sens du droit international (**B**).

A. L'amiable composition : L'arbitre comme l'amiable compositeur

Le jugement en équité est l'ancêtre du jugement puisque, historiquement, il remonte à une époque où la règle de droit n'était pas encore formalisée. Celui qui jugeait était doté du sentiment de justice qui fondait sa décision. Dans le vieux conflit qui oppose encore aujourd'hui l'application de la règle de droit au sentiment que la justice a été rendue, le jugement en équité permet la rencontre du droit et de la justice, car l'amiable compositeur ne tranchera qu'au regard de ce qu'il estime être juste. Cependant, si le juge peut s'affranchir des règles de droit, il n'y est pas tenu ; il peut trancher le litige selon les règles de droit qui lui semblent équitables, car l'équité et le droit ne sont pas toujours divergents. On n'est pas loin ici de la justice idéale, dont l'exemple le plus célèbre est évidemment le jugement rendu par le roi Salomon, archétype de jugement rendu en équité et non en droit¹⁷⁹.

Donner à un arbitre la qualité d'amiable compositeur, c'est lui permettre de s'écartez des règles de droit, à l'exception des normes d'ordre public, et de s'en remettre à l'équité, lorsqu'il estime que l'application stricte du droit conduirait à une iniquité. Or, « le non-droit est un univers inquiétant, surtout pour le juriste, et les adversaires déclarés de l'amiable composition

¹⁷⁸ Sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence au tribunal arbitral pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale, à l'exception des demandes relatives aux sûretés judiciaires et aux saisies conservatoires.

¹⁷⁹ Moussa DIAKITE, *L'arbitrage institutionnel OHADA, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique*, Thèse, Université Toulouse Capitole, p.204.

stigmatisent les incertitudes qu'elle engendre¹⁸⁰. La mission d'amiable composition peut être confiée aux arbitres¹⁸¹, quel que soit le caractère de l'arbitrage, du litige dont ils sont saisis. Un différend purement interne peut donc être tranché par les arbitres statuant comme amiables compositeurs. Cela ne permet cependant pas aux parties d'écartez les règles d'ordre public s'appliquant à une situation. La seule condition que pose l'amiable composition est doit être la résultante de la volonté des parties. L'article 15 alinéa 2, de l'AUA dispose que les arbitres « il peut également statuer en amiable compositeur lorsque les parties lui ont conféré ce pouvoir ».

Le règlement d'arbitrage de la CCJA, est encore plus explicite puisqu'il prévoit que l'arbitre reçoit les pouvoirs d'amiable compositeur si les parties ont donné leur accord sur ce point dans la convention d'arbitrage¹⁸². La sanction de cette condition est l'annulation de la sentence. L'arbitre qui statuerait en amiable composition, alors que telle n'était pas la volonté des parties, peut voir sa sentence annulée parce qu'il ne s'est pas conformé à la mission qui avait été confiée¹⁸³.

Cependant, il n'y a pas de formulation expresse imposée par la loi pour exprimer la volonté des parties de conférer aux arbitres une mission d'amiable composition. La formule la plus courante et la plus explicite consiste à recourir à l'expression d'amiable composition ou d'amiable compositeur. Aussi, la formule selon laquelle les arbitres statueront « *ex aequo et bono* », après avoir été réservée aux arbitres mixtes (Etat-personne privée), est aujourd'hui utilisé dans les arbitrages privés où elle a la même signification que l'amiable composition¹⁸⁴. Il est bien difficile de fixer avec précision la portée de l'amiable composition dans le règlement arbitral du fond du litige. En effet, la seule chose absolument certaine est qu'une stipulation d'amiable composition « élargit les pouvoirs de l'arbitre sur la manière d'appréhender le litige¹⁸⁵. Les arbitres pourront introduire un correctif d'équité afin de trancher de la manière la plus juste le litige qui leur est soumis.

¹⁸⁰ E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, Librairies Techniques, 1980, p.373.

¹⁸¹ Art. 15 al. 2 de l'AUA.

¹⁸² Art. 17 al. 3 du RA/CCJA.

¹⁸³ Art. 26 de l'AUA.

¹⁸⁴ Art. 28 al. 3 de la loi type de CNUDCI.

¹⁸⁵ E. Locquin, « L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial », Rev. Internationale de droit comparé, 1982, p.470.

La disposition de l'AUA, qui permet l'amiable composition, est insérée dans un article relatif au fond du différend¹⁸⁶. Pareillement, l'article 17 du règlement d'arbitrage, qui en son alinéa 3 relatif à l'amiable composition est intitulé « la loi applicable au fond ». Il convient de conclure que les pouvoirs d'amiable compositeur conféré à l'arbitre ne concerne que le fond du différend et non la procédure arbitrale. De plus, l'amiable composition ne peut pas à l'arbitre d'écartier les règles de procédure posées, le cas échéant, par les parties dans leur convention d'arbitrage. De même, l'arbitre n'est pas déchargé de l'obligation de motiver sa sentence. On peut même penser que, rationnellement, l'amiable composition devrait renforcer l'obligation de motivation. Car, plus les critères ayant servi de fondement à la sentence sont incertains, plus la motivation et la solution devraient être développées, argumentées et convaincantes¹⁸⁷.

Du point de vue du fond du différend, l'on affirme très souvent que l'amiable composition qu'on oppose à l'arbitrage de droit permet de statuer en équité. Cela n'est pas tout à fait faux mais une telle affirmation doit être précisée et nuancée. En effet, l'amiable composition permet aux arbitres d'écartier ou d'adapter les règles de droit applicables aux différends.

L'arbitre dispose du pouvoir d'évaluer les règles de droit sur la base de l'équité afin de mesurer les résultats auxquels leur application au nom de l'équité. Si, au contraire, l'arbitre estime que l'utilisation des normes juridiques heurte, dans le cas espèce, l'équité, il dispose du pouvoir d'adapter ou d'écartier lesdites normes. Cette faculté d'adaptation ou même d'exclusion du droit est cependant limitée. S'il est incontestable que l'arbitre peut adapter ou écartier des lois supplétives, des usages commerciaux, des lois impératives de protection d'une partie, il est par contre, exclu que cela puisse être le cas pour les lois d'ordre public. L'amiable composition ne permet pas donc à l'arbitre de méconnaître les exigences d'ordre public posées par les lois.

Revanche, l'AUA ne fournit aucune réponse relativement à la portée de l'amiable composition par rapport aux dispositions contractuelles. C'est seulement la CCJA qui semble considérer que l'arbitre doit toujours tenir compte des stipulations du contrat¹⁸⁸. On peut penser que cet alinéa doit s'appliquer même lorsqu'il est statué en amiable composition. A

¹⁸⁶ Art. 15 de l'AUA.

¹⁸⁷ Tel n'est cependant pas, semble-t-il, la solution retenue en droit français. Cf. E. LOQUIN, « L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence », Rev. Arb., 1976, p.223 et s.

¹⁸⁸ Art. 17 al. 2 de l'AUA.

défaut d'indication textuelle, il est extrêmement délicat de préciser les pouvoirs d'arbitres sur le contrat litigieux. Par ailleurs, en France, l'on affirme généralement que l'arbitre dispose d'un pouvoir modérateur vis-à-vis des stipulations contractuelles. Ce pouvoir ne permet pas à l'arbitre de bouleverser ou de réviser le contrat. Il ne pourrait pas davantage le dénaturer¹⁸⁹. Il pourrait cependant tempérer les droits nés du contrat sans pouvoir modifier, au moins substantiellement, les obligations contractuelles. Nonobstant, l'amiable composition, l'arbitre saisi doit déterminer le droit applicable.

B. La détermination du droit matériel applicable par l'arbitre

La détermination du droit applicable peut être le fait de la volonté des parties (1) où être effectuée objectivement par l'arbitre (2).

1- Le choix du droit applicable par la volonté des parties

Ces textes peuvent provenir de conventions internationales, être inscrits dans diverses lois nationales sur l'arbitrage, ainsi que dans des règlements d'arbitrage. Peuvent ainsi être considérés comme particulièrement significatifs l'article 28(1) de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage international, ou l'article VII de la convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international. Une règle similaire se retrouve dans l'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965, ainsi qu'à l'article 15 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme OHADA sur l'arbitrage du 17 octobre 2008. Ce principe a également été réaffirmé par la Résolution de l'Institut de droit international (12 septembre 1981) sur le rôle de l'autonomie des parties dans les arbitrages entre Etats, entités étatiques et entreprises étrangères lors de sa session de St Jacques de Compostelle. Aussi, le règlement d'arbitrage de la CCJA pose la même règle dans les termes suivants : « *Les parties sont libres de déterminer les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige* »¹⁹⁰.

Il résulte en effet du caractère consensuel de l'arbitrage que les parties ont la faculté de déterminer la mission confiée aux arbitres, non seulement dans son étendue par rapport à la matière litigieuse, mais aussi dans la substance de cette mission. En d'autres termes le fait pour des parties à un litige déterminé de décider que les arbitres appliqueront la loi espagnole ou la loi française au fond du litige est avant tout l'un des moyens dont les parties disposent afin de configurer concrètement la mission des arbitres. Ainsi, les parties pourraient très

¹⁸⁹ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.284.

¹⁹⁰ Art.17 al. 1, du RA/CCJA.

certainement lier les arbitres par une indication sur la loi applicable en matière délictuelle, alors même que la règle de conflit ne se réfère traditionnellement pas à l'autonomie des parties dans cette matière¹⁹¹.

Certes, lorsque pour un rapport, par exemple contractuel interne, la loi est largement supplétive, l'autonomie de la volonté permet aux parties de construire des clauses qui dérogent à la loi. Pour ce faire, rien n'interdit aux parties de reprendre dans leur contrat interne les dispositions d'une loi étrangère qu'elles contractualisent. En effet, dans un contrat ivoirien, par exemple, les parties peuvent recopier les dispositions d'une loi étrangère telle que anglaise ou suisse dans les limites du droit supplétif ivoirien. Les dispositions du droit anglais ou suisse recopiées dans le contrat sont contractualisées. Il ne s'agit nullement d'une application du droit suisse ou anglais mais il s'agit d'un contrat ivoirien qui a repris en tant que simple stipulation contractuelle, la substance et non la forme légale de certaines dispositions légales étrangères. Ceci est totalement étranger à toute question du droit applicable qui, en l'espèce n'est pas posée. Il est donc entendu que l'article 15 de l'AUA et l'article 17 du RA/CCJA ne concernent que les situations privées internationales. Sur tout autre plan, les législations québécoise et néerlandaise qui ont unifié le régime juridique de l'arbitrage interne et international et qui posent des règles de droit applicable au fond du différend, les rédacteurs du traité de l'arbitrage commercial international observent très justement que les rédacteurs de ces lois « ne peuvent songer qu'à des arbitrages internationaux » et ils précisent que « c'est encore plus évident lorsque le code néerlandais¹⁹² autorise les parties à faire choix d'un droit applicable »¹⁹³. La même observation est intégralement transposable pour l'article 15 de l'AUA et l'article 17 du RA/CCJA.

A l'évidence, cette méthode de détermination du droit ne vaut pas pour tous les litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage. Elle n'est applicable qu'à certains litiges internationaux alors qu'on sait que l'arbitrage pour trancher des litiges internes et internationaux. La question de la détermination du droit applicable ne se pose qu'en présence d'une situation empreinte d'éléments d'extranéité, c'est-à-dire internationale au sens du droit international privé. Une situation purement interne ne suscite aucun problème de

¹⁹¹ Jean-Michel JACQUET, « La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international ». Disponible sur <https://www.ehu.eus/documents/10067636/10765866/2011-Jean-Michel-Jacquet.pdf/b25bc46d-b230-2bf5-e167-62779852da72?t=1539774248000>. (Consulté le 21/02/2021).

¹⁹² Art. 1054 al. 2, C.P.C.

¹⁹³ Ph. FOUCHEARD, E GAILLARD, B GOLDMAN, op. cit., p.107, in : Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.284.

détermination du droit applicable. Il ne saurait donc y avoir, pour un rapport exclusivement interne, ni choix du droit applicable par les parties, ni détermination du droit applicable par quelque moyen que ce soit. Il n'y a nul besoin de règles de conflits de lois puisqu'il n'y a pas dans une situation interne de conflit de lois.

De plus, même lorsqu'il est international, un litige ne permet pas dans tous les cas le choix du droit applicable par les parties car le choix ne vaut qu'en matière d'obligations contractuelles générées par un contrat international.

En France, l'article 1496 du N.C.P.C. permet de mieux comprendre cette restriction. En effet, cet article relatif à l'arbitrage international, dispose que « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ». or, l'arbitrage international en France comme l'arbitrage de l'AUA, peut porter sur des litiges non contractuels ou soulever des questions liées à un contrat mais ne relevant pas de la volonté des parties du point de vue du droit applicable. A titre illustratif, un consommateur avisé relève à propos de l'article 1496 N.C.P.C. français, que pour certaines questions, les arbitres pourront et même devront sous risque de contrariété à l'ordre public estimer que la volonté des parties quant au droit applicable est inopérante ou que celles-ci n'avaient ni la volonté, ni la liberté d'éliminer certaines autres lois¹⁹⁴.

On peut penser qu'en posant la règle contenue dans l'article 15 de l'AUA, le législateur ne voulait pas bouleverser complètement le règlement du droit applicable dans les litiges internationaux. Il est donc entendu que le choix du droit applicable par les parties ne peut concerner que les obligations contractuelles dans un contrat international. A défaut du choix des parties sur le droit applicable au fond du différend, ce droit doit être déterminé objectivement par l'arbitre.

2- La détermination du droit applicable en absence de choix par les parties

En l'absence de volonté des parties le droit applicable sera déterminé par l'arbitre. Ainsi, l'article 15 de l'AUA prévoit qu'« *à défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte le cas échéant, des usages du commerce international* ». Quant au RA/CCJA, il suggère que l'arbitre

¹⁹⁴ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylants, 2002, p.284.

applique « à défaut de choix des parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en l'espèce » en précisant que « dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce international¹⁹⁵ ». A la lecture de ces articles, dans le cas où les parties ont déterminé le droit applicable, la position est relativement simple, il s'agit d'appliquer le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, qui signifie le pouvoir des parties de choisir comme droit applicable à leur contrat, dans des limites raisonnables, un système juridique autre que celui qui s'appliquerait objectivement en l'absence de choix.

Le principe de l'autonomie implique donc la possibilité d'écartier des règles impératives du système de droit qui s'appliquerait à défaut de choix. Il ressort que le facteur de localisation du contrat repose donc sur la sagesse et les connaissances de l'arbitre, qui hormis les tendances relevées en droit comparé se trouvera fort démunie pour mener à bien l'opération de rattachement objectif du contrat.

Pour déterminer la loi applicable, l'arbitre a le choix des méthodes. Elles peuvent être subdivisées en deux groupes notamment les méthodes dites classiques et les méthodes dites sociologiques. S'agissant des méthodes « classiques », de type conflictualiste, l'arbitre recherche quelle est la loi objectivement applicable parce qu'en relation la plus étroite avec le contrat, relation qui n'est d'ailleurs pas nécessairement territoriale. Cette idée a été développée par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et reprise par le projet de Convention du Marché Commun en matière de droit applicable aux obligations contractuelles. La relation, territoriale ou autre, la plus étroite est en général déterminée par l'idée de prestation caractéristique du contrat. C'est donc une méthode fonctionnelle que l'on peut utiliser, mais elle est, évidemment imprécise car en recherchant la loi applicable au contrat, l'arbitre a tendance, en cumulant les méthodes, à utiliser ce que l'on appelle en technique de droit international privé le « *grouping of contracts* » c'est-à-dire à essayer d'accumuler les rattachements¹⁹⁶. Il est rare qu'un arbitre choisisse le droit applicable au contrat se fondant sur un critère isolé, comme celui du lieu d'exécution¹⁹⁷. Parallèlement, pendant longtemps, lieu de conclusion a été le facteur de rattachement essentiel lorsqu'il s'agissait de déterminer la loi applicable au contrat international. Aujourd'hui, le lieu de conclusion du contrat a perdu, dans

¹⁹⁵ Art. 17 al. 2 du RA/CCJA.

¹⁹⁶ Pierre A. LALIVE, « Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage », *rassegna dell'arbitrato*. Anno X VII – n°1, 1977, p. 1-19.

¹⁹⁷ Idem.

le droit international privé des contrats ce caractère qu'il présentait au début du XIX^e siècle. Ceci s'explique par le caractère fortuit que peut revêtir dans nombre de cas, le lieu de conclusion d'un contrat international¹⁹⁸.

Relativement à la deuxième méthode, on peut aussi envisager que l'arbitre utilise, par exemple s'il est américain, des méthodes plus, sociologiques et, au moins apparemment, plus novatrices comme les principes de préférence consacrés par le *restatement* américain. Selon cette méthode, le juge s'adresse au juge mais, par analogie, l'arbitre pourrait s'inspirer de cette même méthode pour déterminer la règle applicable au regard des facteurs¹⁹⁹. Il s'agit ici, non pas de règles, mais seulement de directives, et qui ne résolvent pas les contradictions éventuelles de ces différents facteurs²⁰⁰.

Cependant, dans la terminologie du droit international privé, les règles de droit international privé matériel désignent les règles matérielles par opposition aux conflictuelles qui désignent un droit. Elles sont spéciales en ce sens qu'elles ne sont applicables qu'aux seules relations internationales. Ces règles matérielles peuvent être nationales. Lorsqu'il existe de telles règles, il y a alors un dédoublement du droit matériel interne. L'un s'appliquant aux relations internes et l'autre aux relations privées internationales. Elles peuvent également avoir une origine internationale lorsqu'elles sont contenues dans une convention internationale. Telle que la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises est une convention contenant des règles internationales de droit international privé matériel. Enfin, ces règles peuvent avoir une origine anationale. Il s'agit des règles secrétées par les opérateurs du commerce international révélées par la jurisprudence arbitrale. On aura reconnu la *lex mercatoria* qui a été évoquée supra. En effet, lorsque l'arbitre applique la *lex mercatoria* parce qu'elle a été choisie par les parties, il n'aura aucun facteur d'incertitude autre que celui tenant à l'imprécision du contenu de ce droit anational ne peut être relevé. Une grave incertitude naît de l'application directe par l'arbitre des règles anationales. Pour justifier cette application, les arbitres déclarent localiser le contrat. De façon objective, au sein du droit

¹⁹⁸ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylants, 2002, p.284.

¹⁹⁹ Les facteurs tels que : les besoins des systèmes interétatique et international ; la politique législative pertinente du for ; la politique législative pertinente d'autres Etats intéressés et l'intérêt relatif de ces Etats à régir la question particulière; la protection des attentes raisonnables ; les considérations fondamentales prévalant dans la branche du droit considéré ; la certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions ; la simplicité dans la détermination et l'application de la loi compétente.

²⁰⁰ Pierre A. LALIVE, « Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage », *rassegna dell'arbitrato*. Anno X VII – n°1, 1977, p. 1-19.

anational en relevant par exemple, la plurilocalisation du contrat de sorte qu'il ne peut être rattaché à aucune loi²⁰¹.

Par ailleurs, les arbitres peuvent se référer également aux principes d'ordre public international. Ceci m'amène évidemment, à dire deux mots des « lois de police », de droit public étranger, dites parfois lois « d'application immédiate » lorsqu'elles n'appartiennent pas à la loi du contrat, bien entendu, sinon il n'y aurait guère de problème. Le juge ou l'arbitre peut ou doit tenir compte de telle ou telle loi impérative, notamment monétaire, de contrôle des changes, d'interdiction d'exportation, etc., qui viendrait entraver le jeu normal des règles de la loi applicable au contrat²⁰². Un exemple est celui du fameux cas anglais Regazzoni c/ Sethia (1958). En l'espèce, il s'agissait dans cette affaire de l'exécution d'un contrat de livraison de jute d'origine indienne. En raison de l'interdiction indienne de commerçer avec l'Afrique du Sud, les parties, dont une société suisse, avaient mis sur pied une opération « triangulaire » avec l'Italie. La loi applicable était la loi anglaise, et ce n'était évidemment ni elle, ni la loi sud-africaine qui interdisait ce genre de commerce. La question posée au juge anglais était de savoir si, à côté de la loi du contrat, il devait ou pouvait tenir compte, pour des motifs d'ordre public général, de règles impératives d'un droit qui n'était pas celui du contrat. La réponse a été affirmative, en raison notamment des liens spéciaux entre l'Angleterre et l'Inde qui existaient à l'époque²⁰³. Bien que la portée de l'arrêt soit discutée, il illustre bien un problème très général. Il s'agit donc de savoir si l'arbitre doit tenir compte de certains impératifs de la collaboration internationale pour prendre en considération, sinon appliquer directement, les lois impératives d'un autre Etat, tout au moins s'il existe un rapport entre cet autre Etat et l'affaire elle-même. C'est là, on s'en doute, une question extrêmement actuelle, et encore controversée.

En résumé, l'arbitre jouit indiscutablement de beaucoup de liberté et de flexibilité dans l'utilisation des méthodes, qu'elles soient conflictualistes ou non-conflictualistes parce qu'il se reconnaît le libre choix du droit applicable d'où son autonomie dans la conduite de la procédure arbitrale.

²⁰¹ Sentence C.C.I, n°2291 (1976), J.D.I., 1976, p.989 ; Sentence C.C.I, n°6500 (1992), J.D.I., 1992, p.1015, obs. J.J. ARNALDEZ.

²⁰² Pierre A. LALIVE, « Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage », *rassegna dell'arbitrato*. Anno X VII – n°1, 1977, p. 1-19.

²⁰³ Idem.

Section II : L'autonomie de l'arbitre dans la conduite de la procédure

Un des grands avantages de l'arbitrage est précisément qu'il offre la possibilité, dans bien des cas, d'employer d'autres méthodes de solution que les techniques traditionnelles de recherche et de détermination du droit applicable. Cette autonomie s'observe non seulement dans la liberté d'organisation de la procédure arbitrale (**Paragraphe I**) mais aussi, et surtout, lorsqu'il s'agit d'envisager l'exclusion du juge étatique dans le prononcé des mesures provisoires et conservatoires (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Une liberté d'organisation et conduite de l'instance arbitrale

L'arbitre bénéficie d'une liberté d'organisation (**A**) et de conduite de l'instance arbitrale (**B**).

A. Une liberté d'organisation

L'article 15 de l'AUA ne vise pas expressément l'utilisation de règles de conflit de lois dans le choix par les arbitres des règles les plus appropriées pour trancher le fond d'un différend. Il confère ainsi aux arbitres une totale liberté méthodologique dans le choix de ce droit.

L'arbitre peut, certes, utiliser le relais d'une ou de plusieurs règles de conflit ou de principes généraux des conflits de lois. Il n'est cependant pas tenu de le faire. Il peut aussi recourir au procédé de la voie directe. Saisi d'un différend international, l'arbitre se trouve dans une situation différente de celle du juge étatique. Ce dernier dispose de règles de conflit de lois, celles du for. On sait que l'arbitre n'est pas un organe juridictionnel étatique, il n'est donc pas tenu de faire prévaloir les principes et règles juridiques de tel Etat plutôt que de tel autre. En particulier, à la différence du juge étatique qui est lié par les règles conflictuelles du for, l'arbitre n'est pas tenu par ces règles de conflit de lois de l'Etat du siège du tribunal arbitral. Il est donc confronté à un conflit de règles qu'il va tenter de résoudre en utilisant diverses techniques²⁰⁴.

Une première technique, utilisée par les arbitres, consiste à appliquer simultanément plusieurs règles de conflit se confirmant mutuellement. La technique est utilisée de la manière suivante : l'arbitre applique un système de conflit qui le conduit à désigner un droit matériel, il s'attache ensuite à démontrer que cette désignation résulte également d'autres règles de

²⁰⁴ Y. DERAINS, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige », Rev. Arb., 1972, p.79 et s, in : Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylants, 2002, p.284.

conflit susceptibles d'être appliquées à l'espèce. Cette technique, parfois appelée méthode de cumul, relève en réalité davantage de la pratique de l'exemple confirmatif que d'une réelle application cumulative. Les sentences arbitrales qui utilisent ce procédé, expriment toujours une convergence vers une solution commune. Cette technique n'est d'ailleurs utilisable que lorsque plusieurs règles de conflit, dont l'application peut être envisagée en l'espèce, sont concordantes sur la désignation du droit matériel.

Une deuxième méthode consiste à désigner le droit matériel sur la base de droit principes généraux de conflit de lois dégagés de divers systèmes de droit international privé. Le droit matériel n'est plus déclaré applicable en vertu d'une règle nationale de conflit de lois mais en vertu d'un système conflictuel autonome par rapport aux ordres juridiques nationaux, même s'il n'en est que la synthèse du point de vue des règles de conflit qu'il contient. En recourant à cette deuxième technique, les arbitres contribuent à créer une sorte de « lex mercatoria de droit international privé », c'est-à-dire une lex mercatoria de règles de conflit de lois.

Une troisième technique, dite de la voie directe, permet à l'arbitre de désigner le droit matériel applicable à la situation litigieuse en se fondant sur une analyse des circonstances de la cause qui doit permettre de fixer le droit ayant les rapports les plus étroits avec le litige. Cette technique de désignation directe du droit applicable, sans la médiation d'une règle de conflit de lois, est parfois présentée comme la plus simple. Cette simplicité résulterait du fait que l'arbitre n'est pas tenu de choisir une règle de conflit de lois parmi l'ensemble des règles conflictuelles susceptibles d'être appliquées en l'espèce. En réalité, cette simplicité est illusoire. L'arbitre, en recourant au procédé de la voie directe, ne fait que déplacer les problèmes de choix qui se poseront inéluctablement. Certes, son choix ne portera pas sur une règle mais sur un ou plusieurs indices localisateurs, étant donné la coexistence de ceux-ci. Or, rien ne dit que le choix d'un indice localisateur sera plus facile que le choix d'une règle conflictuelle qu'il a voulu éviter en utilisant la technique de la voie directe.

Par contre, dans l'arbitrage institutionnel au sein de la CCJA, l'arbitre sera tenu de suivre formellement un raisonnement conflictuel. En effet, l'article 17, alinéa 1er du règlement d'arbitrage prévoit qu'«à défaut d'indication par les parties au parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ». L'arbitre est ainsi tenu d'identifier la règle étatique. Elle peut être constituée de principes

généraux de règle de conflit, tirés d'une analyse de droit comparé. Rien n'empêche non plus l'arbitre de confirmer la règle de conflit qu'il jugera appropriée par d'autres règles de conflit applicables en l'espèce.

En revanche, la technique de la voie directe paraît exclue, sauf si l'arbitre démontre que le critère de localisation qu'il retient est, soit celui des principes généraux des règles de conflit de lois, soit celui des principes généraux des règles de conflit, tirés d'une des règles de conflit applicables en l'espèce.

B. Une liberté dans la conduite de la procédure

Il convient de rappeler, qu'il s'agit de règle de droit et non de loi d'un Etat, car il n'y a pas de « loi de procédure »²⁰⁵. En vertu de l'article 14 al.1 de l'AUA « *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* ». Il se trouve ainsi posé le principe de la libre détermination par les parties des règles de procédure. Elles peuvent soit décider de recourir aux règles applicables devant le juge étatique, soit définir conventionnellement les règles de procédure qui leur conviennent.

Dans l'hypothèse où elles n'ont rien prévu à ce sujet, ce sont les arbitres qui établiront librement les règles applicables à la procédure arbitrale²⁰⁶. Cette liberté permet aux parties et aux arbitres d'adapter la procédure à la spécificité du litige et d'obtenir toute la souplesse nécessaire. A défaut d'un accord des parties, le tribunal arbitral procède à l'arbitrage comme il le juge approprié.

De plus, la règle reste la même pour la CCJA et pour tout Centre permanent d'arbitrage car lorsqu'on choisit une institution permanente d'arbitrage, on choisit par là-même son Règlement d'Arbitrage. En effet, aux termes de l'article 10 alinéa 1er de l'AU/DA, « *le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions* ». A cet égard, l'article 10.1 RA/CCJA, dispose que « *lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent par là-même aux dispositions du Titre IV du Traité de l'OHADA, au présent règlement, au règlement*

²⁰⁵ Alhousseini MOULOUL, « *L'arbitrage dans l'espace OHADA* », Hanoï (Vietnam), 2010, p.20.

²⁰⁶ Art.14 al.2 de l'AUA.

intérieur de la Cour, à leurs annexes et au barème des frais d'arbitrage... ». En outre, en vertu de l'article 16 RA/CCJA, « *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* ».

Si les arbitres ont la liberté de régler la procédure arbitrale, ils ne sont pas dispensés du respect des principes directeurs du procès. Ces règles concernent la limitation de l'objet du litige, les faits du litige qui peuvent être pris en considération, la preuve, la défense des parties, les pouvoirs d'instruction. Pour régler un incident de procédure, les arbitres, s'ils le jugent approprié, peuvent s'inspirer d'une loi de procédure étatique. Cependant, deux principes liés doivent être respectés²⁰⁷ notamment le principe de l'égalité de traitement des parties et les parties doivent pouvoir faire valoir leurs prétentions. Ces principes doivent être rapprochés du principe du contradictoire édicté par l'article 26 de l'AUA et dont le non-respect est une cause d'annulation de la sentence. L'arbitre doit également veiller à l'application du principe du contradictoire²⁰⁸.

Quoi qu'il en soit le non-respect du principe contradictoire a pour conséquence l'annulation de la sentence. En effet, il résulte des dispositions combinées des articles 9 et 14, al. 5 et 6 de l'AUA que le respect du contradictoire par l'arbitre (dont l'inobservation est sanctionnée par l'annulation de la sentence) s'entend, d'une part, de l'obligation qui lui est faite d'accorder à chacune des parties la possibilité de faire valoir ses prétentions, connaître celles de son adversaire et procéder à leur discussion, et, d'autre part, de l'interdiction de se fonder sur des moyens relevés d'office sans que les parties n'aient été invitées au préalable à en discuter ou de procéder seul à des investigations personnelles.

En l'espèce, l'arbitre qui énonce dans sa sentence avoir lui-même procédé à une enquête sans associer les parties ni soumettre à la discussion de celles-ci les éléments de fait ou de droit recueillis lors de cette investigation (du reste non consignés dans un procès-verbal) n'a pas respecté le principe du contradictoire, dès lors que la motivation de sa sentence établit de

²⁰⁷ Art. 9 de l'AUA.

²⁰⁸ Art. 14 al. 4 de l'AUA dispose que « Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, explications ou documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ».

façon péremptoire qu'il s'est fondé sur les informations recueillies lors de son enquête solitaire. Il y a lieu d'annuler la sentence attaquée en toutes ses dispositions²⁰⁹.

Par ailleurs, ne viole pas le principe du contradictoire, le tribunal arbitral qui, se fondant sur des pièces probantes et sans recourir à un expert, fait droit à la demande en dommages-intérêts d'une partie, le recours à l'expertise prévu par l'article 19.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA étant laissé à la discrétion de l'arbitre²¹⁰. L'arbitre dans l'exécution de sa mission est amené parfois à prononcer l'exécution provisoire de la sentence dans certaines matières.

Paragraphe II : Une liberté d'exécution provisoire de la sentence

Méthode de règlement des différends caractérisée, entre autres, par sa rapidité, l'arbitrage peut, en raison de sa lenteur, créer chez l'une des parties en litige, le désir d'obtenir rapidement une décision, soit pour éviter le dépérissement d'une preuve, soit pour conserver l'équilibre qui doit exister entre les parties pendant l'instance arbitrale, soit encore pour sauvegarder une situation donnée d'où l'importance des mesures provisoires ou conservatoires (A) et la prorogation des délais d'arbitrage (B).

A. L'administration des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre

En règle générale, et à défaut de convention contraire des parties, les arbitres sont compétents pour octroyer les mesures dont il s'agit. Telle est la position prédominante en droit international²¹¹. Par ailleurs, il serait difficilement admissible d'interdire à l'arbitre de pouvoir prendre des mesures provisoires ou conservatoires sous prétexte qu'il n'est compétent que pour connaître du fond de l'affaire. Du reste, l'arbitre qui statue sur le fond de l'affaire a la possibilité d'assortir sa sentence de l'exécution provisoire, l'AUA²¹² précisant à ce sujet que « les arbitres peuvent accorder l'exécution provisoire à la sentence arbitrale, si cette exécution a été sollicitée, ou la refuser par une décision motivée²¹³.

²⁰⁹ CA Pointe-Noire 4-3-2005 :COFIPA INVESTMENT BANK CONGO c/ Sté COMADIS CONGO, Ohadata J-13-73.

²¹⁰ CCJA, Arrêt n°103/2015 du 15 octobre 2015, Recueil de jurisprudence n° 24 juillet/Décembre 2015.

²¹¹ Antonio R. PARA, « Pratique et expérience du CIRDI » in « Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », op. cit. p. 45.

²¹² Art. 24 de l'AUA.

²¹³ G. KENFACK DOUANJI et Christophe IMHOOS in « L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage » op. cit. où les auteurs considèrent que l'art 24 AUA marque un recul par rapport aux autres textes nationaux antérieurs,

En tout état de cause, cette possibilité pour l'arbitre d'octroyer ou de prendre des mesures provisoires ou conservatoires est également affirmée dans le Règlement de la CCJA. En effet, l'article 10 du RA/CCJA traite des effets de la convention d'arbitrage et comporte un alinéa 5 conçu comme suit : « sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence à l'arbitre pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale. Les sentences prononcées dans le cadre de l'alinéa qui précède sont susceptibles de demandes d'exequatur immédiates, si l'exequatur est nécessaire pour l'exécution de ces sentences provisoires ou conservatoires. Avant la remise du dossier à l'arbitre, et exceptionnellement après celle-ci, au cas où l'urgence des mesures provisoires et conservatoires demandées ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile, les parties peuvent demander de telles mesures à l'autorité judiciaire compétente.

De pareilles demandes, ainsi que les mesures prises par l'autorité judiciaire, sont portées sans délai à la connaissance de la Cour qui en informe l'arbitre. Ce texte consacre la possibilité, pour les parties, d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre des arbitrages CCJA. Il est, toutefois, procédé à une distinction selon que la demande desdites mesures intervient avant ou après la constitution du tribunal arbitral. En effet, avant la remise du dossier à l'arbitre, les parties à un arbitrage CCJA peuvent demander des mesures provisoires ou conservatoires à l'autorité judiciaire compétente. Sur ce point, l'arbitrage de la CCJA est conforme au droit contemporain de l'arbitrage, tel que développé plus haut. Au cours de la procédure arbitrale, la partie estimant devoir solliciter des mesures provisoires ou conservatoires a le choix de porter sa requête devant le tribunal arbitral ou devant la juridiction étatique.

Cette disposition du Règlement de la CCJA, qui constitue une illustration du principe, relevé plus haut, de la compétence concurrente des juridictions étatiques et des arbitres pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires, précise que les parties adresseront leurs demandes à la juridiction étatique en cours de procédure arbitrale, au cas où l'urgence de mesures escomptées ne permettrait pas au tribunal arbitral de se prononcer en temps utile. Il ne semble pas superflu de mentionner que pour l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires, les juridictions étatiques sont jugées plus efficaces tant en raison de la possibilité de les saisir

qui ne subordonnaient pas l'octroi des mesures provisoires à la demande expresse des parties, in : Gaston KENFACK DOUAJI, « Droit de l'arbitrage OHADA », ERSUMA, 2010, p.27.

d'urgence qu'en raison du caractère exécutoire des décisions qu'elles sont susceptibles de rendre.

En présence d'une convention d'arbitrage, la condition relative à l'urgence est écartée lorsque la mesure provisoire ou conservatoire « devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA ». Cette disposition a probablement été introduire pour résERVER les situations où des législations refuseraient l'efficacité des mesures provisoires ou conservatoires ou encore de certaines d'entre elles prononcées par les arbitres²¹⁴. Chaque fois que l'octroi de la mesure suppose un examen au fond seul l'arbitre peut ordonner ladite mesure. Ceci est une conséquence de ce que la convention d'arbitrage emporte l'incompétence des juridictions étatiques.

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

Le délai d'arbitrage est le temps imparti aux arbitres pour instruire l'affaire et rendre la sentence. Il fixé conformément à la volonté des parties. Toutefois, l'article 12 alinéa 1 de l'AUA prévoit que : « *Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six (6) mois à compter du jour où le dernier arbitre l'a acceptée* ».

L'arrivée du terme de l'arbitrage entraîne de nombreuses conséquences. En effet, il met fin à l'instance arbitrale et au compromis mais pas à la clause compromissoire parce que, si le compromis est conclu pour soumettre un litige particulier et bien identifié à l'arbitrage, la clause compromissoire est généralement insérée dans le contrat principal et est censée régir tout type de litige survenant lors de l'exécution du contrat. La clause compromissoire ne prend logiquement fin qu'avec l'extinction du contrat principal qui le contient²¹⁵.

Des clarifications ont été apportées aux modalités de prorogation du délai. Il convient de rappeler que le respect du délai par le tribunal arbitral est capital, en raison du risque d'une annulation éventuelle de la procédure ou de tous les actes procéduraux accomplis après l'expiration dudit délai si aucune prorogation n'a été préalablement accordée.

²¹⁴ Art. 9 de la loi type CNUDCI.

²¹⁵ Francis NGUEGUIM LEKEDJI, les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA, Mémoire, Université Catholique d'Afrique Centrale, 2007-2008, p.46.

Or, il peut arriver qu'avant que n'expire ce délai, les arbitres n'aient pas encore fini leur tâche et que la sentence ne soit pas rendue. Par conséquent, une prorogation du délai d'arbitrage est nécessaire. On fera alors recours à l'autorité prévue à cet effet.

Cependant, la formulation et la structure grammaticale de l'article 12 al. 2 de l'AUA, notamment le positionnement des virgules, semble se prêter aux deux interprétations suivantes.

Première hypothèse, la prorogation du délai peut être valablement accordée par les parties si celles-ci sont d'accord et sans que le recours à la juridiction compétente dans l'Etat-partie abritant le siège du tribunal soit nécessaire.

Seconde hypothèse : dans tous les cas et même si les parties sont d'accord, seule la juridiction compétente peut autoriser la prorogation du délai. Les deux positions nous semblent pouvoir être soutenues mais en attendant que la jurisprudence vienne éventuellement fixer l'interprétation à retenir de cette disposition, la première hypothèse nous semble être la meilleure à retenir, pour les raisons suivantes. L'arbitrage étant l'affaire des parties, son choix consacre l'expression de leur autonomie que tout devrait être mis en œuvre pour favoriser.

Ainsi, à la lecture de l'article 12 alinéa 2 de l'AUA, il ressort trois possibilités de prorogation du délai de l'arbitrage. En effet, cette prorogation peut être la résultante soit de la volonté des parties, soit par le tribunal arbitral à la condition que cela soit demandée par l'une des parties, ou soit prorogé par le juge compétent dans l'Etat-partie.

La compétence du juge étatique est donc doublement subsidiaire. Si, pour une raison quelconque, l'arbitrage n'est pas terminé à l'expiration du délai et que les parties sont favorables à la prorogation, il n'y a rien de répréhensible ni de contrariant à l'ordre public de leur permettre de poursuivre la procédure dès lors qu'elles se prêtent au jeu. A cet effet, il serait judicieux pour les parties de prévoir d'avance l'interprétation à retenir au cas où le besoin se ferait ressentir, dès lors qu'aucune disposition de l'AUA ne l'interdit expressément et qu'on ne saurait exiger ce que la loi elle-même n'exige pas²¹⁶.

²¹⁶ CCJA, 1 ch., n° 30, 29-4-2010 : Thalès Security Systems SAS c/ M O. K., Juris-Ohada, n° 3/2010, juill-sept., p. 47, Ohadata J-11-74,J-12-50.

Il est indéniable que la survie de l'arbitrage passe par sa consécration, mais elle résulte aussi de l'efficacité affirmée de la convention d'arbitrage.

CHAPITRE II : L'EFFICACITE AFFIRMEE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Le processus d'arbitrage est fondé sur l'existence de la convention d'arbitrage. Sans celle-ci, l'arbitrage ne peut pas être mis en œuvre. La convention d'arbitrage se présente comme un accord des parties au contrat principal de soumettre leurs éventuels litiges à des arbitres et de se soumettre à leur décision. Elle est désignée sous le terme clause compromissoire lorsqu'elle est rédigée en vue d'un litige futur ou sous celui de compromis lorsqu'elle porte sur un litige déjà né²¹⁷.

Lorsque la convention d'arbitrage est valide et qu'un litige survient, elle doit manifester son efficacité. Cette efficacité se traduit par le rôle élusif de la convention d'arbitrage²¹⁸. Du moins, c'est ce qui ressort de l'article 13 de l'AUA aux termes duquel, « *Lorsqu'un litige, dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle* ».

Il conviendrait d'évoquer en premier lieu, l'efficacité de la convention d'arbitrage (**Section I**), suivi de l'effritement de la compétence des tribunaux étatiques en second lieu (**Section II**).

²¹⁷ Art. 3-1 de l'AUA.

²¹⁸ Blandine BAYO BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », Rev. PENANT, n°876, 2011, page 361, in : Ohadata D-12-75.

Section I : L'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage

On s'attachera à définir le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage (**Paragraphe I**) avant d'analyser la force obligation qu'il convient de lui reconnaître (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage en droit OHADA trouve son autonomie dans les dispositions de l'article 4 de l'acte de l'AUA. Cet article dispose dans son alinéa premier que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal ».

Il s'agit là de la véritable source juridique de l'autonomie de la convention d'arbitrage. L'analyse de cet alinéa premier, fait comprendre que la convention d'arbitrage ne doit pas être sous influence du contrat principal, les deux doivent être considérés comme étant séparé. En d'autres termes, la convention d'arbitrage n'est pas un contrat accessoire au contrat principal, ce qui explique logiquement les dispositions du second alinéa. Le second alinéa du même article dispose que « sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique... ». Cet alinéa exprime l'idée selon laquelle les aléas du contrat principal n'ont pas d'effets sur l'existence de la convention d'arbitrage²¹⁹.

Cette autonomie doit d'abord être entendue de manière matérielle (**A**) par rapport au contrat qui la contient et elle peut également acquérir une autonomie juridique (**B**).

A. L'autonomie matérielle

L'autonomie matérielle ou encore substantielle envisage la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient. En effet, elle consiste à tenir pour autonome la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans lequel elle est stipulée de sorte qu'elle n'est pas affectée par l'invalidité de ce dernier. En d'autres termes, l'autonomie substantielle consiste à « immuniser » la convention d'arbitrage à l'égard des causes d'invalidité susceptibles d'affecter le contrat contenant ladite convention.

²¹⁹ Cheick Lupetu SIDIBE, « Convention d'arbitrage en droit OHADA ». Disponible sur <http://www.rmkassocies.org/UniFichiers/Public/Pdf/efpBs48l20170726144804.pdf>. (Consulté le 22/02/2021).

En clair, la convention d'arbitrage a un objet procédural visant à soumettre à l'arbitrage tout ou partie des litiges qui pourraient naître du contrat. Cet objet procédural, a des effets sur l'ensemble du contrat. Les aspects procéduraux et le principe d'arbitrage dégagent les conséquence substantielle du pouvoir de l'arbitre. En vertu de ce principe, l'arbitre n'est pas seulement compétent (malgré l'argument de nullité du contrat principal), il peut aussi prononcer la nullité et statuer sur ses conséquences, par exemple en ordonnant des restitutions entre parties ou en allouant des dommages-intérêts. C'est précisément ce pouvoir de l'arbitre de tirer au plan substantiel les conséquences juridiques de la nullité du contrat principal, qui permet de distinguer la règle de la « compétence-compétence » du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage.

L'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage est expressément affirmée aux articles 23²²⁰ et 4²²¹ respectivement du traité OHADA et de l'AUA. Ces posent le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal auquel elle se rapporte. Ainsi, toute juridiction d'un Etat partie saisie d'un tel litige doit se déclarer incompétente lorsque l'une des parties en fait la demande. Dans ce cas et en vertu de ce principe de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, la validité de la convention n'est pas affectée par la nullité du contrat et ladite validité est appréhendée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique. Dans l'espèce, en stipulant expressément dans leur convention que « les parties s'engagent à régler les différends nés de l'application des présentes à l'amiable et que, à défaut, les différends sont soumis à Abidjan, à l'arbitrage de la Cour de justice et d'arbitrage de l'OHADA », les parties ont exprimé leur commune volonté de faire trancher par des arbitres, tous les litiges, sauf ceux qu'elles auraient exclus expressément, le cas échéant, qui naîtraient de leur relation contractuelle. La nullité du contrat qui contient la clause compromissoire est incontestablement un des litiges susceptibles de naître de la relation contractuelle et il n'y a pas lieu de rechercher, comme le tribunal et la cour d'appel l'ont fait, si le litige porte sur la validité et donc l'existence même de la convention, ou sur son application.

²²⁰ Art. 23 du Traité OHADA du 17 octobre 2008 dispose que « *Tout tribunal d'un Etat Partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande, et renverra le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité* ».

²²¹ Art. 4 de l'AUA dispose que : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal.

Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique.

Les parties ont toujours la faculté, d'un commun accord, de recourir à l'arbitrage, même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant une juridiction étatique.»

En effet, 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 de l'exécution de la convention. Ainsi, en retenant sa compétence pour confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions, au motif que « le litige porte ici sur la validité et donc l'existence même de la convention et non sur son application ; dans ces conditions, la clause compromissoire, qui ne joue que dans l'exécution de la convention, ne peut trouver application en l'espèce. C'est donc à juste titre que le premier juge a retenu sa compétence », la cour d'appel a fait une mauvaise application des articles 23 du Traité OHADA et 4 de l'AUA précités et son arrêt encourt la cassation. Sur évocation, la CCJA doit infirmer le jugement entrepris, se déclarer incompétente en raison de la clause d'arbitrage et renvoyer la cause et les parties à la procédure d'arbitrage prévue dans leur convention²²².

En outre, le règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage pose le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage en son article 10.4 en son alinéa dispose que : « sauf stipulation contraire, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions ». En plus, l'article 10.3 du même règlement édicte la règle dite de la «compétence-compétence» des arbitres, qui sans être identique au principe d'autonomie substantielle de la convention d'arbitrage, lui est cependant liée.

Entendu de manière substantielle, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage est consacré par toutes les législations contemporaines sur l'arbitrage de sorte qu'on peut y voir un principe général du droit de l'arbitrage. L'article 16, paragraphe 1^{er}, de la loi type de la CNUDCI consacre expressément l'autonomie substantielle²²³.

²²² CCJA, 1 ch., n° 020, 24-4-2008 : S. c/ 1) I, 2) K, Juris-Ohada n° 3, juill.-sept. 2008, p. 35, Rec. jur. CCJA, n° 11, janv.-juin 2008, p. 97, Ohadata J-09-46, Ohadata J-09-300.

²²³ Art. 16 de la loi type CNUDCI: Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

Affirmer l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans lequel elle est stipulée heurte, a priori le principe de logique qui veut que le tout comprenne la partie qui se traduit en matière contractuelle par le principe de l'unité du contrat. Certes, l'indépendance relative des clauses contractuelles n'est pas inconnue en droit des obligations. Ainsi, la sanction des clauses réputées non écrites suppose que la « disparition » d'une clause n'affecte pas le contrat. La question de l'autonomie de la convention d'arbitrage est cependant différente puisqu'ici on suppose que la « disparition » du contrat n'affecte pas une clause contenue dans celui-ci.

On peut tenter de sauvegarder la convention compromissoire, alors que le contrat est nul, en se fondant sur l'objet particulier que remplit cette convention. La convention compromissoire ne peut être mise sur le même plan que les autres clauses du contrat qui stipulent des prestations se servant mutuellement de causes.

En tout état de cause, il faut souligner que la jurisprudence Menicucci a été suivie par d'autres juridictions et s'est vue consacrée par la cour de cassation française dans l'arrêt Dalico²²⁴ du 20 décembre 1993. La cour affirmait alors « qu'en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».

En revanche, la nullité n'est pas la seule vicissitude susceptible d'affecter le contrat principal. Ce dernier pouvant faire l'objet de résiliation ou d'une résolution. Il convient de rappeler que c'est la volonté des parties de voir jouer le mécanisme arbitral pour tous les litiges susceptibles d'affecter leur relation contractuelle qui constitue l'un des fondements essentiels de l'autonomie de la convention compromissoire, il n'y a aucune raison de limiter celle-ci à la seule hypothèse de la nullité du contrat principal.

La résiliation et/ou la résolution constituent au même titre que la nullité du contrat principal, des différends susceptibles de naître des relations contractuelles. On peut donc estimer que le

²²⁴ Civ. I, 20 décembre 1993, Dalico, Rev. arb., 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon; J.D.J, 1994, p. 432, note E. Gaillard.

terme utilisé par l'acte uniforme ne doit pas être entendu dans son technique. Il doit au contraire être entendu *lato sensu*, de manière à couvrir également les hypothèses de résiliation et de résolution.

Alors que l'acte uniforme se montre exagérément restrictif, le règlement d'arbitrage²²⁵ quant à lui, semble apporter des limites au principe d'autonomie substantielle de la convention. La première limite résulte d'une volonté expresse des parties, en effet, si les parties ont entendu, expressément exclure du mécanisme arbitral les litiges découlant de la nullité du contrat principal, il est évident qu'une telle volonté doit être respectée. La deuxième limite tient au fait qu'une des parties n'avait pas le pouvoir de passer le contrat principal, ce défaut de pouvoir devrait affecter la convention arbitrage que le contrat principal. Enfin, la troisième limite tient l'absence totale de consentement. Il paraît alors très préjudiciable de faire produire des effets à une clause compromissoire alors qu'il n'y a eu ni offre ni acceptation.

En cas de constatation de l'inexistence de la convention d'arbitrage, l'arbitre doit logiquement se déclarer incompétent et ne pas aller au-delà de la simple constatation. Alors que l'autonomie matérielle envisage la convention d'arbitrage dans ses rapports avec le contrat, l'autonomie juridique vise le régime juridique.

B. L'autonomie juridique

L'évolution du principe a permis de dégager aussi une autre signification particulière qui se traduit par la validité de la convention d'arbitrage indépendamment de la référence à toute loi étatique. On parle ainsi de « l'autonomie de rattachement » ou encore de la « complète autonomie²²⁶ » de la clause compromissoire. Il est notoire, à ce niveau, que cette conception correspond parfaitement à la signification étymologique du mot « autonomie » qui est « le droit de se gouverner par ses propres »²²⁷.

L'autonomie de rattachement signifie que la convention d'arbitrage peut être régie par un droit distinct de celui régissant le contrat principal. Ce nouveau sens de l'autonomie induit par la jurisprudence française permet de poser un principe de validité de la convention d'arbitrage international et de faire échapper cette convention à la méthode conflictuelle classique.

²²⁵ Art. 10.4 du RA/CCJA.

²²⁶ ANCEL. J-P., op. cit., note 9, p. 75. Cette expression a été utilisée par la cour de cassation française dans l'affaire Hecht (Cass., Hecht c/ Sté Buisman's, Rev. Arb. 1974, p. 89).

²²⁷ FOUCARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, op. cit., note 45, p. 234.

Autrement dit, l'existence et la validité de la convention d'arbitrage doivent être appréciées au regard de règles matérielles spéciales, en dehors de tout conflit de lois, mais avec pour limites le respect des règles d'ordre public international²²⁸.

Le droit OHADA sur l'arbitrage n'affirme pas expressément l'autonomie de rattachement de la convention d'arbitrage. Cela ne signifie cependant pas qu'une telle pratique soit exclue. En effet, en vertu des principes gouvernant le droit international privé des Etats de l'OHADA, les parties peuvent choisir le droit applicable au contrat international. Ce principe est d'ailleurs expressément affirmé, tant par l'acte uniforme que par le règlement d'arbitrage, lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable au fond du litige, puisque d'une manière générale, les arbitres « appliquent les règles de droit désignées par les parties »²²⁹.

Or, il paraît aujourd'hui admis, en droit international privé des contrats, que le choix des parties peut porter sur des droits différents pour différentes parties de leur contrat. Si l'on admet que la Convention européenne du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles reflète assez bien les tendances contemporaines du droit international privé des contrats, cette faculté de dépeçage du contrat, expressément admise par l'article 3 aux termes duquel «les parties peuvent désigner la loi applicable... à une partie seulement de leur contrat», pourrait être utilisée, à titre de principe du droit international privé contractuel, pour justifier l'autonomie de rattachement de la convention d'arbitrage dans les Etats de l'OHADA.

Cependant, l'article 4 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, pose une règle essentielle relative à la validité de la Convention d'arbitrage. Aux termes de cette disposition, cette validité « *est appréciée d'après la commune volonté des parties sans référence nécessaire à un droit étatique* ». La compréhension de cette règle implique qu'on en situe l'origine qui permettra d'en comprendre la signification. En effet, l'affaire Hecht²³⁰ opposait un agent commercial français à une société néerlandaise. Les parties ont inséré dans leur contrat une clause compromissoire qui prévoyait un arbitrage CCI. Aussi, le contrat stipulait expressément l'application du décret français du 23 décembre 1958 sur les agents commerciaux. La partie défenderesse avait mis en cause la validité de la clause

²²⁸ Hamdi Ouerghi, « L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international », Mémoire, Université de Montréal, 2006, p. 38.

²²⁹ Art. 15 de l'AUA et l'Art. 17 du RA/CCJA.

²³⁰ Paris, 19 juin 1970, Hecht cl Sté Buisman's, Rev. Arb. 1972, p. 67, note Fouchard.

compromissoire en se basant sur le fait que le droit français prohibait une telle clause en droit interne entre commerçants et non commerçants. La cour d'appel a admis l'exception d'incompétence en précisant que, dans un contrat international, les parties ont la liberté « *de convenir des stipulations de leur choix et de se référer pour ce qu'elles ne décident pas expressément, à une loi qu'elles désignent librement*²³¹ ».

La cour a ainsi déduit que les parties ont une liberté totale de convention, fût ce à l'encontre de la loi nationale, qui ne trouvait sa limite que dans l'ordre public international français.

La formule paraît signifier que l'efficacité de la clause repose essentiellement sur la volonté des parties qui est ainsi « *sacralisée* ». Cette volonté est, cependant, encadrée par deux réserves: les règles impératives du droit français et l'ordre public international, qui ne peut raisonnablement être que l'ordre public international au sens du droit international privé français.

Il faut cependant remarquer que la différence entre la règle posée par l'article 4, alinéa 2, de l'acte uniforme et la jurisprudence « *Dalico* », tient à l'absence totale de réserve à la validité de la convention d'arbitrage dans le droit uniforme africain. Alors que la jurisprudence sus-évoquée posait comme limite à l'efficacité des conventions d'arbitrage l'ordre public au sens du droit international privé français, l'acte africain sur l'arbitrage ne pose aucune réserve. Sans doute la réserve de l'ordre public au sens du droit international privé est passablement vague, imprécise et fluctuante, mais elle a au moins le mérite d'exister en indiquant au juge qu'il doit y avoir des limites à la validité de principe d'une convention d'arbitrage, fondée sur la volonté des parties. La volonté des parties ne peut en aucun cas, à elle seule, suffire à valider une convention d'arbitrage²³².

L'acte uniforme dispose que la convention d'arbitrage doit être appréciée « *d'après la commune volonté des parties* », Ceci implique que la convention compromissoire doit être appréciée dans le respect du consensualisme le plus largement entendu. Alors que, la volonté à elle seule, est insuffisante pour juger de la validité d'une convention. L'acte uniforme poursuit en disposant qu'il n'est pas nécessaire de se référer à un droit étatique.

²³¹ Paris, 19 juin 1970, Hecht et Sté Buisman's, Rev. Arb. 1972, p. 67, note Fouchard, in : Hamdi Ouerghi, « *L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international* », Mémoire, Université de Montréal, 2006, p. 41.

²³² Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 90.

A cet égard, il nous paraît difficile de s'abstraire totalement des droits étatiques et de la technique conflictuelle. En conséquence, la règle de l'article 4 de l'AUA devrait être conciliée avec la technique conflictuelle. Il y a incontestablement un domaine où le principe de validité et l'éviction du raisonnement conflictuel sont appropriés: il s'agit de la licéité de la clause compromissoire. Ceci permettra d'écartez les législations que l'on peut, à juste titre, considérer comme archaïques ou qui limitent les clauses compromissoires aux seules relations commerciales.

Par contre, il nous paraît impossible de juger des autres conditions générales de validité de la convention d'arbitrage en dehors de toute référence à un droit étatique. Ainsi, l'appréciation de la validité du consentement ou de la capacité ou du pouvoir d'une personne à compromettre peut difficilement être opérée en dehors d'un système juridique national. Cela est d'autant plus vrai qu'il n'existe, en ce domaine, aucune règle matérielle propre à la convention d'arbitrage de droit international privé²³³. Qu'en est-il de la force obligatoire de la convention d'arbitrage ?

Paragraphe II : La force obligatoire de la convention d'arbitrage

La force obligatoire de la convention d'arbitrage s'apprécie à l'égard des parties à la convention d'arbitrage (**A**) et de l'arbitre et du juge étatique (**B**).

A. A l'égard des parties à la convention d'arbitrage

Par le choix de l'arbitrage, les parties décident de soustraire leurs contrats de l'influence des ordres juridiques nationaux et de leurs juridictions²³⁴. Dès lors que la convention d'arbitrage est valable, elle s'impose donc aux parties qui l'ont signée, par simple application de la règle de l'effet obligatoire des contrats, tel qu'énoncé par l'article 1134 du code civil²³⁵. Par la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties s'obligent à soumettre leurs litiges à l'arbitrage, à l'exclusion de tout autre mode de règlement de leurs différends contractuels.

²³³ Ibid.

²³⁴ Robert J., *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Dalloz, 1993, n°1. In : Blandine BAYO BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », Rev. PENANT, n°876, 2011, page 361, in : Ohadata D-12-75, p.

²³⁵ Art. 1134 du code civil 2 dispose que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Cette obligation existe également, même si l'une de ces parties est un Etat, une collectivité publique ou un établissement public²³⁶. Ces personnes ne pouvant, pour éviter l'application de la convention d'arbitrage, invoquer « leur propre droit pour l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »²³⁷. L'Etat ne peut donc plus paralyser la convention d'arbitrage à laquelle il est partie et à laquelle il a librement consenti²³⁸.

La doctrine a défini l'arbitrage comme un contrat par lequel les parties se donnent un juge qui agit après sa désignation comme un véritable magistrat ou encore comme « l'accord par lequel les parties décident de soumettre un litige qui les oppose à des arbitres ». Ce contrat prend sa source dans un autre contrat : la convention d'arbitrage, qui va fonder l'arbitrage, à défaut, il ne peut y avoir d'arbitrage. En tant que contrat, la convention d'arbitrage obéit aux règles générales qui gouvernent les contrats, notamment celle posée par 1134 du Code civil, aux termes duquel, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi », et dont on a tiré le principe de la force obligatoire des contrats.

L'acte uniforme a justement considéré que par la convention d'arbitrage, les « parties s'obligent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà »²³⁹. C'est l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage.

A ce stade, il convient de préciser que la force obligatoire de la convention d'arbitrage et la primauté de l'arbitre se déduisent clairement de la lecture de la législation OHADA. C'est ainsi que « tout tribunal d'un Etat partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande et renverra, le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent traité »²⁴⁰.

²³⁶ Cf. art. 2 de l'AUA.

²³⁷ Idem.

²³⁸ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 97.

²³⁹ Art. 3.1 de l'AUA.

²⁴⁰ Cf. Art. 23 du Traité de l'OHADA.

De même, « si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention »²⁴¹. En vertu du principe de la force obligatoire des conventions, les parties ont l'obligation de déférer aux arbitres, les litiges définis par la convention d'arbitrage. Il n'est porté atteinte à ce principe que de façon exceptionnelle, notamment lorsque la clause est manifestement nulle²⁴².

Il a été ainsi jugé que, les parties ayant donné compétence à la chambre de commerce internationale pour connaître de tout litige ou contestation pouvant provenir de l'application ou de l'interprétation du protocole d'accord et de son annexe « toute juridiction étatique saisie d'un tel litige doit se déclarer incompétente conformément aux dispositions de l'article 13 de l'AUA.

L'incompétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage nous apparaît logique en raison de la spécificité de ce type de convention. Celle-ci vise en effet à exclure le contrat de l'influence des ordres juridiques nationaux et de leurs tribunaux. Cette incompétence de la juridiction étatique pose toutefois quelques difficultés. D'une part, elle est limitée aux juridictions étatiques des Etats parties au Traité. Cela veut dire que si une telle règle n'est pas posée dans un Etat hors OHADA, l'exclusivité de la compétence du tribunal arbitral ne s'applique pas. Il faudrait alors éventuellement recourir aux conventions internationales signées par l'Etat dont relèvent les juridictions concernées. D'autre part, la déclaration d'incompétence des juridictions étatiques n'est pas automatique²⁴³.

En effet, conformément à l'article 13 al 3 AUA, « la juridiction étatique ne peut d'office relever son incompétence ». Il faut un acte positif de l'une des parties. Il pourrait arriver que l'une d'elles décide de saisir le juge étatique et que l'autre n'excipe pas de l'exception d'incompétence. Dans ce cas, c'est à bon droit que le juge rendra une décision en lieu et place de l'arbitre. Une telle abstention pouvant alors être comprise comme une renonciation tacite à l'arbitrage.

²⁴¹ Art. 13 de l'AUA et l'art. 10 RA/CCJA

²⁴² Cf. art. 13 de l'AUA.

²⁴³ Blandine BAYO BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », Rev. de l'ERSUMA, n°2, 2013. Disponible sur <https://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine-20/L-efficacite-de-la-convention-d>. (Consulté le 28/02/2021).

C'est ainsi que la CCJA a eu l'occasion d'affirmer qu'une clause d'arbitrage insérée dans le protocole d'accord constituant une défense à toute réclamation judiciaire de la prétendue créance, la juridiction étatique saisie d'un litige qui relève de la compétence d'un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage, ne peut décliner sa compétence qu'à la condition que l'une des parties lui en ait fait la demande. Pour rejeter la branche du pourvoi, la juridiction supranationale a décidé que, le « demandeur au pourvoi n'ayant pas soulevé l'incompétence de la juridiction saisie, la Cour d'Appel d'Abidjan n'a en rien violé les règles régissant la matière des conventions ».

Par ailleurs, cette obligation est renforcée par l'article 5 de l'AUA²⁴⁴ qui permet d'éviter le blocage du recours à l'arbitrage. En effet, si l'une des parties ne désigne pas d'arbitre, il le sera par le juge étatique à la demande de l'autre partie. Outre, la force obligatoire de la convention d'arbitrage à l'égard des parties, il ressort qu'elle implique à l'arbitre et au juge étatique un certain formalisme.

B. A l'égard de l'arbitre et du juge étatique

L'efficacité de la convention d'arbitrage tient de ce que cette convention est la source de ses pouvoirs juridictionnels²⁴⁵. Si l'une des parties venait à contester les pouvoirs de l'arbitre en prenant pour prétexte l'invalidité de la convention d'arbitrage, il appartiendrait à l'arbitre de statuer sur la question. En effet, l'article 11 de l'AUA énonce en effet que : « *le tribunal arbitral statue sur sa compétence, y compris sur toutes les questions relatives à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage* ». Ceci en vertu du principe de la « compétence-compétence ». Ce principe permet à l'arbitre de ne pas être soumis aux contestations et aux manœuvres des parties visant à limiter l'efficacité de la convention d'arbitrage.

S'agissant du juge étatique, l'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit par son incompétence. Au-delà du respect qu'il doit à la convention d'arbitrage, la signature d'une telle convention a surtout pour effet de le rendre incompétent pour connaître à titre principal du contentieux de la clause et du fond du litige. Lorsque les parties sont convenues de

²⁴⁴ Art. 6 al.3 de l'AUA dispose que : « En l'absence d'accord, le tribunal arbitral est complété par les arbitres désignés ou, à défaut d'accord entre ces derniers, par la juridiction compétente dans l'Etat partie. Il en est de même en cas de nomination rendue nécessaire pour cause de récusation, d'incapacité, de décès, de démission ou de révocation d'un arbitre ».

²⁴⁵ Blandine BAYO BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », Rev. de l'ERSUMA, n°2, 2013, p.4.

soumettre leurs différends à un arbitrage, il doit y avoir exclusivité de la procédure arbitrale vis-à-vis des juridictions étatiques.

C'est ainsi qu'en présence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, le juge est invité à renvoyer les parties à l'arbitrage, de façon à mettre les arbitres en mesure de statuer les premiers sur la question de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou du juge de l'exequatur.

Cette obligation, prévue par les principales conventions internationales relatives à l'arbitrage est reprise par le droit OHADA notamment dans l'article 23 du Traité et dans l'article 13 de l'AUA dont l'alinéa 1er dispose que « lorsqu'un litige, dont le tribunal arbitral est saisi 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 ».

Dans la même affaire, la Cour suprême de Côte d'Ivoire avait précédemment jugé que, viole la loi la Cour d'Appel qui retient sa compétence alors que les parties étaient convenues de soumettre tout différend ou contestation pouvant provenir de l'application ou de l'interprétation de la présente convention à une procédure d'arbitrage selon les règlements de la Chambre de Commerce internationale »²⁴⁶.

De plus, l'interdiction faite au juge de connaître du fond des litiges visés par une convention d'arbitrage semble être respectée par les juridictions des Etats parties au Traité. Ainsi, la Cour d'Appel de Ouagadougou a affirmé que « Lorsque les parties ont expressément prévu la voie de l'arbitrage pour le règlement des différends, c'est à bon droit que la juridiction étatique s'est déclarée incompétente en application de l'article 13 AUA ». De même le juge camerounais a jugé « qu'en application de l'article 13 AUA, le tribunal saisi doit se déclarer incompétent ».

La CCJA n'a fait que conforter ces différentes positions jurisprudentielles nationales lorsqu'elle a décidé, en se fondant sur les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 13 AUA que, la clause

²⁴⁶ Cour Suprême, arrêt n°230 du 12 avril 2001, Société MACACI c/ May Jean-Pierre, Ohadata J-02-170.

d'arbitrage insérée dans un protocole d'accord constitue une défense à toute réclamation judiciaire de la prétendue créance. Les atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Aux termes de l'article 13 al 1^{er} in fine AUA, lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi, le juge ne peut soulever d'office son incompétence. Il se déduit de cette disposition que le principe de l'incompétence du juge étatique n'est pas d'ordre public. Ce qui donne un caractère relatif à la primauté de l'arbitrage. Au-delà de ce que nous venons d'exposer, la compétence des tribunaux étatiques semble s'effriter face à la compétence du tribunal arbitral.

Section II : L'effritement de la compétence des tribunaux étatiques en présence de la convention d'arbitrage

L'effritement de la compétente des tribunaux étatiques se traduit par la réunion de deux circonstances (**Paragraphe I**) et le principe de l'incompétence du tribunal (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : L'arbitrabilité : la réunion de deux circonstances

L'arbitrabilité consiste à savoir si un type de différend peut ou ne peut pas être réglé par arbitrage. Pour se faire, il faut donc la réunion de deux circonstances à savoir l'arbitrabilité du litige (**A**) et la volonté de soumettre le litige à l'arbitrage (**B**).

A. L'arbitrabilité du litige

C'est par une formule limpide et lapidaire que l'article 2 de l'AUA répond à la question de l'arbitrabilité du litige. En effet, cet article dispose que : « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quel que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ».

Il est incontestable que les auteurs de l'AUA ont voulu rompre avec les exclusions du passé basées sur la non commercialité des litiges. Désormais, tout litige est susceptible d'être soumis à l'arbitrage, quel qu'en soit l'objet est-on tenté de dire. Rien, n'est aussi certain si l'on tient compte des deux exigences de l'article 2 à savoir, l'existence d'une personne physique ou morale et la libre disposition des droits soumis à l'arbitrage.

Ainsi, un mineur n'a pas la capacité de contracter une convention d'arbitrage, il en va de même pour les majeurs qui sont placés sous un régime d'incapacité. Cela étant, le droit OHADA ne réglemente ni le droit des personnes, ni les régimes matrimoniaux entre les époux de sorte qu'il y a lieu de se référer aux législations nationales²⁴⁷.

L'aptitude des personnes morales de droit privé à contracter des conventions d'arbitrage ne posent pas de difficultés. A contrario, la capacité des personnes morales de droit public peut revêtir quelques difficultés²⁴⁸.

Effectivement, l'Acte uniforme dispose que « *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* »²⁴⁹. Cette disposition est innovatrice dans le droit OHADA.

Dorénavant, les personnes morales de droit public peuvent recourir à l'arbitrage relativement à des droits dont elles peuvent librement disposer²⁵⁰. Cela étant, elles ne peuvent pas invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage.

Il en résulte que les arbitres qui sont désignés pour trancher les différends dont l'une des parties est une personne morale de droit public, devra limiter son pouvoir juridictionnel à la question des réparations dues à la personne privée.

Pour ce qui concerne, la disponibilité des droits, Patrice LEVEL, affirme qu'« un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner voire y renoncer ». En effet, la libre disposition des droits doit s'entendre non seulement de l'aptitude d'un sujet de droit à exercer ses prérogatives au regard de sa capacité juridique mais aussi du pouvoir que lui reconnaît la loi

²⁴⁷ G. DAL et F. TCHEKEMIAN., « Le droit OHADA de l'arbitrage », *DAOR*, 2014, p.167.

²⁴⁸ J-M. JACQUET., « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international », *Rev. Camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 121.

²⁴⁹ D. SOSSA., « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », *Rev. Camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 110.

²⁵⁰ ARMEL IBONO ULRICH, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve de la pratique en droit OHADA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 3 - Septembre 2013, Doctrine.

interne de disposer librement des droites dont il est incontestablement titulaire²⁵¹. Or de nombreux droits sont déclarés indisponibles ou disponibles sous condition strictes et déterminées par les législations nationales des Etats parties.

L'AUA admet toute personne physique ou morale à recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. C'est donc en vain que le représentant d'un journal oppose la nullité d'une clause compromissoire inscrite dans le contrat de partenariat le liant au demandeur, dès lors que c'est la violation des droits cédés dans ledit contrat qui est à l'origine de la saisine du tribunal et que l'action est également dirigée contre lui ès qualités. Il s'ensuit que les juridictions nationales sont incompétentes au profit de la Cour d'arbitrage, conformément à l'article 7 du contrat²⁵².

En revanche, l'article 2.1 du RA/CCJA, qui rappelle l'article 21 du traité OHADA, énonce que « *La mission de la Cour est d'administrer, conformément au présent Règlement, une procédure arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application d'une convention d'arbitrage, lui est soumis par toute partie à un contrat, soit que l'une des parties à son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats Parties, soit que le contrat est exécuté ou à exécuter, en tout ou partie, sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats Parties* ».

Il en résulte que les différends arbitrables au sens de cet article doivent être d'ordre contractuel. La notion de « différend d'ordre contractuel » ouvre un champ plus large pour les utilisateurs potentiels de l'arbitrage CCJA. En effet, cette notion permet de soumettre à l'arbitrage CCJA, les litiges tant commerciaux que civils, sauf qu'en matière civile, « on ne compromettra jamais pour sanctionner une recherche de paternité, la validité d'un mariage ou encore d'un divorce... »²⁵³.

Bien que consacrant ainsi un domaine plus large à l'arbitrabilité des litiges, le RA/CCJA reste tout de même limité par rapport à la convention de New York, dont l'article II-1 ne vise pas seulement les différends d'ordre contractuel, mais les différends résultant d'un rapport de

²⁵¹ Joseph ISSA-SAYEGH, « *Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA* », Rev. Camerounaise de l'arbitrage, 2001, p.22. (Ohadata D-02-20).

²⁵² CA Abidjan (Côte d'Ivoire), 1 ch. civ. et com., n° 585, 10-6-2005 : A. c/ Sté CI-TELECOM, Sté BATES A. G. PARTNERS, M. Z., M. G., LE BURIDA Juris-Ohada n° 2/2007, p. 29, Ohadata J-08-78).

²⁵³ Patrice LEVEL, « *L'arbitrabilité* », Rev. Arb, 1999, p.219. in : Gaston KENFACK DOUAJNI, « *l'arbitrage CCJA* », 1999, p.2.

droit « ...contractuel ou non contractuel... »²⁵⁴. Cependant, la mission de l'arbitre ne saurait voir le jour sans la volonté des parties.

B. La volonté de soumettre le litige à l'arbitrage

Les parties à un contrat peuvent prévoir que, si un différend naît entre elles, ce dernier sera tranché par le tribunal arbitral. Pour ce faire, les parties doivent prévoir une convention d'arbitrage ou une clause compromissoire.

Ceci étant dit, la convention d'arbitrage naît de la volonté des parties, par conséquent, ces dernières peuvent renoncer tacitement ou expressément à soumettre leur litige à l'arbitrage²⁵⁵. La renonciation est considérée comme étant tacite lorsqu'une clause compromissoire existe et qu'une des parties saisi le juge étatique, et que l'autre partie, ne soulève pas l'incompétence de ce dernier²⁵⁶.

Aux termes de l'article 2 alinéa 1 de l'acte uniforme « toute personne physique ou morale peut compromettre ». Ainsi, il n'existe plus aucune restriction relativement au recours à l'arbitrage. L'arbitrage est désormais ouvert à tous, d'autant qu'il ne faut pas distinguer là où le législateur ne l'a pas fait. Désormais, l'arbitrage est totalement ouvert aux Etats et aux personnes morales de droit public, qui ne peuvent plus invoquer « leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». S'agissant des sociétés commerciales, il est nécessaire d'identifier l'organe qui a le pouvoir de compromettre²⁵⁷.

En outre, l'article 121 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux GIE permet aux représentants légaux d'engager l'entreprise, sans avoir à justifier d'un pouvoir spécial. Cet article dispose qu'à l'égard des tiers, « les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent acte uniforme pour chaque type de

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ G. DAL et F. TCHEKEMIAN., « Le droit OHADA de l'arbitrage », DAOR, 2014, liv. 110, 171.

²⁵⁶ CCJA, 1^{ère} ch., arrêt n°09 du 29 juin 2006, www.ohada.com, Ohadata J07-23. 10. N. AKA., « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 93 ; Cour d'appel du Littoral, Arrêt n° 81/REF du 15 mai 2000, *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n° 12 – Janvier - Février - Mars 2001, p. 14.

²⁵⁷ Junior Mosei MBONGO, « La convention d'arbitrage », p.12-15. Disponible sur http://cno.ohada.cd/OHADARDC/7_Forumation_OHADA/Droit/79_Arbitrage/LA%20CONVENTION%20D'ARBITRAGE.pdf. (Consulté le 24/02/2021).

société, tout pouvoir pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers »²⁵⁸.

De plus, la clause emprunte au contrat principal auquel elle s'insère, sa force obligatoire. Cette fonction explique qu'une fois le litige né, une partie ne peut ni écarter unilatéralement l'effet de la clause pour soumettre le litige à une autre procédure, ni être admise à se soumettre le litige à une autre procédure, ni être admise à se soustraire à l'instance ouverte sur le fondement de cette clause²⁵⁹.

Par ailleurs, en France, la possibilité de soumettre un litige à un tribunal arbitral relève de la seule compétence des parties aux litiges qui doivent conclure une convention d'arbitrage, pouvant prendre soit la forme d'une clause compromissoire, soit d'un compromis. Les parties peuvent décider préalablement à la survenance d'un litige de soumettre tout contentieux à venir entre elles au titre de la formation, de l'exécution ou de la cessation des effets du contrat de franchise, à un tribunal arbitral²⁶⁰.

Il conviendra alors, afin d'éviter tout débat quant à la volonté de parties de recourir à l'arbitrage, de stipuler au contrat de franchise une clause compromissoire, fixant les modalités de l'arbitrage. Conformément à l'article 2061 du Code civil, les clauses compromissoires sont valables dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. De telles clauses sont donc valables entre un franchisseur et une société franchisée. En l'absence d'une clause compromissoire, les parties peuvent toujours décider de soumettre un litige déjà né à un tribunal arbitral, au moyen d'un compromis. Cette situation est rare en pratique dans les relations entre distributeurs²⁶¹. L'on pourrait de ce fait constater une certaine incompétence du tribunal étatique face à la convention d'arbitrage.

Paragraphe II : Le principe de l'incompétence du tribunal

Le principe de l'incompétence du tribunal se traduit d'abord par la déclaration de l'incompétence du tribunal (**A**) et ensuite par la vocation subsidiaire de compétence du tribunal étatique (**B**).

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Sadjo OUSMANOU, « *Comment prévoir le recours à l'arbitrage dans son contrat ?* », Rev. Camerounaise de l'arb. n°35, 2006, p.1. (Ohadata D-08-64).

²⁶⁰ Jean-Baptiste GOUACHE, « *l'arbitrage* », 2015, p.4. Disponible sur <https://www.gouache.fr/P-586-45-B1-l-arbitrage.html>. (Consulté le 24/02/2021).

²⁶¹ Ibidem.

A. De la déclaration de l'incompétence du tribunal

En principe, la clause compromissoire est mise en œuvre dès que l'instance arbitrale est en cours, c'est-à-dire, dès que les arbitres ont acceptés leur mission. En effet, un des effets de la convention d'arbitrage est de rendre les juridictions étatiques incompétentes pour trancher le différend né entre les parties.

Ceci est d'ailleurs clairement repris dans l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui dispose que « *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* »²⁶².

Par contre, si le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle²⁶³. A cet égard, il est utile de préciser que la caducité d'une clause compromissoire n'entraîne pas la nullité de celle-ci.

Eu égard à l'article 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, si une partie saisie le juge étatique, malgré l'existence d'une clause compromissoire, l'autre partie peut soulever l'incompétence du juge étatique. Il s'agit bien d'une incompétence du juge étatique et non d'une fin de non-recevoir. En effet, le juge étatique n'est pas compétent car une clause compromissoire existe entre les parties, mais ce n'est pas un défaut de pouvoir étant donné que si les parties renoncent à l'arbitrage ou si le délai d'arbitrage expire, le juge étatique retrouve sa compétence pour trancher ce litige.

En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence de sorte que c'est à une des parties au litige de soulever cette incompétence. Il est important d'envisager quand la question de savoir à quel moment la partie doit soulever l'exception de procédure, à savoir, l'incompétence du juge étatique ? Le droit commun prévoit que cette incompétence doit être soulevée avant le débat de fond, et ce, sous peine de forclusion.

Ainsi, l'incompétence du juge étatique n'est pas absolue mais est une incompétence relative. Il est important de préciser que l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à

²⁶² Art. 13 de l'AUA.

²⁶³ Idem.

ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le Tribunal arbitral est compétent.

En conclusion, le juge étatique n'est pas compétent pour juger le fond de litige lorsqu'il est en présence d'une clause compromissoire, le juge étatique n'est pas compétent, non plus, lorsque le tribunal arbitral a déjà été saisi du litige. Il est, toutefois, compétent pour rendre des mesures provisoires si le tribunal arbitral n'a pas été préalablement saisi. Il est également compétent pour trancher le fond du litige si la clause compromissoire est nulle. Enfin, le juge étatique est compétent si les parties n'ont pas soulevé son incompétence avant le débat au fond et ont renoncées à soumettre le litige au tribunal arbitral²⁶⁴.

Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques est ainsi traité différemment selon que le tribunal arbitral est ou n'est pas déjà saisi du litige. Dans le premier cas, il doit se déclarer incompétent²⁶⁵. Dans le second cas, il peut avoir, sous certaines conditions, une vocation subsidiaire à intervenir.

B. De la vocation subsidiaire de compétence du tribunal étatique

Cette affirmation découle de l'article 13 alinéa 2 de l'AUA qui dispose que : « *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* ». Que doit-on alors entendre par nullité manifeste de la convention d'arbitrage ? L'expression « nullité » est définie comme une sanction prononcée par le juge qui fait disparaître rétroactivement un acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation. La nullité se distingue ainsi de la résolution dont la cause se trouve dans l'inexécution d'une prestation dans un contrat synallagmatique.

²⁶⁴ B. Y. MEUKE., « Recours devant une juridiction étatique de l'espace OHADA et clause compromissoire : « A quel moment doit-on soulever l'incompétence de la juridiction étatique pour que la mise en œuvre de la clause compromissoire ne soit pas tardive ? », *Jurifis Info* n° 10, mars-avril 2011, p. 1 et suivantes.

²⁶⁵ Pour une application, V.T.G.I de Ouagadougou, jugement n°416/2005 du 28 Septembre 2005, aff. la société Sahel Company (SOSACO) c/ Kabore Henriette, in www.ohada.com/Ohadata J-07-114.

Pour ce qui est de la nullité manifeste, c'est celle qui « apparaît sans examen approfondi » de la convention. Pour certains auteurs, le problème de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage se situe au niveau de la non énumération expresse par l'AUA des éléments qui doivent nécessairement figurer dans une convention d'arbitrage. Or, on sait aussi que le principe pas de nullité sans texte est bien établi dans notre droit. Donc, il sera bien difficile d'établir la nullité d'une convention d'arbitrage entraînant la compétence du juge étatique.

Il nous semble qu'une esquisse de solution peut être dégagée, tout au moins pour ce qui concerne l'arbitrabilité du litige, à la lecture de certains textes en vigueur dans notre législation.

A cet effet, on s'appuie notamment sur Code civil qui énumère une liste des matières sur lesquelles on ne peut pas compromettre et dont la soumission à l'arbitrage entraînerait la nullité de la convention y relative. Et, par ricochet, la compétence du juge étatique. Il s'agit notamment des questions concernant l'état et la capacité des personnes, de celles relatives au divorce et à la séparation de corps²⁶⁶ et plus généralement toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Les parties ne peuvent, par convention, soumettre ces matières à l'arbitrage. L'intérêt d'une telle disposition est d'éviter la poursuite d'une procédure arbitrale vouée à l'échec en raison de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage. Les auteurs pensent que la notion de nullité manifeste n'étant pas définie par les textes, sa constatation devrait résulter de l'apparence de la convention, d'un simple examen extrinsèque et non de son analyse²⁶⁷.

²⁶⁶ Art. 2060 C.civ.

²⁶⁷ Pierre MEYER, commentaire de l'acte uniforme sur l'arbitrage, in J. Issa-Sayegh et alliés, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope, 2^{ème} éd., 2002, p.119.

CONCLUSION

L'analyse de l'impact des procédures collectives et de l'intervention du juge étatique a eu un effet relativement négatif sur l'arbitrage. En effet, le caractère d'ordre public des procédures collectives et l'intervention du juge étatique s'impose à l'arbitrage, donnant le sentiment que ce dernier est écrasé sous son poids et privé de son autonomie.

Ce désordre que crée les procédures collectives et l'intervention du juge étatique se caractérise, d'une part, par la prééminence des règles de procédures collectives et d'autre part, par la nécessaire immixtion du juge étatique dans la procédure arbitrale. Toutefois, s'il est vrai que les règles d'ordre public, dont sont fortement imbibées les procédures collectives et l'intervention du juge étatique, s'imposent à l'arbitrage, il n'en résulte pas pour autant une prééminence totale. Certes, l'arbitrage doit respecter les règles de procédure mais il ne s'en trouve pas pour autant anéanti. En effet, notre analyse a permis de relever que la survie de l'arbitre est assurée d'une part, par la consécration de l'arbitrage face aux procédures collectives et de l'intervention du juge et d'autre part, par l'efficacité affirmée de la convention d'arbitrage.

On pourrait le dire, la notion d'autonomie, qui est en soi difficilement justifiable, expliquerait alors tout. Elle serait à l'origine du pouvoir de l'arbitre à se prononcer sur sa propre compétence et renforcerait son pouvoir juridictionnel. Elle rend légitime l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal mais aussi par rapport à toute loi étatique. Pourtant, même si l'on admet que l'objet spécifique de la convention d'arbitrage et la volonté présumée des parties font que la clause soit séparable du contrat auquel elle se rapporte, ces deux éléments restent impuissants à justifier l'autre dimension de l'autonomie qui implique l'affranchissement de la clause arbitrale de tout mécanisme conflictuel.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. OUVRAGES GENERAUX

BOUDREAU (Martine), *Droit de l'entreprise en difficulté* Gualino éditeur, Paris, 2002, 150 p.

MARTOR (B.), PILKINGTON (N.) SELLERS (D.) et THOUVENOT (D.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, édi. Juris classeur, Paris 2004, 382 p.

NIJHOFF (Martinus), *recueil des cours : Collected courses of the hague of the Academy of international Law*, Amazon France, 2013, 300 p.

PERROT (Roger), Institutions judiciaires, 18^{ème} édition, LGDJ, 2020, 600 p.

SORMAN (Guy), *L'Economie ne ment pas*, Fayard, Paris, 2008, 334 p.

TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves), Les obligations, 10^{ème} édition, 2002, Dalloz, 346 p.

B. OUVRAGES SPECIFIQUES

AKA (Narcisse), FENEON (Alain) et TCHAKOUEA (Jean-Marc), *le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, 1ere édition, l'extenso éditions, LGDJ, 2018, 372 p.

DE FONTMICHEL (Alexandre), *Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique*, Cahiers de l'arbitrage, 2010, 407 p.

JARROSSON (C), *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1998, 407 p.

LOQUIN (E), *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies Techniques, Paris, 1982, 385 p.

MEYER (Pierre), *Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 284 p.

MEZGER (E), *l'arbitrage et l'ordre public*, RTD Com, 1948, 611 p.

Racine (J.B), L'arbitrage commercial international et l'ordre public, L.G.D.J, Paris, 2004, 130 p.

REDFERN (A), HUNTER (M), Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 8^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2009, 713 p.

Robert (J), Moreau (B), *L'arbitrage, droit intermédiaire privé*, 6^eéd. Dalloz, 1993, 478 p.

C. OUVRAGES DE METHODOLOGIE, LEXIQUES, DICTIONNAIRES

CORNU (Gérard), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 12^e édition, 2300 p.

BITSAMANA (Hilarion Alain), Dictionnaire de Droit OHADA, 229 p.

SALMON (J), Dictionnaire de droit international public, Bruylant AUF, 2001, 13 p,

GUINCHARD (Serge) ; DEBARD (Thierry), Lexique des Termes Juridiques, 25^e édition, à jour, Dalloz, Paris, 2017, 657 p.

II. ARTICLES

AGBAM Komlanvi, MOUZOU Hodabalo Bidjaréou, « L’Ethique dans l’arbitrage OHADA : Etude à la lumière du nouvel Acte Uniforme relatif au droit de l’Arbitrage et du nouveau Règlement d’Arbitrage de la CCJA », pp. 1-17. Disponible sur <http://www.ohada.com/content/newsletters/4092/Meilleur-article-étranger-Ethique-dans-l-arbitrage-OHADA.pdf>. (Consulté le 19/03/2021).

ANCEL Jean-Pierre, « L’arbitrage et la coopération du juge étatique », Penant n° 833, 2000, pp.160-171. Disponible sur <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-12-72.html>. (Consulté le 05/01/2021).

ANCEL Pascal, « Arbitrage et procédures collectives », Rev.d.Arb. 1983, at 255 et seq, pp.256-279. Disponible sur www.trans-lex.org/118600. (Consulté le 05/01/2021).

Andrew Clark et Claudia Senik, « La croissance rend-elle heureux ?, in :27 questions d’économie contemporaine », Albin Michel, Paris, 2008, pp. 1-19. Disponible sur http://www.cepremap.fr/depot/express/2008_06_19.pdf. (05/01/2021).

ARMEL IBONO Ulrich, « L’immunité d’exécution des personnes morales de droit public à l’épreuve de la pratique en droit OHADA », Revue de l’ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 3, Septembre 2013, pp. 80-94.

BAYO BYBI Blandine, « L’efficacité de la convention d’arbitrage en droit OHADA », Rev. PENANT, n°876, 2011, pp. 1-16, in : Ohadata D-12-75. Disponible sur [file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-12-75%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-12-75%20(1).pdf). (Consulté le 02/01/2021).

BEBOHI EBONGO Sylvie Yvonne, « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA », Revue Camerounaise de l'arbitrage, N°34,2006. Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/2016012714551057_17Doctrine_ohadata_d-08-63.pdf. (Consulté le 10/02/2021).

DAL G., et TCHEKEMIAN., F., « Le droit OHADA de l'arbitrage », DAOR, 2014, liv, pp. 110-171.

DELMOTTE Philippe, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », pp. 1-11. Disponibles sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/procedures_collectives_6254.html. (Consulté le 16/02/2021).

DERAINS Y., « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige », Rev. Arb., 1982, pp. 81-103.

DIALLO Bakary, « Le principe compétence-compétence en matière d'arbitrage OHADA », Rev. Jurifis info, pp. 1-18. (Ohadata D-12-04).

DIENG Amadou, « Les difficultés de constitution du Tribunal Arbitral, dans le cadre de l'arbitrage ad hoc, Ohadata D-11-55. Disponible sur file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-11-55%20(1).pdf. (Consulté le 18/02/2021).

DUPEYRE Romain, « Instance arbitrale et procédures parallèles », Revue de l'arbitrage, N°1, 2011, pp. 335-340. Disponible sur <https://www.cfa-arbitrage.com/files/CR-Atelier-18.01.2011-Rev.arb.2011.335.pdf>. (Consulté le 16/02/2021).

GAILLARD Emmanuel, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international ». Disponible sur [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007_gaillard.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf).

GATSI J., « La légitimité de la justice arbitrale », in Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel Sawadogo, Les éditions du Centre de recherche et d'études en droit et institutions judiciaires en Afrique, Cotonou, 2018, pp. 607-647.

GAUTHIER Delobbe, « L'étendue du contrôle de l'ordre public dans le cadre du recours en annulation des sentences arbitrales : étude des situations belges et françaises », LIEGE

université Library, 2020. Disponible sur
<https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/9172/4/TFE%20GAUTHIER%20DELOBBE.pdf>.
(Consulté le 10/02/2021).

Giorgini, G.-C, « Arbitrage et droit européen des faillites », Rev.Aff.Eur.,2005/2, pp. 1-34.
Disponible sur <http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2015/07/Rapport-de-recherche-CEJI-2014-2015-Anne-C%C3%A9cile-BING.pdf>. (Consulté le 08/01/2021).

GOUACHE Jean-Baptiste, « l’arbitrage », 2015, pp. 1-8. Disponible sur
<https://www.gouache.fr/P-586-45-B1-l-arbitrage.html>. (Consulté le 24/02/2021).

ISSA-SAYEGH Joseph, « Réflexions dubitatives sur le droit de l’arbitrage de l’OHADA », Rev. Camerounaise de l’arbitrage, 2001, pp. 1-22. (Ohadata D-02-20).

JACQUET Jean-Michel, « La loi applicable au fond du litige dans l’arbitrage international ». Disponible sur <https://www.ehu.eus/documents/10067636/10765866/2011-Jean-Michel-Jacquet.pdf/b25bc46d-b230-2bf5-e167-62779852da72?t=1539774248000>.
(Consulté le 21/02/2021).

JACQUET Jean-Michel, « L’aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l’arbitrage international », Rev. Camerounaise de l’arbitrage, numéro spécial, février 2010, p. 121.

JALLAMION Carine, « Arbitrage et pouvoir politique EN France DU XVIIe au XIXe siècle », revue de l’arbitrage, n°1, 2005, pp. 3-62.

KANTE Alassane, « Réflexions sur le principe de l’égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d’apurement du passif (OHADA) », pp 1-19. OHADATA D-06-47. Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/20160127143325-56_5_doctrine_ohadata_d-06-47.pdf.

KENFACK DOUAJI Gaston, « Droit de l’arbitrage OHADA », Journal of international arbitration, Volume 23, 2006, pp. 363-373.

KENFACK DOUAJNI Gaston, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l’arbitrage OHADA », pendant, numéro spécial OHADA, n° 833, Mai-août 2000.

KENFACK DOUAJNI Gaston, « la notion d'ordre public international », Disponible sur http://www.daldewolf.com/documents/document/2016012714495357_15Doctrine_ohadata_d-08-58.pdf. (Consulté le 09/02/2021).

LALIVE Pierre A., L'arbitrage international commercial, Recueil des cours, Volume II, 1967.

LALIVE Pierre A., « Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage », rassegna dell'arbitrato. Anno X VII – n°1, 1977, p. 1-19.

LEGUEVAQUES C., « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », in Gazette du Palais, 06 août 2002, n°218, p. 2. ; J-M CALENDINI, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », in Petites Affiches, 30 septembre 1998, n°117, p. 51.

LEVEL Patrice, « L'arbitrabilité », Rev. Arb, 1999, p.219.

LOCQUIN E., « L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial », Rev. Internationale de droit comparé, 1982, p.470.

LOCQUIN E., Procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables, Fasc, 1024, p 10.

MBONGO Junior Mosei, « La convention d'arbitrage », p.34. Disponible sur http://cno.ohada.cd/OHADARDC/7_Formation_OHADA/Droit/79_Arbitrage/LA%20CONVENTION%20D'ARBITRAGE.pdf. (Consulté le 24/02/2021).

MEYER Pierre, « Commentaire de l'acte uniforme sur l'arbitrage, in J. Issa-Sayegh et alliés, OHADA », Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope, 2ème éd., 2002, p.119.

MOULOUL Alhousseini, « L'arbitrage dans l'espace OHADA », Hanoï (Vietnam), 2010, pp.1-32. (Ohadata D-10-12).

N'GOUIN CLAIH Lucien Mathieu, « L'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours », Ohadata D-07-11. Disponible sur file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-07-11.pdf.

OPPETIT Bruno., « Arbitrage, Médiation et conciliation », Rev. arb. 1984.307.

OUSMANOU Sadjo, « Comment prévoir le recours à l'arbitrage dans son contrat ? », Rev. Camerounaise de l'arb. n°35, 2006, p.1. (Ohadata D-08-64).

PARA Antonio, « Pratique et expérience du CIRDI » in « Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international», op. cit. p. 45. Disponible sur http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=358,

ROBERT J., « L'arbitrage, droit interne, droit international privé », 6^{ème} édition, Dalloz, 1993, n°1.

ROZAS J.C Fernandez, « Le rôle des juridictions étatiques dans l'arbitrage commercial international ». Disponible sur http://bibliotheque.pssfp.net/livres/LE_ROLE DES_JURIDICTIONS_ ETATIQUES_DEVA NT_LARBITRAGE_COMMERCIAL_INTERNATIONAL.pdf. (Consulté le 15/02/2021).

SAWADOGO Filiga Michel, « Le droit OHADA de l'arbitrage, principes essentiels et perspectives », Ohadata D-13-02. Disponible sur <file:///C:/Users/WALKER/Downloads/D-13-02.pdf>. (Consulté le 15/02/2021).

SIDIBE Cheick Lupetu, « Convention d'arbitrage en droit OHADA ». Disponible sur <http://www.rmkassocies.org/UniFichiers/Public/Pdf/efpBs48l20170726144804.pdf>.

SINAY V-H., « La compétence exclusive », JCP G 1958, I, 1451. Disponible sur <https://www.juritavail.com/lexique/Competence.html>. (Consulté le 24/02/2021).

SOSSA D.., « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », Rev. Camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, février 2010, p. 110.

III. RAPPORTS

CRESSARD Bruno, « Etat des lieux de l'articulation entre deux fortes têtes du droit des affaires ».

JARROSSON Ch., « Réflexions sur l'imperium », in Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 245.

IV. THESES ET MEMOIRES

A. THESES

ADAMA Kofil Drissa, *L'attractivité du droit de l'arbitrage de l'OHADA*, Thèse, Université Alassane OUATTARA, 2017-2018, 409 p.

ADOUKO Bernard, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, Thèse, Université de MONTESQUIEU BORDEAUX IV, 2013, 454 p.

CHEKROUN David, *L'imperium de l'arbitre*, Thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008, 892 p.

DIAKITE Moussa, *L'arbitrage institutionnel OHADA, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique*, Thèse, Université Toulouse Capitole, 412 p.

EMARA Fehr Abd Elazim, *L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative*, Thèse, Université LAVAL, 2016, 392 p.

KOUCHANOU Balbine Léa Modukpè, *Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale*, Thèse, Université de Perpignan Via Domitia, 2019, 359 p.

MASSOSSO BENGA Cruse Hervé, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse, Université PERPIGNAN VIA DOMITIA, 2019, 354 p.

MATAGO GASSI E., *Arbitrage et sécurité des investissements directs étrangers en Afrique centrale*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2018, 363 p.

NAJIB Mohamed El Mehdi, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, Thèse, Université de BORDEAUX, 2016, 296 p.

NIANE Mamoudou, *L'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances*, Thèse, Université de BORDEAUX, 2014, 563 p.

Rubellin-Devichi J., *Essai sur la nature de l'arbitrage*, Thèse, Paris, LGDJ, 1965, 412 p.

B. MEMOIRES

ABI RACHED Nour, *Les limites du droit français à l'arbitrage international*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019, 72 p.

FIDEGNON Jacob, *Le règlement des procédures collectives par le tribunal de première instance de première classe de Cotonou*, Mémoire, Université d'ABOMEY-CALAVI, 2011, 133 p.

Hamdi Ouerghi, *L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international*, Mémoire, Université de Montréal, 2006, 102 p.

KOUASSI Fabrice Constant, *l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace ohada : une approche comparée*, Mémoire, Université DE SHERBROOKE, 2011, 163 p.

NGUEGUIM LEKEDJI Francis, *les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, Mémoire, Université Catholique d'Afrique Centrale, 2007-2008, 105 p.

ZERRIFI Mohammed, *L'arbitralibilité des litiges : selon le nouveau code de procédure civile et administrative Algérien*, Mémoire, Université d'Oran, 2010, 131 p.

III. TEXTES DE LOIS

A- Textes Internationaux

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adopté par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International le 21 juin 1985.

- Convention et Règlements du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entré en vigueur le 14 Octobre 1966.
- Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juillet 1958

B- Textes Communautaires

- Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 Modifié par le Traité de Québec adopté le 17 octobre 2008.
- Règlement n° 01/2014/CM/OHADA modifiant et complétant le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 18 avril 1996, adopté le 30 Janvier 2014.
- Règlement n° 01/2014/CM/OHADA modifiant et complétant le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 18 avril 1996, adopté le 30 Janvier 2014.
- Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, JO OHADA, paru le 15 Décembre 2017, p1-11.
- Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du

passif, JO de l'OHADA n° Spécial du 25 septembre 2015.

- Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO de l'OHADA n° spécial, paru le 04 février 2014.
- Acte Uniforme Portant Sur Le Droit Commercial Général, JO OHADA n° 23, paru le 15 février 2011, p.5-77.
- Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage, JO OHADA n° 08, paru le 15 mai 1999, p.1-6.
- Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, JO OHADA n°06, paru le 01 juillet 1998. p. 3-36.

V. JURISPRUDENCES

- CA Abidjan, arrêt n° 1032 du 30 juill. 2002, Ohadata J-03-28.
- CA d'Abidjan (Côte d'Ivoire), 1 ch. civ. et com., n° 585, 10-6-2005 : A. c/ Sté CI-TELECOM, Sté BATES A. G. PARTNERS, M. Z., M. G., LE BURIDA Juris-Ohada n° 2/2007, p. 29, Ohadata J-08-78).
- CA d'Abidjan, n° 1032, 30 Juillet 2002.
- CA de Paris du 18 novembre 2004, aff. SA Thalès Air Défense c. GIE Euromissile.
- CA de Paris du 23 mars 2006, aff. Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries BV.
- CA de Paris, 30 septembre 1993, Westman.
- CA de Pointe-Noire 4-3-2005 :COFIPA INVESTMENT BANK CONGO c/ Sté COMADIS CONGO, Ohadata J-13-73.
- Ccass Française dans l'affaire Hecht (Cass., Hecht cl Sté Buisman 's, Rev. Arb. 1974, p. 89).
- Ccass Française, Chambre civile, 21 mars 2000, aff. Verhoeft c. Moreau.
- CCJA, 1 ch., n° 020, 24-4-2008 : S. c/ 1) I, 2) K, Juris-Ohada n° 3, juill.-sept. 2008, p. 35, Rec. jur. CCJA, n° 11, janv.-juin 2008, p. 97, Ohadata J-09-46, Ohadata J-09-300.
- CCJA, 1 ch., n° 30, 29-4-2010 : Thalès Security Systems SAS c/ M O. K., Juris-Ohada, n° 3/2010, juill-sept., p. 47, Ohadata J-11-74,J-12-50.
- CCJA, 1ère ch., arrêt n°09 du 29 juin 2006, www.ohada.com, Ohadata J07-23. 10. N. AKA., « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, février 2010, p. 93 ; Cour d'appel du Littoral, Arrêt n° 81/REF du 15 mai 2000, Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 12 – Janvier - Février - Mars 2001, p. 14.

- CCJA, 24 avril 2008, n° 020/2008, Actualités juridiques, n° 63, p. 147, note F. Komoin, Ohadata J-09-300, pp. 2-3 (gras ajouté).
- CCJA, Arrêt n°103/2015 du 15 octobre 2015, Recueil de jurisprudence n° 24 juillet/Décembre 2015.
- Cour Suprême, arrêt n°230 du 12 avril 2001, Société MACACI c/ May Jean-Pierre, Ohadata J-02-170.
- TGI de OUAGADOUGOU, jugement n°416/2005 du 28 Septembre 2005, aff. la société Sahel Company (SOSACO) c/ Kabore Henriette, in www.ohada.com/Ohadata J-07-114.
- TPI de Bruxelles du 8 mars 2007, aff. Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries.

VI. WEBOGRAPHIE

http://cno.ohada.cd/OHADARDC/7_Formation_OHADA/Droit/79_Arbitrage/LA%20CONVENTION%20D'ARBITRAGE.pdf. (Consulté le 24/02/2021)

<http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-12-72.html>. (Consulté le 05/01/2021).

<http://www.ohada.com/bibliographie/auteur/399/sawadogo-filiga-michel.html>. (Consulté le 10/02/2021).

<http://www.rmkassocies.org/UniFichiers/Public/Pdf/efpBs48l20170726144804.pdf>. (Consulté le 24/02/2021).

https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf. (Consulté le 20/02/2021).

<https://www.gouache.fr/P-586-45-B1-l-arbitrage.html>. (Consulté le 24/02/2021).

<https://www.gouache.fr/P-586-45-B1-l-arbitrage.html>. (Consulté le 24/02/2021).

<https://www.juritavail.com/lexique/Competence.html>. (Consulté le 24/02/2021).

<https://www.mataf.net/fr/edu/glossaire/procedure-collective>. (Consulté le 05/04/2021).

<https://www.ohada.com/uploads/actualite/1386/memoire-reglem-proc-coll-ohada.pdf>. (Consulté le 05/04/2021).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PARTIE I : LES PROCEDURES COLLECTIVES ET L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE, FACTEURS DE DESORDRE DANS L'ARBITRAGE	10
CHAPITRE I : LA PREEMINENCE DES REGLES DE PROCEDURES COLLECTIVES	12
Section I : L'ordre public comme critère d'inarbitrabilité.....	12
Paragraphe I : Les limites personnelles à l'arbitrabilité : Inarbitrabilité subjective.....	13
A. La notion d'ordre public	13
B. La limitation de la compétence arbitrale par les règles d'ordre public	15
Paragraphe II : Les obstacles matériels à l'arbitrabilité : L'inarbitrabilité objective....	18
A. La compétence exclusive comme limite: Un principe d'exclusion de l'arbitrage	
19	
B. L'étendue de l'exclusion de l'arbitrage.....	22
Section II : L'ordre public comme tempérament au pouvoir des arbitres	24
Paragraphe I : Le principe de suspension des poursuites individuelles	24
A. La portée du principe de suspension des poursuites individuelles.....	25
B. La consécration jurisprudentielle du principe de suspension des poursuites individuelles.....	27
Paragraphe II : Le principe d'égalité des créanciers	28
A. Le caractère du principe d'égalité des créances	28
B. La conséquence du principe d'égalité des créances	30
CHAPITRE II : LA NECESSAIRE IMMIXTION DU JUGE ETATIQUE DANS LA PROCEDURE D'ARBITRAGE	33
Section I : Le rôle d'assistant du juge dans la procédure arbitrale	34
Paragraphe I : Les difficultés probables à la constitution du tribunal arbitral	34
A. Les difficultés liées à la désignation de l'arbitre.....	34
B. Les difficultés postérieures à la constitution d'un tribunal arbitral.....	36
Paragraphe II : L'exécution de la sentence arbitrale, une compétence exclusive du juge étatique	39
A. Le prononcé des mesures provisoires et conservatoires par le juge étatique	40
B. Le juge étatique, apporteur de l'imperium à la justice privée	43
Section II : Le rôle de contrôleur du juge étatique dans la procédure arbitrale	46
Paragraphe I : Le juge sanctionnateur dans la procédure arbitrale.....	47

A.	L'arbitre exclu du recours en annulation.....	47
B.	L'arbitre exclu de l'exequatur	49
	Paragraphe II : L'étendue du contrôle du juge étatique	52
A.	Selon le courant dit « minimalist ».....	53
B.	Selon le courant dit « maximaliste »	55
PARTIE II: LA SURVIE DE L'ARBITRAGE FACE AUX PROCEDURES COLLECTIVES ET A L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE	58	
	CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE L'ARBITRAGE FACE AUX PROCEDURES COLLECTIVES ET A L'INTERVENTION DU JUGE ETATIQUE.....	60
	Section I : L'affirmation de la compétence de l'arbitre	61
	Paragraphe I : La compétence du tribunal arbitral : Le principe de compétence-compétence.....	61
A.	Le principe de compétence-compétence : Selon l'AUA	61
B.	Le principe de compétence-compétence : Selon la CCJA	64
	Paragraphe II : La compétence de l'arbitre dans la détermination de la loi applicable	66
A.	L'amiable composition : L'arbitre comme l'amiable compositeur.....	66
B.	La détermination du droit matériel applicable par l'arbitre	69
	Section II : L'autonomie de l'arbitre dans la conduite de la procédure	75
	Paragraphe I : Une liberté d'organisation et conduite de l'instance arbitrale	75
A.	Une liberté d'organisation	75
B.	Une liberté dans la conduite de la procédure	77
	Paragraphe II : Une liberté d'exécution provisoire de la sentence.....	79
A.	L'administration des mesures provisoires et conservatoires par l'arbitre	79
B.	Le dessaisissement du juge sur la prorogation du délai d'arbitrage et les autres mesures	81
	CHAPITRE II : L'EFFICACITE AFFIRMEE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE .	84
	Section I : L'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage	85
	Paragraphe I : Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage	85
A.	L'autonomie matérielle	85
B.	L'autonomie juridique.....	89
	Paragraphe II : La force obligatoire de la convention d'arbitrage	92
A.	A l'égard des parties à la convention d'arbitrage.....	92
B.	A l'égard de l'arbitre et du juge étatique.....	95

Section II : L'effritement de la compétence des tribunaux étatiques en présence de la convention d'arbitrage	97
Paragraphe I : L'arbitrabilité : la réunion de deux circonstances.....	97
A. L'arbitrabilité du litige	97
B. La volonté de soumettre le litige à l'arbitrage.....	100
Paragraphe II : Le principe de l'incompétence du tribunal	101
A. De la déclaration de l'incompétence du tribunal.....	102
B. De la vocation subsidiaire de compétence du tribunal étatique	103
CONCLUSION.....	105
BIBLIOGRAPHIE	107

RESUME :

Si l'on définit l'arbitrage simplement comme un mode de règlement des différends administré par les particuliers non investis de leur mission par l'Etat. Il n'en demeure pas moins que ce mode de règlement des différends ne saurait évoluer seul. C'est ainsi que l'ordre public des procédures collectives et l'intervention du juge étatique impact tant l'arbitrage.

Il a paru important de jauger leur impact sur l'arbitrage. L'analyse effectuée à travers une méthode exégétique des textes communautaires et internationaux a permis de constater que les procédures collectives et l'intervention du juge étatique sont facteurs de désordre dans l'arbitrage.

Toutefois, il convient de relever une certaine survie de l'arbitrage face aux procédures collectives et à l'intervention du juge étatique.

MOTS-CLES :

OHADA – Arbitrage – Procédures collectives – Juge étatique – Désordre – Survie.