



LIBRES PROPOS SUR LA VOLONTE DES PARTIES DANS L'ARBITRAGE OHADA

Par

WAHAM MAYEGLE Joseph Laurent

Enseignant-chercheur au Département de Droit des affaires et de l'entreprise de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang (Cameroun)

Charge de Cours

Email :josephwaham@gmail.com

RESUME

L'arbitrage est une réalité en Afrique depuis longtemps déjà. C'est avec l'avènement de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires que ce domaine a pu avoir un dispositif bien structuré. Etant un mode alternatif de règlement des différends, l'arbitrage a pour fondement prépondérant la volonté des parties qui y font recours. Il s'est donc posé en filigrane la question de la portée de la volonté des parties à l'arbitrage OHADA. Le constat est que tout comme en matière contractuelle, elle est un élément indispensable à l'efficacité de ce mode de résolution des litiges. C'est la raison pour laquelle sa portée est traduite par une prémisse avérée, et un recul tout de même constaté.

Mots-clés : volonté – parties – arbitrage - OHADA



INTRODUCTION

De tout temps, l'homme est appelé à coexister avec ses semblables. C'est sans doute par le *Contrat social* que l'on perçoit mieux la nécessité de restaurer la liberté et l'égalité perdues, radicalement différentes de celle de l'état de nature, puisque cette liberté d'indépendance totale est compatible avec l'état social existant¹. L'ordre social se fonde sur un droit non pas naturel, mais repose sur des assises conventionnelles ; son origine est strictement humaine². Il est donc nécessaire, voire impérieux, de s'appuyer sur une conception sociale selon laquelle, les différents acteurs sociaux, soient tenus par un faisceau de liens assis sur un contrat ; le contrat lui-même étant une idée normative qui énonce le droit. Ce droit qui suppose la présence d'autrui, n'a pas son siège dans le for intérieur, mais dans les rapports sociaux dont il émane et qu'il organise ; c'est d'ailleurs là la justification même de l'adage *Ubi societas ibi jus*³. Le droit⁴ occupe ainsi une place centrale au sein de la société, car il assure la paix et la justice sociales qui sont souvent obtenues par d'autres procédés et sous d'autres contraintes.

Ainsi, il ne serait pas saugrenu de concevoir une justice en marge des tribunaux. Seulement, ce qu'il importe de relever c'est que celle-ci se déploie selon des mécanismes bien précis, lesquels sont souvent l'émanation de la volonté des uns et des autres à s'y soumettre. En effet, par le biais d'un contrat qui est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes, s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose⁵, il peut arriver que des cocontractants décident qu'en cas de survenance d'un différend les opposant, ils auraient en option une justice autre que la justice étatique. Il est donc clairement admis que de façon conventionnelle il est possible de concevoir une justice qui serait à même sinon de régler toute contestation - à naître ou née - de l'exécution ou de l'inexécution du contrat, du moins d'assurer les mêmes fonctions qu'une juridiction étatique c'est-à-dire l'ordre,

¹ DU BORD (C.H), *La philosophie tout simplement !*, Ed Eyrolles, 2007, p 331

² Rappelons que parmi les philosophes du contrat social, nous retrouvons Thomas Hobbes, John Locke et Jean-Jacques Rousseau. Hobbes est le premier à avoir élaboré une conception du contrat social, mais c'est Rousseau qui lui a donné sa forme la plus complète. Chez Hobbes comme chez Rousseau, le contrat social est une association entre les hommes afin de se donner des lois, créer la société et ainsi sortir de l'état de nature. L'état social est le résultat d'un accord entre les volontés des hommes.

³ Qui signifie « là où il y a société, il y a droit »

⁴ Nous ne reviendrons pas sur les prémisses de la conception du droit, mais à titre de rappel, le Droit avec un « D » majuscule renvoie à ce que l'on appelle le Droit subjectif, par opposition aux droits subjectifs avec un « d » minuscule. Le Droit objectif vise le système juridique dans son ensemble, tandis qu'un droit subjectif est une prérogative individuelle accordée aux personnes par le Droit. Lire à cet effet FABRE-MAGNAN (M), *Introduction générale au droit – Droit des personnes Méthodologie juridique*, PUF, 2013, p 13 ; JESTAZ (P), *Le droit*, Dalloz, 10^e éd, 2018, p 1 ;

⁵ Selon les termes de l'art 1101 du Code civil



l'égalité, la justice et le bien commun⁶. Cela conduirait inéluctablement à l'admission d'une justice privée, laquelle a pour socle la volonté des parties.

D'un point de vue philosophique, la volonté est considérée comme étant la faculté de vouloir. Au sens juridique par contre elle renvoie au fait de vouloir, à travers un acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique, qui comprend un élément psychologique et un élément d'extériorisation⁷. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, cette dernière est créatrice d'obligations. L'idée d'autonomie de la volonté conduisant à ce que chacun puisse contracter avec la personne de son choix des obligations qu'il souhaite. Il est donc nécessaire que cette volonté soit consciente c'est-à-dire dépourvue de tout vice, et même si de façon générale elle n'est soumise à aucun formalisme⁸, il est cependant admis que dans certains cas, pour être valable, qu'elle fasse l'objet d'un écrit⁹. Toutefois, l'autonomie de la volonté dans certaines expressions désigne non la volonté individuelle d'une personne – physique ou morale – mais le vouloir collectif prêté à un groupe¹⁰. Dans le cadre de cette réflexion, nous nous limiterons à la conception individuelle de la volonté. Ainsi, la volonté des parties¹¹ à un contrat sera appréhendée ici dans son approche civiliste. Les actes juridiques étant des manifestations de volonté, cette approche a le mérite de mettre en avant le rôle de la volonté en droit commun processuel¹² en général, et en droit de l'arbitrage en particulier.

Ce qu'il faut relever c'est que, l'arbitrage n'a pas de définition légale, c'est donc à la doctrine qu'il est revenu de proposer un certain nombre de définitions. Etant d'entrée de jeu une notion revêtant une nature duale, à la fois juridictionnelle et contractuelle¹³, tout en

⁶ CAYROL (N), *Procédure civile*, Dalloz, 4^e éd, 2022, p 36

⁷ COMTE-SPONVILLE (A), *Dictionnaire philosophique*, PUF, 4^e éd, 2008, p 32

⁸ DIONISI-PYRESSE (A), *Droit civil les obligations tome 2*, éd du CNFPT, 2008, p 32

⁹ L'art 3-1 al 4 AUA dispose que « *la convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant* ».

¹⁰ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e édition mise à jour, 2018, p 2277

¹¹ Une partie au contrat désigne toute personne liée par l'accord, qu'elle soit présente ou représentée. Il peut s'agir d'une personne physique ou morale, privée ou publique, qui participe à un acte juridique, à une convention, par opposition aux tiers. En matière processuelle, on parlera de la partie litigante ; personne physique ou morale engagée dans un procès ; c'est-à-dire toute personne qui est dans l'instance, soit comme demandeur, soit comme défendeur, soit comme intervenant, y compris le ministère public. En d'autres termes, il s'agit de la personne physique ou morale, privée ou publique, engagée dans une instance en justice ; dont l'acquisition de la qualité de partie se réalise par le soutien d'une prétention, mais, exceptionnellement, la loi l'attribue à une personne indépendamment de ce soutien. v. GUINCHARD (S) et DEBARD (T) (dir), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e éd, 2017, p 1382 ; CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, *op cit*, p1572

¹²CAYROL (N), *Procédure civile*, *op cit*, p 36

¹³ BAYO BYBI (B), « *L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA* », *Cahiers Juridiques et Politiques*, 2012, p 155. Pour cette auteure, l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des litiges en ce sens que, la procédure d'arbitrage met fin au litige et la sentence rendue par les arbitres est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Par ailleurs, l'arbitrage a un fondement essentiellement contractuel parce qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage.



soulignant la forte prédominance de la volonté des parties dans la procédure arbitrale¹⁴ ; une doctrine avisée¹⁵ l'a défini comme étant l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être rendus par des individus, revêtus pour la circonstance, de la mission de juger. Pour Monsieur Jarrosson, l'arbitrage est 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. L'arbitrage est donc une procédure de règlement des litiges par une personne privée, dite arbitre, investie par les parties du pouvoir de juger. Son utilisation est très fréquente pour le règlement des litiges nés des contrats internationaux [et même nationaux]¹⁷ complexes. Un grand avantage de ce mode, si un accord est trouvé, est que son exécution se déroule sans problème dans la quasi-totalité des cas, car il résulte de la volonté commune des parties¹⁸. Il apparaît donc clair que l'arbitrage est le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention¹⁹, laquelle aboutit à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cette décision étant acquise par l'intervention d'un ou de plusieurs particuliers auxquels la volonté commune des parties donne le pouvoir de trancher le litige²⁰. Les textes qui régissent l'arbitrage dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires²¹ sont : le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008²², l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage²³ adopté le 11 mars 1999 et révisé le 23 novembre 2017 à Conakry , le Règlement de l'arbitrage de la Cour commune de justice

¹⁴ Ce qui voudrait dire en d'autres termes que l'arbitrage est considéré comme une forme de justice contractuelle qui a pour fondement la volonté des contractants. Lire utilement à ce sujet ANCEL (J.P), « L'arbitrage et la coopération du juge étatique », *Penant* n°833, mai 2000, p 171

¹⁵ ROBERT (J) et MOREAU (B), *L'arbitrage, droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd, 1987, n°1

¹⁶ JARROSSON (Ch), *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p 372

¹⁷ Cet élément est ajouté par nous dans cette définition

¹⁸ PIERRAT (E) (dir), *Dictionnaire du monde judiciaire*, Ed. Bouquins, Paris 2022, p 847

¹⁹ MOTULSKY (H), *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974

²⁰ HEUTGEN (Y) cité par POUDRET (J.F) et BESSON (S), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p 1

²¹ Dite OHADA, il s'agit d'une organisation composée de nos jours de dix-sept (17) Etats membres dont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République Centrafricaine, la République Fédérale Islamique des Comores, le Congo, la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Guinée-Bissau, la Guinée Conakry, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, et la République Démocratique du Congo. Elle a vu le jour suite à la signature à Port-Louis le 17 octobre 1993, du Traité fondateur, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008

²² Spécifiquement le préambule, les articles 1er et 21 à 26

²³ L'Acte uniforme a pour objectif de donner aux parties toutes garanties d'efficacité dans le règlement de leurs litiges, en affirmant l'autonomie de la convention d'arbitrage (art. 4), en réitérant le principe du contradictoire (art. 14) et en consacrant les pouvoirs de l'arbitre, seul juge du fond, mais également en prévoyant l'intervention du juge de l'ordre judiciaire, essentiellement pour la désignation des arbitres si nécessaire et au niveau du contrôle de la sentence arbitrale.



et d'arbitrage (C.C.J.A) adopté à Conakry le 23 novembre 2017 et la décision (N°4/99) de cette Cour relative aux frais d'arbitrage, et au Cameroun la loi N°2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine.

Le recours à la justice arbitrale est subordonné au consentement des parties. Ce mode de règlement des différends qui se présente comme une alternative à la justice étatique, mérite avant tout que l'on y apporte quelques précisions. En effet, la volonté des litigants est la base du recours à la justice arbitrale ; car, l'arbitrage repose sur la volonté des parties, qui pour le règlement de leurs litiges recourent à ce mode justice privée²⁴. Il convient toutefois de rappeler que ce mode de règlement de litiges est subordonné à un certain contrôle des tribunaux, tout en jouissant d'un statut fragile qui l'empêche de menacer l'intégrité de la loi et de rivaliser avec la justice étatique.²⁵ Ainsi, on sera amené logiquement à penser que la volonté des parties ne peut en aucun cas à elle seule, suffire à valider la convention d'arbitrage. C'est dans ce sens qu'il a été admis que : « *un acte peut être en principe valable, il n'est valable que s'il remplit les conditions de fond et de forme posées par une norme logiquement première par cet acte* ». Pour dire en d'autres termes qu'une convention d'arbitrage ne serait véritablement valable que si elle n'est pas contraire à la loi qui l'a institué²⁶, et donc la volonté des parties à l'arbitrage ne devrait pas déroger aux textes régissant la matière.

L'expression de cette volonté peut avoir deux effets, qui sont à la fois positif et négatif.

Négativement, on dira que par la volonté des parties à un contrat, celles-ci décident à travers la convention d'arbitrage de soustraire le litige qui les opposera à la connaissance d'une juridiction étatique pour le remettre à une personne privée qui sera chargée de juger l'affaire. Positivement, il s'agira pour les parties au contrat non seulement de choisir la loi qui leur sera applicable ; mais aussi et surtout d'aménager au mieux les conditions dans lesquelles le différend qui les oppose sera résolu. Il va de soi que la prégnance de la volonté de celles-ci dans la résolution du litige ne pourra qu'être salutaire du fait de l'accointance des différentes règles

²⁴ La justice privée visée ici, est celle rendue par de simples particuliers investis, pour la circonstance, de la mission de juger. Elle ne se confond pas à la faculté de se faire justice à soi-même, interdite en droit interne, mais tout de même reçue en droit international sous certaines conditions. V. ALLAND (D), *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contremesures en droit international public*, préf. de DUPUY(P.-M), Pédone, Paris, 1992, p 8

²⁵ COLSON (R), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, préf. de CADDET (L), Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont Ferrand, 2006, p 113

²⁶ Cette position est similaire aux dispositions de l'article 6 du Code civil qui dispose que : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »



avec les parties au litige, aussi avec l'arbitre désigné par leur soin en toute confiance. Il peut même arriver que, en cas de pluralité d'arbitres, chacune des parties désigne un arbitre, à charge pour les arbitres désignés de se choisir un président. Toutefois, il n'est pas exclu que du fait du silence des parties, ou même en cas de mésentente, la faculté de choix d'un arbitre par les parties se trouve évincée au profit du choix fait par le juge étatique, qui devra dans certains cas désigner un arbitre en vue de statuer sur l'instance arbitrale.

La présente étude a un intérêt des plus certains qui s'envisage sous une forme dichotomique. Ainsi d'une part, du point de vue théorique, il importe de relever fort opportunément le fait que l'arbitrage étant le terreau par excellence de la volonté des parties, il existe un réel rapport de droit entre ces deux éléments qui sont indissociables l'un de l'autre. Par ailleurs et d'autre part du point de vue pratique, force est de constater que les parties à l'arbitrage semblent parfois ne même pas être conscientes de l'arme dont elles disposent dans la mise en place des différents rapports découlant des conventions auxquelles elles ont souscrites. Cependant, il est évident que nous portons la réflexion sur un sujet à la fois très étudié, mais toujours aussi énigmatique ; ainsi, force est d'en dégager le problème de la portée de la volonté des parties à l'arbitrage OHADA au regard des principes régissant cette matière. L'on en vient donc à se demander quel est l'impact de la volonté des parties dans l'arbitrage OHADA ?

Une condition essentielle de l'hypothèse c'est qu'elle est aussi probable que possible. Ainsi, le processus de l'arbitrage étant fondé sur l'existence d'une convention des parties sans laquelle l'arbitrage ne peut être mis en œuvre du fait de son importance, il n'est néanmoins pas exclu que les parties voient leur volonté mise à mal durant l'instance arbitrale. La volonté des parties étant un élément fondamental en matière d'arbitrage. Tout comme en matière contractuelle, elle est un élément indispensable à l'efficacité de ce mode de résolution des litiges. A la différence que dans ce régime particulier qu'est l'arbitrage, il convient de noter qu'à un moment donné, pour des raisons voulues ou non, cette condition qui au départ semblait très indispensable en vienne à perdre de son efficacité.

Cette réflexion sera donc circonscrite au droit de l'arbitrage OHADA, c'est-à-dire celui découlant du Traité fondateur²⁷ d'une part, tout en précisant qu'il ne sera question ici de

²⁷ Dès le préambule du Traité, on trouve une référence à l'arbitrage : les hautes parties contractantes se disent « *Désireu[ses] de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels* ». Désir qui se retrouve immédiatement à l'article premier du Traité qui fait de l'arbitrage un outil privilégié pour atteindre l'objectif d'harmonisation du Traité en ces termes : « *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* »



s'intéresser qu'à la convention d'arbitrage²⁸ ; mais aussi des textes dérivés que sont l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage ; et de façon incidente, et ce au niveau national, la loi N°2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine. Par ailleurs, on pourrait aussi faire allusion aux Règlements des différents centres d'arbitrage existant dans l'espace que couvre l'OHADA. Pour y venir à bout, il est de bon ton que l'étude soit articulée d'une part, autour de la prégnance avérée de la volonté des parties (I) ; et d'autre part il sera question de relever le recul constaté de la volonté des parties dans l'arbitrage OHADA (II).

I- La prégnance avérée de la volonté des parties dans l'arbitrage OHADA

L'attribution du pouvoir de juger aux particuliers se fait par une convention d'arbitrage²⁹. La légitimité de la justice arbitrale repose sur la volonté des parties. Dès lors, les parties qui entendent soumettre leur différend à l'arbitrage doivent obligatoirement conclure des conventions³⁰. La volonté des litigants constitue donc la base du recours à la justice arbitrale, laquelle se traduit par une convention d'arbitrage³¹ qui peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage³². Cependant, 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 étatique³³. Ainsi, l'exigence de la volonté des parties comme condition d'existence de l'arbitrage OHADA justifie le bien-fondé de la volonté des parties dans le choix du type d'arbitrage (A), mais aussi l'avantage de la souplesse qu'offre l'arbitrage (B).

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 ».

²⁸ Nous justifions notre choix par le fait que les instruments relatifs aux investissements auxquels fait référence l'article 3 de l'Acte uniforme (code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements) réduisent considérablement la volonté des parties en ce sens que ce type d'arbitrage est notamment exempt d'un accord préalable des parties de recourir à l'arbitrage.

²⁹ En dépit de ses rapprochements avec la justice étatique, la justice arbitrale ne peut se confondre à cette dernière, elle reste et demeure singulière.

³⁰ Elle a entre autres une essence contractuelle, brille par sa confidentialité, l'absence de for, absence de jurisprudence, absence d'impérium, etc, lire L. GOUIFFES, P. GIRARD, P. TAIVALKOSKI et G. MECARELLI, *Recherches sur l'arbitrage en droit international et comparé*, Mémoires de DEA de droit international privé et du commerce international, Université Panthéon Assas (Paris II), LGDJ, EJA, pp. 9-24 et pp. 47-50

³¹ Art 3 AUA

³² L'art 3-1 AUA dispose que « *la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par la voie de l'arbitrage* »

³³ Art 4 al 3 AUA



A- Le bien-fondé de la volonté des parties à l'arbitrage

La convention d'arbitrage est soumise aux conditions de formation classiques traditionnellement posées à l'égard de tout contrat. L'accord des volontés est la base de la justice arbitrale. Il permet à travers la convention d'arbitrage, l'attribution du pouvoir de juger aux particuliers³⁴. L'OHADA reconnaît deux types d'arbitrages : d'une part l'arbitrage institutionnel qui relève du Règlement d'arbitrage de la CCJA³⁵ ; et d'autre part l'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, encore appelé arbitrage *ad hoc*³⁶. Il en ressort donc que l'arbitrage a un support dualiste.

Malgré l'importance accordée à l'arbitrage, il convient de souligner que le Traité OHADA ne précise pas le sens de cette notion. C'est la doctrine qui s'attèle à lui attribuer une définition. Ainsi, il a été défini comme une convention par laquelle les parties soumettent leur différend au jugement des particuliers qu'elles choisissent³⁷ ; ou encore comme une institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci³⁸. Il est constant que l'Acte uniforme organise essentiellement l'arbitrage *ad hoc*, même s'il fait référence à l'arbitrage institutionnel. Ce texte considéré dans l'OHADA comme étant le socle de l'arbitrage de droit commun, par opposition à l'arbitrage spécifique de la CCJA, l'Acte uniforme s'est fortement inspiré du droit français de l'arbitrage et en adopte la philosophie libérale. De ce fait, il organise les règles de l'arbitrage ad hoc en consacrant la primauté de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral et dans l'organisation de la procédure arbitrale. Quoiqu'il en soit, essentiellement conçu pour l'arbitrage ad hoc, l'Acte uniforme comporte également des dispositions relatives à l'arbitrage institutionnel³⁹.

La volonté contractuelle des parties à l'arbitrage ne fait plus aucun doute. L'article 4 al 1 de l'Acte uniforme en précisant que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal* », met l'accent sur le rapport de la volonté des parties avec l'arbitrage, en érigéant le

³⁴ L'absence de consentement de l'une des parties emporte inexistance de la convention d'arbitrage et la sentence rendue dans ces conditions pourra faire l'objet d'un recours en annulation. v. TSAFACK DJOUMESSI (C. C), *La justice arbitrale dans l'espace OHADA*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2019, p 191

³⁵ Dit RACCJA

³⁶ La distinction entre l'arbitrage ordinaire et l'arbitrage d'investissement n'est plus aisée à établir depuis la réforme de l'AUA et du Règlement d'arbitrage de la CCJA intervenue le 23 novembre 2017 à Conakry

³⁷ FOUCHEARD (P), *L'arbitrage commercial international*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, 1965, n° 11

³⁸ JARROSSON (Ch), *op cit*, n°785

³⁹ POUGOUE (P.-G) & al, « Actes uniformes », in POUGOUE (P.-G) (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, Ed. Lamy, 2001, p 77



principe de l'autonomie de la volonté ici comme étant un référentiel infaillible à la conduite de l'arbitrage. En effet, le législateur poursuit en disant 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 au droit étatique* »⁴⁰. En effet, tout litige d'ordre contractuel est susceptible d'être tranché par voie d'arbitrage, à condition que les parties aient convenu de recourir à cette forme de justice⁴¹. Cela peut être fait soit par l'insertion d'une clause compromissoire, soit par un compromis d'arbitrage. D'une certaine manière, le choix de l'arbitrage constitue une technique de management des contrats avant d'être une modalité de règlement des litiges⁴².

A l'étape de la constitution du tribunal arbitral, le législateur laisse une large marge de manœuvre à la volonté des parties, confinant la loi à un rôle essentiellement supplétif. Les parties pourraient exercer de façon indirecte leur liberté dans la constitution du tribunal arbitral en renvoyant, pour ce faire, à une loi ou à un règlement d'arbitrage. Elles pourraient aussi, directement, faire apparaître leurs choix dans la convention d'arbitrage⁴³. En effet, on peut dire que le tribunal arbitral tient son pouvoir juridictionnel de la convention d'arbitrage entre les parties. La volonté individuelle étant donc au cœur de la justice arbitrale, fonde l'essentiel des règles de droit de l'arbitrage. Cependant, on ne saurait pour autant ignorer la tendance au renforcement de l'éthique de l'arbitrage, à travers des exigences renouvelées d'indépendance, de neutralité et d'impartialité. La volonté apparaît ainsi comme le fondement des obligations des parties à la convention d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage repose sur le consentement des parties qui conviennent, initialement ou après la naissance du différend qui les oppose, que celui-ci sera tranché par la voie de l'arbitrage⁴⁴.

En matière d'arbitrage, il y a lieu de constater que les parties peuvent continuer de mener la danse durant l'instance arbitrale. Ceci pourrait dans une certaine mesure constituer une dérogation aux principes généraux du droit processuel. Par exemple, si l'on s'en tient au

⁴⁰ Art 4 al 2 AUA

⁴¹ Dans le souci du développement de la justice arbitrale et du libéralisme économique, le principe de l'autonomie de la volonté a été très tôt consacré en matière d'arbitrage. V. SADJO (O) et SOSSA (D), « Arbitrabilité », in POUGOUE (P.-G) (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, Ed. Lamy, 2001, p 229

⁴² SADJO (O) et SOSSA (D), *idem*, p 234

⁴³ TCHAKOUE (J.-M), « Arbitrage selon l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », in POUGOUE (P.-G) (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, Ed. Lamy, 2001, p 229

⁴⁴ MODI KOKO BEBEY (H.D), « Le droit de l'arbitrage entre culte exacerbé de la volonté et le rôle trouble du juge étatique : l'impératif de cohérence », in *Ecrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe DELEBECQUE*, Dalloz, 2024, p 689. Pour cet auteur, au-delà des conséquences tirées du droit commun des obligations conventionnelles, l'efficacité de la convention d'arbitrage est renforcée par deux principes majeurs, à savoir : l'autonomie de la convention d'arbitrage et le principe compétence-compétence



principe de l'immutabilité du litige, qui signifie que lorsqu'une instance est engagée, on ne doit en modifier ni le cadre, ni les éléments, il y a lieu de relever que cette exigence ne s'applique pas à l'arbitre et aux parties. Ainsi, si l'arbitre est en principe tenu de respecter le cadre de l'instance tel que tracé par les parties, celles-ci pourraient en revanche parfois opter pour la modification des éléments du litige, à travers des demandes nouvelles additionnelles ou reconventionnelles.

S'il est vrai que l'arbitre ne peut se saisir lui-même comme le fait juge dans certains cas spécifiques et sous certaines conditions⁴⁵; il est aussi de principe que les parties à un procès arbitral ont la latitude de continuer d'exprimer leur volonté sur le bon déroulement de l'instance alors même que celle-ci est en cours.

Il convient de noter que les parties peuvent décider de mettre un terme à la procédure arbitrale par désistement ou par acquiescement à la demande⁴⁶. Par ailleurs, la procédure peut aussi prendre fin par le mécanisme de transaction, avec pour particularité que les parties peuvent inviter l'arbitre à constater leur accord par une sentence arbitrale. Cette solution est d'ailleurs reconnue expressément par les arbitrages institutionnels⁴⁷. On comprend dès lors que l'instance arbitrale prendra fin de commun accord des parties, par une sentence d'accord parties. Il faut noter qu'ici, ce n'est pas l'arbitre qui sanctionne les parties, celles-ci pouvant tout simplement s'entendre pour sceller leur décision pour le dénouement de l'arbitrage dans un consentement. Cet accord des parties à mettre fin à l'arbitrage sera ainsi entériné par l'arbitre, et prendra la forme d'une sentence rendue en bonne et due forme.

S'il est admis le bien-fondé de la volonté des parties à l'arbitrage, cette prérogative qui leur est reconnue d'exprimer leur volonté est davantage alimentée par la souplesse dont elle fait preuve.

⁴⁵ Conformément au principe du dispositif qui laisse la latitude au juge dans certains cas de s'auto saisir. L'auto-saisine n'étant qu'un voie d'activation du droit subjectif d'action parmi d'autres, il convient de souligner que le droit de s'auto-saisir reconnu au juge est une exception au principe « nul ne peut être juge et partie ». Cependant, il peut arriver des cas où la loi reconnaît la faculté de s'auto-saisir au juge, notamment lorsqu'il s'agit de défendre l'intérêt général. FRISON-ROCHE (M.-A), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », D.2013, Chr. p 29

⁴⁶ Cela ressort clairement de l'art 16 AUA

⁴⁷ A ce titre, l'art 27 du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM dit à cet effet que si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander au tribunal arbitral que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties. V. aussi les règlements d'arbitrage de la CACI (art 28), et du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD (art 39). Toujours est-il que l'intérêt des sentences d'accord parties est de disposer des facilités d'exécution des sentences arbitrales ordinaires.



B- L'affirmation de la volonté des parties comme condition au recours à l'arbitrage

L'arbitrage est envisagé dès l'origine comme une solution alternative au mode de résolution judiciaire du litige, comme une preuve supplémentaire qu'il est entré dans les mœurs, et même dans toutes les mœurs, quelle que soit la matière concernée. L'immensité du champ d'intervention désormais de l'arbitrage qui a pour objet d'aboutir à une sentence permet qu'elle soit exécutée même à l'encontre des Etats, à certaines conditions, montre à la fois la solidité du procédé et sa cohérence⁴⁸.

Les atouts de l'arbitrage sont nombreux et régulièrement invoqués, afin de promouvoir davantage ce mode de résolution des différends. On cite notamment, en plus de la célérité et de la confidentialité de la procédure d'arbitrage ; la souplesse qui la caractérise et le professionnalisme des arbitres. Parlant du professionnalisme, il est en rapport avec les arbitres choisis par les parties qui auront à connaître du litige. La souplesse de l'arbitrage quant à elle, s'illustre par le pouvoir dont jouissent les parties dans la détermination de la matière litigieuse, la définition de la mission confiée à l'arbitre ainsi que le choix du droit applicable au fond et/ou à la procédure⁴⁹.

La détermination de la matière litigieuse. Aux termes de l'article 2 AUA « *toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* ». On comprend dès lors que les parties à un contrat pouvant être soumis à l'arbitrage ne peuvent compromettre que sur des droits dont elles ont la libre disposition. Le premier constat effectué est que le législateur OHADA n'a pas défini clairement ce que l'on devrait entendre par droits dont on ne peut disposer ; cette définition ne pourra donc que dépendre de la loi nationale applicable, mais on peut supposer qu'il s'agira en général de droits relatifs au statut personnel.

Au plan du droit commun des contrats, les droits disponibles renvoient aux droits qui sont dans le commerce juridique et, donc, susceptibles de faire l'objet de convention. Cette disposition est aussi présente à l'article 1128 du Code civil. Au plan processuel, le droit disponible peut être considéré comme un droit dont la consécration peut être soustraite de la compétence du juge étatique au profit de l'arbitrage, justice conventionnelle. En pratique, il peut exister des cas de droits contractuellement disponibles mais qui, au plan processuel, sont exclus du champ de l'arbitrabilité⁵⁰.

⁴⁸ CLAY (T), « La codification de l'arbitrage hors le Code de procédure civile », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe DELEBECQUE*, Dalloz, 2024, p 383

⁴⁹ MODI KOKO BEBEY (H.D), *op cit*, p 695.

⁵⁰ SADJO (O) et SOSSA (D), *op cit*, p 239



Ainsi, dans l'optique d'y voir plus clair nous sommes allés chercher dans des dispositions similaires à celles de l'OHADA, en droit interne, notamment à l'article 576 du Code de procédure civile camerounais qui dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». Ce texte poursuit en procédant par élimination afin de mieux circonscrire le périmètre des droits dont on pourrait librement disposer. C'est dans cette veine qu'à l'article 577 on pourra lire qu' « *on ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logements et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public* ». De tout cela, il ressort clairement qu'un arbitre ne pourra valablement statuer sur des droits relatifs au statut personnel. Toutefois, cette délimitation n'est pas sans difficultés, car la frontière entre droits disponibles et non disponibles n'est pas toujours aisée à établir⁵¹. Contrairement à plusieurs textes relatifs à l'arbitrage, l'AUA présente l'avantage de ne pas limiter l'arbitrage qu'aux litiges commerciaux, encore moins ceux qui sont professionnels. Il convient cependant de relever que le domaine de l'arbitrage CCJA est plus restreint, car seuls sont visés les litiges d'ordre contractuel.

La définition de la mission confiée à l'arbitre. Puisque nous demeurons dans la sphère contractuelle, il convient de relever que contrairement à la pratique en droit commun processuel, c'est aux parties qu'il revient de définir la mission qui sera confiée à l'arbitre. L'écrit en droit OHADA n'étant pas une condition de validité, mais plutôt une condition de preuve⁵², la crainte d'un allègement du formalisme caractérisé par la libéralisation de la forme des actes reste constante. Il faut noter que l'Acte uniforme n'a pas prévu la rédaction d'un acte de mission ; mais ce silence ne saurait être analysé comme une interdiction de rédiger un acte de mission. En pratique, l'on remarque que les parties dans la réglementation de la procédure arbitrale, prévoient un acte de mission. En effet, les litigants au travers d'un acte désignent le/les arbitre(s) en définissant l'étendue de leur mission. C'est bien connu que les arbitres n'ont de pouvoirs que ceux qui résultent de la volonté des parties de leur soumettre le litige. Par l'acte de mission donc, les parties fixent le litige dans ses éléments, ce qui bien entendu conduit l'arbitre à être peu favorable à l'inflation ultérieure des demandes⁵³, car l'une des vocations de l'acte de mission est d'apporter des précisions sur l'objet du litige. La modification en cours

⁵¹ Par exemple, un arbitre a pu être désigné à l'effet de se prononcer sur des indemnités liées à la rupture d'un contrat de travail (CA Abidjan, n°1435, 27 mars 2003). Malgré le fait que cette position a été fortement critiquée par certains auteurs. V. TCHANTCHOU (H), « L'arbitrage en droit africain du travail », Ohadata D-05-23

⁵² Au sens de l'art 3-1 al 4 AUA, « *la convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant* »

⁵³ L'inflation des demandes retarde l'issue de la procédure alors que le droit de l'arbitrage vise la célérité.



d'instance de l'acte de mission est bien possible. Cependant, une telle modification visant à restreindre ou à étendre la compétence de l'arbitre devrait être considérée comme un additif à la convention d'arbitrage, elle devrait résulter d'une manifestation consciente de volonté. Toutefois, l'acte de mission n'a pas vocation à se substituer à la convention d'arbitrage, il est bien distinct de la convention d'arbitrage et une assimilation serait une erreur. Il reste donc constant que pour l'arbitre, comme du reste pour les parties, l'acte de mission apparaît comme un guide et un facteur de sécurité⁵⁴.

Le choix du droit applicable. Le droit de l'arbitrage bien qu'étant un droit contractuel, est encore plus un droit processuel. Tenant donc la convention d'arbitrage comme point de départ de l'arbitrage, il paraît évident que c'est à l'intérieur de cet instrument que l'on est sensé retrouver les éléments qui permettront à l'arbitre de trancher sur le fond les contestations qui lui seront portées. Ainsi, l'article 15 alinéa 1^{er} AUA prévoit que « *le tribunal arbitral tranche le fond du différent conformément aux règles de droit choisies par les parties* ». Ce qui signifie que la loi applicable au fond du litige serait celle désignée par la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage selon les cas, il s'agit de la loi d'autonomie. Ceci nous ramène au principe de la force obligatoire bien connu en droit commun des contrats⁵⁵ qui fait de la convention des parties, le droit de fond de l'arbitrage. La loi applicable au fond du litige peut donc constituer les règles de droit matériel de l'arbitrage. Toutefois, le législateur OHADA prévoit qu'à défaut de choix des parties, le tribunal applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte, le cas échéant, des usages du commerce international⁵⁶. Il peut également statuer en amiable compositeur lorsque les parties lui ont conféré ce pouvoir⁵⁷. Par ailleurs, relativement à la procédure l'article 14 AUA pose comme principe que c'est la volonté des parties exprimée dans la convention qui détermine la procédure arbitrale⁵⁸ ; toutefois, faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Le droit OHADA de l'arbitrage montre la prééminence de la volonté des parties dans la détermination des règles applicables à la procédure d'arbitrage. Mais il peut arriver que les parties soient silencieuses. Ce qui voudrait dire qu'en cas de silence des parties

⁵⁴ TCHAKOUA (J.-M), *op cit*, p 255

⁵⁵ Pour l'essentiel ce principe est consigné aux articles 1134 et 1135 du Code civil.

⁵⁶ Encore connus sous l'expression *lex mercatoria*, il s'agit d'un droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout Droit étatique et dont l'application échapperait, pour cette raison, à la méthode du conflit de lois. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, *op cit*, p1299

⁵⁷ Art 15 AUA

⁵⁸ Le législateur OHADA est clair là-dessus en le disant en ces termes : « *les parties peuvent, directement par préférence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale. Elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix* »



sur la procédure, l'arbitre devrait être à même de choisir la procédure non pas qu'il connaît le mieux, mais aussi celle qui semblerait être avantageuse pour les parties en vue de la résolution du différend, en ne perdant pas de vue l'objectif de célérité propre à l'arbitrage.

La volonté des parties constitue dès lors le point cardinal de l'arbitrage OHADA, mais il ne serait pas cependant intéressant d'envisager un arbitrage qui en sera essoré.

II- Le recul constaté de la volonté des parties dans l'arbitrage OHADA

Comme nous l'avons dit plus haut, l'arbitrage est le terreau de la volonté des parties. Cela signifie qu'en principe il n'est pas possible, quelle que soit la phase de l'instance arbitrale, d'imaginer un arbitrage sans la volonté des litigants. Cependant, il se trouve que cette règle n'est pas absolue ; car, pour des raisons voulues ou non, les parties à l'arbitrage peuvent voir l'expression de leur volonté décroître. Il serait donc possible de constater un certain effacement de la volonté des parties à l'instance arbitrale (A) ; qui entraînera le renforcement du pouvoir de juger du tribunal arbitral (B).

A- L'effacement possible de la volonté des parties à l'instance arbitrale

Il importe de préciser d'entrée de jeu à ce niveau que l'effacement dont il est question renvoie aux cas où les parties n'ont pas exprimé leurs volontés, ou mieux l'ont exprimé mais sans parvenir à un accord. C'est par exemple le cas pour la désignation des arbitres, si les parties ont prévu le nombre de trois. Lorsque les parties ont prévu la désignation de deux arbitres, le tribunal arbitral est complété par un troisième choisi par les parties d'un commun accord. En l'absence d'accord, le tribunal est complété par les arbitres désignés ou, à défaut d'accord entre ces derniers, par la juridiction compétente dans l'Etat partie⁵⁹. 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 arbitre⁶⁰. On voit très clairement que les parties à l'arbitrage dont la volonté était nécessitée au départ pour l'arbitrage, peuvent en cas de laxisme ou de désaccord se voir dépouillées de cette volonté au profit des organes judiciaires dans l'arbitrage *ad hoc*, ou de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage pour ce qui est de l'arbitrage institutionnel⁶¹. Il

⁵⁹ Au Cameroun le juge compétent dont il est question ici est « *le Président du Tribunal de Première Instance du lieu de l'arbitrage, ou le Magistrat qu'il délègue à cet effet* ». V. art 2 de la Loi N°2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine.

⁶⁰ Article 6 AUA

⁶¹ C'est du moins ce qui ressort de l'art 3 du RACCJA



est constant que l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage ne se limite qu'aux parties⁶², mais ce qui est encore plus admis c'est la vocation du juge étatique à veiller à ce que la convention d'arbitrage reçoive sa pleine efficacité. Certes, les parties ont exprimé leur volonté de ne pas soumettre leur différend à un tribunal étatique, mais, le juge doit veiller à ce que les parties respectent leur obligation de recourir à l'arbitrage. Celui-ci interviendra donc en qualité de juge d'appui dans l'arbitrage⁶³.

Par ailleurs, ce qu'il convient de rappeler, c'est que cette possible perte de l'expression la volonté des parties à l'arbitrage ne se situe pas seulement à la constitution du tribunal arbitral, elle peut aussi se manifester durant l'instance arbitrale même. L'une des manifestations à notre avis la plus prégnante de l'abandon possible de la volonté des parties à l'arbitrage, est la faculté laissée aux parties de donner la latitude aux arbitres de statuer en amiabie compositeur.

En effet, jamais il ne fut refusé aux parties à l'arbitrage le droit de donner aux arbitres le pouvoir de statuer comme amiabie compositeur.⁶⁴ L'article 15 al 2 de l'AUA rappelle fort opportunément que le tribunal arbitral peut « *statuer en amiabie compositeur lorsque les parties lui ont conféré ce pouvoir* ». Ce qu'il faut relever avec force ici, c'est que l'amiabie composition est conditionnée par la volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage⁶⁵. C'est d'ailleurs dans le même sens que va le législateur de la CNUDCI dans la loi-type sur l'arbitrage commercial international⁶⁶. La CCJA a par ailleurs défini l'amiabie composition de façon négative, comme étant le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles du droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment de l'équité l'exige⁶⁷. Ainsi, l'on en vient à se demander s'il n'est pas légitime de penser à une forme d'abandon par les parties de leur volonté au tribunal arbitral ; lequel sera désormais appelé à trancher le litige non plus seulement en conformité avec les règles voulues par les parties, mais aussi et surtout en équité ; quoiqu'un auteur est allé jusqu'à affirmer que

⁶² Il s'agit là d'une extension du principe de l'effet relatif des conventions consacré à l'article 1165 C.civ

⁶³ Ainsi, le juge étatique doit se rassurer de ce que la convention reçoive sa pleine efficacité en contribuant le cas échéant à la mise en place du tribunal arbitral ou au déroulement de la procédure arbitrale. L'intervention du juge étatique a pour objet de donner effet à la volonté des parties de voir leur différend jugé par un ou plusieurs arbitres. Le juge doit donc user de tout son pouvoir pour que le tribunal arbitral soit constitué. Saisi par la partie la plus diligente, il doit faire comparaître les parties au litige pour s'assurer de leur collaboration dans la désignation du nombre d'arbitres devant constituer le tribunal arbitral. Dans ce sens, lire BAYO BYBI (B), *op cit*, p 164.

⁶⁴ TCHAKOUA (J. M), « Arbitrage selon l'AUA », *op cit*, p265

⁶⁵ Cependant, l'amiabie composition n'est pas une sortie arbitraire du cadre du droit.

⁶⁶ Cf art 28 al 3 qui dispose que « le tribunal statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiabie compositeur (...) si les parties l'y ont expressément autorisé »

⁶⁷ V. CCJA, arrêt n°028/2007 du 19 juillet 2007, affaire Société Nestlé Sahel c/ SCIMAS, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, p 334



« *l'équité n'est pas une source du droit* »⁶⁸. Toutefois, il convient de noter que la clause d'amiable composition crée, pour l'arbitre, une simple faculté, non une obligation, de s'écartier du droit ; l'arbitre peut donc vouloir se limiter à la règle de droit. Il ne semble pas que dans ces conditions on puisse lui faire le reproche de s'être écarté de sa mission⁶⁹.

L'amiable compositeur qui s'écarte des règles de droit, doit cependant s'assurer qu'il ne s'affranchi par de l'ordre public international des Etats parties de l'OHADA, c'est-à-dire respecter les souverainetés étatiques tout en dépassant les égoïsmes nationaux⁷⁰ ; car, une solution contraire à cet ordre public international des Etats parties est susceptible d'annulation, et pourrait se voir refuser l'apposition de l'*exequatur*.

Les arbitres peuvent même en cas de silence des parties sur le choix des règles applicables au fond du litige, s'affranchir du cadre des lois étatiques ; c'est-à-dire ne s'accrocher qu'aux principes communs aux lois en présence, ou encore, plus explicitement, appliquer les règles transnationales généralement désignées sous le nom de *lex mercatoria*⁷¹. Celle-ci est considérée comme un ordre juridique transnational, formé d'un corps de règles ne se rattachant à aucun ordre juridique étatique⁷². On pourra ainsi l'assimiler à une norme coutumière, qui pourra selon les besoins, s'ériger en règles à observer. La conséquence de cette consécration sera donc qu'un traité⁷³ peut s'étendre ou servir d'escale à une règle coutumière⁷⁴. Ce qui pourrait déboucher sur le résultat selon lequel la *lex mercatoria* est l'un des domaines aux frontières indécises ouvertes à l'amiable composition⁷⁵.

⁶⁸ MOLFESSIS (N), « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD Civ.* 1998, Chr. p 21. Pour cet auteur, « *tout jugement peut inspirer l'équité mais à condition de n'exprimer que du droit.* » Il poursuit en disant que « *c'est pour mieux transformer l'équité en règle de droit que la jurisprudence se doit, dans un système légaliste, de lui dénier le statut de source* ».

⁶⁹ TCHAKOUA (J. M), « Arbitrage selon l'AUA », *op cit*, p268. La Cour commune de justice et d'arbitrage a d'ailleurs affirmé cette solution dans l'affaire D.G. et D.J. c/ Société SOTACI (*CCJA, arrêt n°010/2003 du 19 juin 2003, affaire Monsieur D.G. et Madame D.J. c/ Société SOTACI, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, p 331)

⁷⁰ DECAUX (E), *Droit international public*, 4^e éd. Paris, Dalloz, 2004, p 8. Pour cet auteur, le *jus cogens* encore entendu comme la norme impérative de droit international, trace une médiane entre le droit international relationnel et le droit international institutionnel.

⁷¹ Paris, 13 juillet 1989, *Rev. Crit.*, 1990, 305, note OPPETIT ; voir aussi Cass civ 2^e, 9 décembre 1981, *Rev arb* 1982, 183, note COUCHEZ

⁷² JACQUET (J.-M), « Les lois de l'arbitrage », *JDI* 2015, pp 1-12

⁷³ Comme le Traité de l'OHADA par exemple

⁷⁴ NGANDO SANDJE (R), « De l'ordre public international : éléments de discussion sur les fondements d'une normativité universelle », *CJP N° spécial : L'ordre public*, 2015, p 49. Cet auteur soutien que l'ordre public international doit ainsi sa survie à la double extension de la norme conventionnelle et de la norme coutumière.

⁷⁵ BREDIN (J.-D), « L'amiable composition et le contrat » *Rev. Arb*, 1984, p 262



En vérité aucune limite frontale n'est apportée à la faculté de choix. Toutefois certaines dispositions de la loi choisie par les parties peuvent être écartées si elles sont contraires à l'ordre public. Dans l'espace OHADA, l'ordre public dont il est question ici est l'ordre public des Etats parties au Traité⁷⁶. Cependant, une autre conséquence peut être envisagée suite à la perte de l'expression de la volonté des parties à l'arbitrage, c'est le renforcement du pouvoir de juger du tribunal arbitral.

B- Le renforcement du pouvoir de juger du tribunal arbitral

Comme on l'a vu, le tribunal arbitral est la juridiction chargée de l'arbitrage et composée du ou des arbitres désignés par la clause compromissoire ou le compromis⁷⁷. Ce tribunal composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair, est constitué dès que les arbitres ont accepté leur mission. Il a autorité pour décider de la procédure, pour statuer sur sa propre compétence⁷⁸, procéder aux actes d'instruction nécessaires et ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire opportunes⁷⁹.

Le tribunal arbitral peut donc être composé d'un arbitre unique ou de plusieurs arbitres. Celui-ci est investi d'une mission de juger qui lui a été confiée par les parties à l'arbitrage. Cependant, la volonté des parties à l'arbitrage étant considérée comme le socle de la mission de ce tribunal, il importe de relever qu'il peut avoir des cas où, pour des raisons propres aux parties ou non, le pouvoir de ce tribunal se voit renforcé. Ces cas seront regroupés en deux grandes catégories, avec d'une part le renforcement du fait de la loi, et d'autre part le renforcement du fait du silence des parties.

Concernant le renforcement du pouvoir du tribunal arbitral du fait de la loi, il sera envisagé ici selon deux modalités : par le principe compétence-compétence, et par la possibilité reconnue à l'arbitre de prononcer des mesures provisoires et conservatoires.

Tout d'abord, il faut dire que le principe compétence-compétence ou encore principe de priorité signifie que l'arbitre est compétent pour connaître des contestations relatives à sa compétence⁸⁰. Parmi les attributs de la fonction juridictionnelle, il en est un qui est non seulement essentiel, mais qui en constitue l'archétype : c'est le pouvoir de statuer sur sa propre

⁷⁶ Ceci est d'ailleurs rappelé dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage lorsqu'il énonce les motifs recevables pour l'annulation de la sentence arbitrale (article 26) et le rejet de la demande d'exequatur (art 31).

⁷⁷ CORNU (G), *op cit*, p 2195

⁷⁸ Ce qui est éminemment reconnu sous le nom du principe compétence-compétence

⁷⁹ GUINCHARD (S) et DEBARD (T) (dir), *op cit*, p 1894

⁸⁰ C'est du moins ce qu'il ressort de l'art 11 AUA



compétence⁸¹. La lecture combinée de l'article 11 AUA et de l'article 10.4 RACCJA nous conforte dans cette position et contribuent à l'érection du principe compétence-compétence comme un principe général du droit de l'arbitrage. Ainsi, il peut arriver que lors de la survenance d'un différend, qu'une des parties à la convention d'arbitrage en vienne à contester la validité ou l'existence même de ladite convention ; l'arbitre saisi pourra donc se prononcer à l'effet de préciser si oui ou non, il est apte à connaître du litige en question. Dès lors, cette aptitude à se prononcer sur sa compétence au départ fondée sur la convention d'arbitrage, et donc étant l'émanation de la volonté des parties, échappe désormais à celles-ci ; et donc les parties ne pourront que s'en remettre à la décision du tribunal arbitral, car l'arbitre aura le monopole, voire l'exclusivité pour statuer sur sa compétence. La mise en œuvre du principe compétence-compétence aura donc pour conséquence le prononcé soit d'une sentence de compétence, soit d'une sentence d'incompétence. Toujours est-il qu'il s'agira d'une décision ayant autorité de la chose jugée, et donc aura vocation à s'imposer aux parties au litige, même contre leur volonté.

Par ailleurs, les mesures conservatoires sont des décisions qui ne tranchent pas le fond du litige, mais statuent sur un ou plusieurs chefs de la demande qui nécessitent une solution urgente⁸². En d'autres termes, ces mesures justifient le caractère même de l'arbitrage qui est la célérité. Ainsi, il peut arriver que l'une des parties pour quelque raison que ce soit, décide de créer des lenteurs en vue de rompre l'équilibre ou même conserver une situation donnée ; c'est à ce niveau que des mesures provisoires seraient nécessaires. Ayant été autrefois des actes relevant de la compétence du juge étatique, le droit OHADA reconnaît l'aptitude aux arbitres de prendre des mesures provisoires ou conservatoires⁸³. L'intervention du juge étatique étant bien entendu admise dès lors que les mesures sollicitées ne nécessitent pas l'examen du litige au fond, car cette compétence devrait être réservée par principe à l'arbitre⁸⁴. Cependant, le tribunal arbitral ne peut prononcer des mesures provisoires portant sur les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires qui restent de la compétence du juge étatique. Nous pouvons ainsi dire

⁸¹ CLAY (Th.), *L'arbitre*, thèse de Doctorat, Université Panthéon Assas (Paris II), janvier 2000, p 105 cité par TSAFACK DJOUMESSI (C. C), *op cit*, p 151

⁸² En règle générale, ces mesures conservatoires et provisoires, que l'on nomme aussi mesures intérimaires, sont regroupées en trois catégories, à savoir : mesures relatives à l'administration ou à la conservation de la preuve ; mesures tendant à maintenir les relations des parties pendant le cours de la procédure ; mesures tendant à la préservation d'une situation de fait ou de droit. En ce sens, lire POUGOUE (P.-G) & al, « Actes uniformes », in POUGOUE (P.-G) (dir), *op cit*, 2001, p 80. Mais aussi KENFACK DOUAJNI (G), « Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage OHADA », in *Revue Camerounaise d'arbitrage*, n°8, p 3 et svte

⁸³ C'est du moins ce qui ressort de l'article 13 al 4 et l'article 14 in fine AUA, mais aussi de l'article 10-1 RACCJA

⁸⁴ Art 13 AUA



que, l'arbitre parvient à travers ces mesures qui connaissent une consécration légale, à se soustraire de la volonté d'au moins une partie au litige. Toutefois, le tribunal arbitral peut encore voir son pouvoir davantage renforcé en cas de silence des parties⁸⁵.

De façon générale, le silence en droit peut revêtir plusieurs sens en fonction de la matière ou du domaine dans lequel on se trouve. Dans le cadre de la présente réflexion, on le considère comme l'absence de règle écrite, de disposition expresse dans la loi, que le silence de la loi soit intentionnel ou non⁸⁶. En droit commun des contrats, le silence est perçu comme le fait de ne pas répondre à une offre de contrat⁸⁷. Même si dans certains domaines, il est admis que le « silence vaut acceptation », ce n'est pas le cas en droit OHADA. En principe le silence ne vaut pas acceptation. C'est ainsi qu'à propos de la formation du contrat, l'article 243 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général⁸⁸ dispose que: « *constitue une acceptation, toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre* » ; le texte poursuit en disant que « *Le silence ou l'inaction à eux seuls, ne peuvent valoir acceptation* ». Il va de soi que le législateur OHADA a pris position quant à l'interprétation du silence. En matière d'arbitrage, le législateur a pris la mesure des choses et est resté constant dans sa position. Ainsi, à l'article 14 AUA, il est prévu que le tribunal arbitral peut, faute de convention, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. En parlant de convention ici, il fait allusion bien entendu à la désignation par les parties de la loi applicable à l'arbitrage. Par ailleurs, les parties sont tenues d'agir avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure tout en s'abstenant de manœuvres dilatoires. Ainsi par exemple, le tribunal arbitral sera à même de juger si, sans invoquer de motif légitime : le demandeur ne présente pas sa demande alors le tribunal met fin à la procédure arbitrale ; le défendeur ne présente pas sa défense, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans toutefois considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur.

En effet, l'on en vient à se résoudre au fait que le silence des parties ne suffit pas à provoquer l'abstention du tribunal arbitral, à la seule condition que ce silence soit justifié par un motif légitime. Ce qui ne facilite pas la compréhension, mais la complexifie davantage. Le

⁸⁵ Cependant le silence des parties peut être compris comme l'expression de leur volonté à donner la possibilité au tribunal arbitral de prendre certaines dispositions dans la résolution de leur différend. C'est alors qu'en cas de silence des parties sur le choix du droit applicable, l'arbitre peut opérer en tel choix

⁸⁶ CORNU (G), *op cit*, p 2040

⁸⁷ En principe il est dépourvu de conséquences juridiques, ne valant pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. GUINCHARD (S) et DEBARD (T) (*dir*), *op cit*, p 1767

⁸⁸ Révisé le 15 décembre 2010 à Lomé ou Togo



« motif légitime » ne trouvant pas de définition par les textes, c'est à la doctrine⁸⁹ qu'il est revenu d'essayer de lui donner un contenu. Toujours est-il que malgré les efforts de systématisation ayant été faits dans ce sens, on peut retenir que le motif serait considéré comme légitime lorsque par un acte raisonnable, il est possible d'établir un lien de causalité suffisant pouvant justifier un modèle d'interprétation rationnel⁹⁰; car le motif ici légitime revêt un caractère de subjectivité dont malheureusement l'appréciation ne relève plus des parties à l'arbitrage, mais du tribunal pour qui le motif avancé devrait sans doute être raisonnable⁹¹. Il importe ainsi de constater que la détermination de la légitimité du motif est totalement extérieure aux personnes-là même qui ont mis en œuvre l'instance arbitrale.

Le tribunal arbitral après appréciation du motif du silence des parties pourra aisément prendre une décision. Une fois de plus cette décision devra s'imposer à la partie qui aura été silencieuse ou qui aurait présenté un motif jugé pas suffisamment légitime. Bien entendu l'arbitre dans son œuvre régaliennes ne s'en remettra plus qu'à son intime conviction. Ce qui nous amène à conclure à une consolidation des pouvoirs du tribunal arbitral foulant du pied la volonté des parties.

CONCLUSION

Le droit OHADA est un droit innovant à plus d'un titre. A titre d'exemple, le droit processuel des Etats-parties a été profondément rénové, notamment en ce qui concerne l'arbitrage⁹². Ce droit original de par sa nouvelle configuration, offre des garanties de clarté et de sécurité par sa conception. S'il était déjà admis dans sa rédaction originelle que l'arbitrage est fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements⁹³, par

⁸⁹ Force est de constater que les textes de nos jours fourmillent d'expressions pareilles. On pourrait citer entre autres : « la bonne foi », « l'intérêt commun », « délai raisonnable », « bon père de famille », etc ... ce qui caractérise de telles notions c'est qu'elles sont indéfinissables de manière objective ; elles constituent ce qu'on appelle des *standards juridiques*, qui sont des *notions à contenu variable* dont la fonction serait de lubrifier le dispositif juridique en vue de l'adapter à l'évolution de la société. A ce sujet lire utilement SALMON (J), « Les notions à contenu variable en droit international public » in PERELMAN (Ch) et VAN DER ELST (R), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylants, 1984, p 265 ; FOKO (A), « Libres propos sur les standards juridiques », *CJP, Numéro spécial : l'ordre public*, 2015, p 141 et svtes

⁹⁰ CORTEN (O), « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du raisonnable », in *Annuaire français de droit international*, vol. 44, 1998, p 187

⁹¹ La Cour européenne des droits de l'homme affirmait dans un arrêt de principe que « le caractère raisonnable [...] doit s'apprécier dans chaque cas suivant les circonstances de la cause ». v. C.E.D.H, Affaire Wemhoff, 27 juin 1968, Sér. A, n°7, parag 10

⁹² POUGOUE (P.-G) et KALIEU ELONGO (Y. R), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008, p 196

⁹³ Art 3 AUA



la révision de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage de 2017, le législateur a introduit un nouvel article⁹⁴ qui vient renforcer le dispositif déjà mis en place, notamment en ce qui concerne les modes d'expression de la volonté des parties à l'arbitrage. Cette volonté étant donc le socle de l'arbitrage, il s'est dégagé le problème de sa portée au vu des principes gouvernant cette matière. Le choix consistant à exclure l'arbitrage d'investissement de la présente réflexion a conduit à voir en l'arbitrage un processus fondé sur l'existence d'une convention des parties. De ce fait, l'exigence de la volonté comme condition d'existence de l'arbitrage, n'a pas exclu la reconnaissance d'un arbitrage essoré de la volonté des parties. En considération de tout cela, serait-il toujours possible de penser avec un auteur⁹⁵ à des applications audacieuses du principe de l'autonomie de la volonté dans l'arbitrage OHADA? Quand on sait que celle-ci est quelques fois édulcorée.

⁹⁴ Art 3-1 AUA

⁹⁵ MODI KOKO BEBEY (H.D), *op cit*, p 687