

**COLLOQUE DE L'ASSOCIATION POUR LA PROMOTION
DE L'ARBITRAGE EN AFRIQUE (APAA)**

sur

« L'ARBITRAGE EN AFRIQUE : QUESTIONS D'ACTUALITES »

Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008

**LES DIFFICULTES DE CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL
DANS LE CADRE DE L'ARBITRAGE AD HOC.**

Amadou DIENG

Docteur en droit

Avocat au Barreau de Paris

CABINET CIMADEVILLA

Ancien Secrétaire permanent du Centre d'Arbitrage,
de Médiation et de Conciliation de la Chambre de Commerce,
d'Industrie et d'Agriculture de Dakar

**LES DIFFICULTES DE CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL DANS LE
CADRE DE L'ARBITRAGE AD HOC.**

SOMMAIRE

INTRODUCTION

1. LES DOMAINES D'INTERVENTION DU JUGE D'APPUI

1.1. Nomination des arbitres

1.2. Récusation des arbitres

1.3. Reconstitution du tribunal arbitral

2. LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE D'APPUI

2.1. Défaut de convention d'arbitrage

2.2. Convention insuffisante

3. LES MODALITES DE L'INTERVENTION DU JUGE D'APPUI

3.1. Détermination du juge compétent

3.2. Saisine du juge compétent

3.2.1. L'auteur de la demande de désignation

3.2.1. Les modalités de la saisine

3.3. Voies de recours contre la décision du juge compétent

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le caractère contractuel de l'arbitrage permet aux parties, qui se sont engagées à régler leur différend par ce moyen, de déterminer, sans intervention de la loi, les moyens par lesquels les difficultés de constitution du tribunal sont réglées.

Cependant, malgré l'incompétence de principe des juridictions étatiques pour connaître des litiges que les parties ont entendu soumettre à l'arbitrage, le concours du « juge d'appui » à la constitution du tribunal arbitral est toujours prévu par les législations sur l'arbitrage.

En réalité, comme le faisait remarquer feu le Pr. Philippe Fouchard, le caractère purement privé de l'arbitrage implique un minimum d'esprit de coopération ; si celui-ci fait défaut, ni les parties, qui n'ont pas pu ou voulu s'accorder, ni les arbitres désignés, dépourvus d'impérium ne peuvent surmonter les incidents qui pourraient jalonner la mise en œuvre de l'arbitrage souhaité.

Notre intervention porte exclusivement sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc. En effet, l'une des principales différences entre l'arbitrage ad hoc et l'arbitrage institutionnel est que, dans le dernier type d'arbitrage, les difficultés de constitution sont réglées par l'organe chargé de l'administration de la procédure.

Dans le cadre de l'arbitrage ad hoc, c'est au juge compétent, communément désigné juge d'appui, qu'il appartient d'aider à la mise en place et à l'achèvement de la procédure arbitrale à laquelle les parties se sont engagées en signant la convention d'arbitrage.

Comment l'Acte uniforme sur l'arbitrage organise-t-il l'intervention du juge d'appui en cas de difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral ? Quelle est la nature des règles posées en la matière ? Quand et dans quelles conditions le juge d'appui est-il amené à intervenir ? Qui est le juge compétent ? Comment le saisit-on ? Comment rend-t-il sa décision ? Quelles sont les voies de recours contre la décision prononcée par le juge d'appui ?

Autant de questions que nous examinerons dans le cadre de notre intervention qui s'articulera autour du domaine et des conditions d'intervention du juge d'appui, du cadre procédural de cette intervention et des voies de recours contre la décision du juge d'appui.

1. Les domaines d'intervention du juge d'appui

L'Acte uniforme prévoit expressément l'intervention du juge d'appui dans la constitution du tribunal, dans la reconstitution de celui-ci, et en cas de parité du nombre des arbitres.

1.1. Nomination des arbitres

Aux termes de l'article 5 de l'Acte uniforme, en cas d'arbitrage par trois arbitres, la nomination des arbitres est effectuée par le juge compétent, lorsque l'une des parties ne nomme pas un arbitre ou lorsque les deux arbitres nommés par les parties ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre. En cas d'arbitrage par un arbitre unique, celui-ci est nommé par le juge compétent lorsque les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre.

1.2. Récusation des arbitres

Conformément à l'article 7 de l'Acte uniforme, si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties, et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime.

En cas de litige, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, le juge d'appui statue sur la récusation.

1.3. Reconstitution du tribunal arbitral

Aux termes de l'article 8 de l'Acte uniforme, le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. Si les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par le juge d'appui lorsque les parties n'ont rien prévu, ou lorsque les arbitres désignés ne se sont pas accordés sur la désignation du troisième arbitre.

Dans les mêmes conditions, le juge d'appui procède à la reconstitution du tribunal arbitral et au remplacement en cas de récusation, d'incapacité, de décès, de démission ou de révocation d'un arbitre.

Ainsi, le juge d'appui est-il amené à intervenir pour régler des difficultés qui apparaissent non seulement pendant, mais aussi chronologiquement après la constitution du tribunal arbitral.

2. Les conditions de l'intervention du juge d'appui

2.1. Défaut de convention d'arbitrage

Pour que les règles légales relatives à la constitution du tribunal arbitral trouvent à s'appliquer, il faut tout d'abord que les parties aient la volonté de recourir à l'arbitrage, et que cette volonté ne soit entachée d'aucun vice.

Cela n'est pas le cas lorsque la convention porte sur les droits dont la personne, physique ou morale n'a pas la libre disposition.

Il en est de même lorsque la convention a été antérieurement déclarée nulle par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Les cas dans lesquels la convention n'est passée par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en apporter la preuve peuvent aussi être assimilés au défaut de convention.

Toutefois, il appartient au tribunal arbitral, en vertu de l'article 11 de l'Acte uniforme, de statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

Dans ces conditions, le juge d'appui, lorsqu'il est sollicité pour apporter son soutien à la constitution du tribunal arbitral, doit veiller à ne pas se laisser entraîner dans une discussion de fond de quelque importance à propos de la validité ou de la nullité de la convention d'arbitrage invoquée.

2.2. Convention insuffisante

Pour être suffisante, la convention d'arbitrage doit permettre la constitution du tribunal arbitral.

Dès lors, si la convention d'arbitrage prévoit les modalités de désignation des arbitres, quelque soient les imperfections de celles-ci, elle n'est pas insuffisante. Elle ne le devient que si elle ne contient aucune indication sur les modalités de désignation des arbitres. Ce sera le cas d'une « clause blanche », se bornant à stipuler que tout litige sera réglé par arbitrage, sans prévoir d'aucune façon comment les arbitres seront désignés.

Le plus souvent, la convention d'arbitrage sera insuffisante parce qu'incomplète.

Cependant, une convention d'arbitrage peut être complète mais insuffisante. Il en est ainsi de la convention qui prévoit des modalités de nomination des arbitres qui ne permettent pas de constituer le tribunal arbitral. C'est le cas lorsqu'un tiers préconstitué pour désigner un ou plusieurs arbitres ne s'acquitte pas de sa mission ou reste introuvable.

La notion d'insuffisance de la convention peut être également étendue aux hypothèses dans lesquelles les difficultés proviennent, non du caractère pathologique de la clause, mais de la configuration procédurale lors de sa mise en œuvre.

A titre d'exemple, je vous citerai le cas, que nous avons eu récemment à traiter, de la clause compromissoire contenue dans un contrat de prêt conclu entre X et une société Y, en formation et représentée par son président et son vice-président qui ont apposé leurs signatures au bas de l'acte de prêt.

En l'espèce, la clause disposait qu'en cas d'arbitrage « *chaque Partie nommera, dans les quinze jours calendaires, son arbitre et les deux arbitres ainsi nommés se mettront d'accord pour en nommer un troisième* ». Il s'agit donc d'un arbitrage bipartite.

Quelques mois plus tard, les statuts de la société Y ont été signés, enregistrés et déposés au greffe. Toutefois, réunis en assemblée générale, les associés ont refusé cette reprise. Ainsi les actes accomplis par les deux dirigeants pour le compte de la société en formation n'ont pas été repris par la société Y. En conséquence, et par application de l'article L 210-6 du Code de commerce français, les deux dirigeants sont personnellement tenus du remboursement du prêt consenti par X.

A l'échéance du terme, X, qui n'a pas été remboursé malgré une mise en demeure, s'est résolu à mettre en œuvre la clause compromissoire en désignant son arbitre et en sollicitant des co-défendeurs la désignation d'un arbitre commun. Les deux dirigeants, qui ne s'entendaient plus, n'ont pas pu s'accorder pour désigner un arbitre commun et ont désigné chacun un arbitre.

C'est dans ce contexte que X a sollicité l'intervention du juge d'appui, le Président du tribunal de grande instance de Paris, en l'occurrence. Il lui alors été demandé de procéder à la désignation d'un arbitre commun pour les co-défendeurs afin de permettre la constitution du tribunal arbitral. Le Président a accédé à la demande, après avoir constaté l'accord des co-emprunteurs pour la désignation d'un arbitre commun.

Ce cas, qui est loin d'être singulier, nous conduit à élargir la notion de convention insuffisante prévue par l'Acte uniforme et à admettre l'intervention du juge d'appui pour régler l'ensemble des difficultés de constitution du tribunal arbitral dès lors qu'elles résultent de la convention des parties.

Cette option est, du reste, conforme au droit français de l'arbitrage international et à la loi type sur l'arbitrage international de la CNUDCI.

3. Les modalités de l'intervention du juge d'appui

3.1. Détermination du juge compétent

Conformément à l'architecture d'harmonisation retenue, le législateur OHADA n'a pas résolu la question du juge d'appui compétent et a préféré opérer un renvoi aux droits nationaux. Il en résulte que la solution sera différente selon les Etats.

Dans la plupart des Etats parties, les législations antérieures à l'Acte uniforme désignent, expressément ou implicitement, le juge d'appui compétent. Au Sénégal, sauf convention contraire des parties, c'est le Président du tribunal régional du lieu de l'arbitrage qui intervient pour résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral.

En toute hypothèse, il serait judicieux que ce juge étatique soit expérimenté et que sa compétence soit exclusive, compte tenu des enjeux de la mission qui lui est ainsi dévolue.

3.2. Saisine du juge compétent

3.2.1. L'auteur de la demande de désignation

L'Acte uniforme ne prévoit que la demande initiée par l'une des parties. Or, il est des cas où les arbitres déjà désignés peuvent avoir, à titre personnel, qualité et intérêt à agir afin de parfaire la constitution du tribunal arbitral ; leur responsabilité étant engagée au regard de la bonne exécution de la mission qui leur a été confiée.

Cette faculté de saisine du juge d'appui par le tribunal arbitral est admise au Sénégal en matière interne par le Décret 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international.

3.2.1. Les modalités de la saisine

En la matière, l'Acte uniforme renvoie aux droits nationaux. Au Sénégal, la législation antérieure dispose que la nomination est effectuée par ordonnance du Président du tribunal régional du lieu de l'arbitrage statuant en référé. Le texte indique que le Président est saisi comme en matière de référé.

L'examen des articles 247 à 252 du nouveau code de procédure civile du Sénégal qui traitent des référés conduit à considérer que l'expression « *saisi comme en matière de référé* » indique une simple analogie quant à la forme de la procédure. En effet, l'ordonnance du juge d'appui n'a pas de caractère provisoire et n'est pas subordonnée à une condition d'urgence ou à l'absence de contestation sérieuse.

De nombreux auteurs s'accordent à penser qu'une ordonnance prise sur requête devrait suffire afin d'éviter une procédure lourde. Cette solution a même été admise par la jurisprudence dans certains pays.

Toutefois, une solution différente devrait être retenue au regard du droit processuel sénégalais. En effet, aux termes de l'article 251 du nouveau code de procédure civile, la demande, en matière de référé, est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet par le Président du tribunal aux jours et heure indiqués par le tribunal.

De plus, les ordonnances sur requête supposent, outre la condition d'urgence, que les circonstances exigent qu'elles ne soient prises contradictoirement. Or dans certains cas, le blocage de la constitution du tribunal arbitral peut entraîner la nécessité d'un débat contradictoire.

C'est d'ailleurs le cas du droit français de l'arbitrage qui impose que le juge d'appui soit saisi par la voie d'assignation ou par requête conjointe des deux parties. Le débat contradictoire est d'autant utile que la décision de désignation d'un arbitre par le juge d'appui n'est pas susceptible de recours.

En revanche, dès lors qu'aucune disposition législative ne l'interdit, la personne qui n'était pas présente ou représentée devant le magistrat qui a rendu une ordonnance sur simple requête peut se pourvoir contre cette ordonnance ; cette personne ayant le choix entre la saisine du juge qui a rendu l'ordonnance pour en demander la rétraction ou la saisine de la juridiction supérieure par la voie de l'appel. L'appel constitue la voie de recours normale contre les ordonnances rendues sur requête.

Il est certes vrai que la saisine du juge d'appui doit être facilitée, et que ce magistrat doit agir avec célérité. Cependant, son intervention doit obéir à un régime juridique clair avec des délais stricts.

Dans le cadre du droit français de l'arbitrage international, le requérant saisit le Président du Tribunal de grande instance de Paris, par voie d'assignation en forme de référé, dont il dépose le projet au greffe en demandant au Président de fixer une date et une heure pour l'audience.

Dans les 15 jours qui suivent, le Président fixe une date et une heure, dans les 30 jours à compter du dépôt, et autorise le requérant à faire délivrer l'assignation au défendeur qui formule ses écritures en réponse.

L'ordonnance est généralement rendue dans les 15 jours qui suivent l'audience devant le Président. Soit un délai moyen de procédure de deux mois pour obtenir la décision du juge d'appui.

3.3. Voies de recours contre la décision du juge compétent

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 juge d'appui en matière d'arbitrage international s'explique par la plus grande faveur portée à ce type d'arbitrage. Toutefois, l'absence de recours contre l'ordonnance du juge d'appui est tempérée par deux considérations.

La première, sous forme de recommandation, découle de l'article 819-45 du Décret 98-492 qui stipule que « *lorsqu'il nomme un arbitre, le juge des référés tient compte de toutes les qualifications requises d'arbitre par la convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre de nationalité différente de celle des parties.* »

Ensuite, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 26 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage la régularité de la composition du tribunal arbitral ou de la désignation de l'arbitre unique constitue un motif d'annulation de la sentence arbitrale. Le magistrat saisi d'une demande d'annulation pourrait donc être amené à contrôler l'intervention du juge d'appui dans la constitution du tribunal arbitral.

Dès lors, même si elle n'est pas susceptible de recours, l'ordonnance du juge d'appui rendue pour résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral doit être exempte de tout vice pouvant affecter la personne de l'arbitre nommé, notamment son indépendance et son impartialité, ou affecter la procédure de constitution du tribunal arbitral, en particulier le respect de l'égalité des parties.

Conclusion

Dans le cadre de l'arbitrage ad hoc, en cas de difficultés de constitution du tribunal, l'intervention du juge d'appui est indispensable pour la mise en œuvre de l'arbitrage voulu par les parties.

Cette nécessaire immixtion du juge d'appui dans la constitution du tribunal arbitral doit donc, autant que faire se peut, tenir compte de la volonté des parties et de leur convention. Il est demandé au juge d'appui de donner pleine efficacité à la convention d'arbitrage.

Le juge d'appui, dans le cadre de l'exercice de sa mission, devra agir avec diligence, prudence et efficacité. Sa mission est délicate, puisqu'il s'agit de choisir des personnes, et de leur confier le rôle de juge. Elle suppose chez le magistrat saisi une connaissance précise de la nature du litige et de son contexte ainsi qu'une grande connaissance des spécialistes, juristes ou techniciens qu'il est appelé à désigner.

Notes de bibliographie

Alexandre DE FONTMICHEL, La décision du « juge d'appui » contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial international, Les Cahiers de l'Arbitrage. No 2008/1, pp. 21-28.

Pierre MEYER, Commentaires sur l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés. 3^{ème} édition. Juriscope 2008, pp 109-152

Paul-Gérard POUGOUE, en collaboration avec Jean-Marie TCHAKOUA et Alain FENEON, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Presses Universitaires d'Afrique. 2000.

Fatou CAMARA, Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéralisme et de l'éphémère. Revue de l'Arbitrage 1999- 1, p. 45 et suivantes

Philippe Fouchard, La coopération du président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage, Revue de l'Arbitrage 1985- 5, p. 5 et suivantes