

REVUE DE DROIT AFRICAIN

Doctrine & Jurisprudence

PUBLICATIONS DU GROUPE DE

Recherches et Documentation Juridiques Africaines

(R. D. J. A.)

RECHERCHES ET DOCUMENTATION JURIDIQUES AFRICAINES ASBL

Revue de Droit Africain

Comité d'honneur :

Président : (+) M. François RIGAUX, Professeur Émérite de l'UCL, (Bruxelles) ;
Vice-président : M. Mark VAN HOECKE, Recteur Honoraire de la *Katholieke Universiteit Brussel* (K.U.B.) Brussel, Professeur à la Gent Universiteit.

Membres :

M. Jean-Luc FAGNART, Avocat au Barreau de Bruxelles, Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'ULB, Bruxelles;
M. le Doyen Francis DELPEREE, Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'UCL, Louvain-la-Neuve, (Belgique);
M. J. VANDERLINDEN, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'ULB et au Centre de droit international de la *common law* en français, École de droit, Moncton, Canada;
M. J. SALMON, Professeur émérite de la Faculté de Droit de l'ULB;
Mme PALOMA BIGLINO CAMPOS, Professeur à la Faculté de droit et Directrice honoraire de l'Institut d'Études Européennes de l'Université de Valladolid (Espagne);
M. José-Luis MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, Professeur à la Faculté de Droit, Université de Valladolid, Espagne;
M. MUBIALA MUTOY, Docteur en relations internationales, Fonctionnaire des Nations Unies, Genève (Suisse);
M. Paul LUKUNKU KANYAMA, Avocat au Barreau de Kinshasa (Rép. Dém. du Congo);
M. Jan GORUS, Professeur à la Faculté de Droit de la *Vrije Universiteit Brussel* (VUB).

Rédaction

Rédacteur en chef : V. KANGULUMBA MBAMBI
Rédacteurs en chef adjoints : L. KYABOBA KASOBWA et ZEGBE ZEGS
Secrétaires de rédaction : J.-P. KILENDA KAKENGI, S. SMIS
P.-G. NGONDANKOY et R. MUKENDI KABONGO
Documentation et Publications : M.-V. LESSAY BODUKA

Comité scientifique

Prof. Fr. RIGAUX (UCL/Louvain-la-Neuve).
Prof. M. VAN HOECKE (KUB/Brussel).
Prof. J. VANDERLINDEN (ULB & Moncton, Canada).
Prof. Sayeman BULA-BULA (UNIKIN/Kinshasa).
Prof. P. AKELE ADAU (UNIKIN/Kinshasa).
Prof. J. GORUS, (VUB - BCAS/Brussel).
Prof. P. KLEIN (ULB/Bruxelles).
Dr. MUBIALA MUTOY (N.U., Genève/Suisse).
Prof. E. BOSHAB (UNIKIN/Kinshasa).
Prof. MAZYAMBO MAKENGO KISALA (UNIKIN/Kinshasa).
Prof. S. SMIS (VUB/Brussel).
R. IPALA NDUE NKA, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Matadi (RDC), Direction Juridique Gécamines/Bruxelles.
Dr. S. S. KUATE TAMEGHE, Chargé de cours à l'UCAC, Yaoundé et à l'Université de Yaoundé II (Cameroun).
Prof. VUDISA MUGUMBUSHI (Université Catholique au Congo et Université de Kikwit/RDC).
Patrick DE WOLF, (Chargé de cours UCL/Louvain-la-Neuve).
Prof. BEYA SIKU (UNIKIN/Kinshasa).
Dr J.-P. KILENDA KAKENGI (KUB/Brussel et Académie Afric. de Théorie du Droit/Bruxelles).
Prof. L. KYABOBA KASOBWA (UNIKIN/Kinshasa).
Prof. V. KANGULUMBA MBAMBI (UNIKIN et Académie Afric. de Théorie du Droit/Bruxelles).
Prof. C. KUYU MWISSA, (Paris I Sorbonne, LAP et Ac. Afric. de Théorie du Droit/Bruxelles).
Prof. TSHIBANGU KALALA (UNIKIN).
Prof. R. KIENGE-KIENGE INTUDI (UNIKIN).
Prof. J.-P. FOFE DJOFA (UNIKIN et LAP/Paris);
Prof. I. MINGASHANG (UNIKIN).

SOMMAIRE

I. DOCTRINE

- 1. Le (nouveau) droit des assurances de la République Démocratique du Congo issu de la loi n° 15/005 du 17 mars 2015. Premiers commentaires,**
Prof. Vincent KANGULUMBA MBAMBI 3-20
- 2. Le défaut dans la procédure arbitrale : tendon d'Achille de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage,**
Laurent OKITONEMBO WETSHONGUNDA 21-54

II. JURISPRUDENCE

- 1. Tribunal de Grande Instance de Kikwit (Province de Bandundu, RDC) - Matière civile et commerciale, 1^{er} degré, RC 3893, 03 juillet 2013 - I. ASSURANCE OBLIGATOIRE DE RESPONSABILITE CIVILE AUTOMOBILE - Loi du 5 janvier 1973 - Accident de circulation - Dommages causés à la victime - Défaut d'une assurance en cours de validité - Mise hors cause de la SONAS - II. RESPONSABILITE DE DROIT COMMUN - Articles 258 et 260 CC livre III - Responsabilité exclusive du propriétaire du véhicule, 55-61**
- 2. Tribunal de Grande Instance de Kikwit (Province de Bandundu, RDC) - Matière civile et commerciale, 1^{er} degré, RC 3955, 03 juillet 2013 - I. ASSURANCE OBLIGATOIRE DE RESPONSABILITE CIVILE AUTOMOBILE - Loi du 5 janvier 1973 - Accident de circulation - Dommages causés à la victime - II. PROCEDURE - Jugement répressif antérieur - Absence de faute de l'auteur de l'accident - Autorité de la chose jugée - « Le criminel tient le civil en état » - Non fondement de l'action, 61-64**

3. Tribunal de Grande Instance de Kikwit (Province de Bandundu, RDC),
Matière civile et commerciale, 1^{er} degré, RC 4104, 13 janvier 2014 - I.
PROCEDURE – Principe de « *Non bis in idem* » - Autorité de la chose jugée
au pénal sur le civil - Article 227 du CC livre III - Conditions – Principe de
« *Electa una via* » - II. **ASSURANCE OBLIGATOIRE DE
RESPONSABILITE CIVILE AUTOMOBILE** - Loi du 5 janvier 1973 –
Action directe - Non mise en cause de l'auteur de l'accident – Irrecevabilité ?
– Non – Véhicule assuré au moment de l'accident – Garantie de l'Assureur –
Condamnation. 65-72

Note d'observations de V. KANGULUMBA MBAMBI : Incidence de
l'absence de faute dans le chef de l'auteur de l'accident en droit de l'assurance
obligatoire de responsabilité civile automobile et portée exacte des principes
du droit de procédure « *non bis idem* » et « le criminel tient le civil en état »,
..... 72-82

III. RECENSION BIBLIOGRAPHIQUE ET INFORMATIONS

A. Bibliographie

1. **G. KABWA KABWE**, *Droit civil congolais. Les personnes, les incapacités*,
Tome I, PFDUC, Kinshasa, Avril 2016, 381 p. 83

B. Informations

La Revue de Droit Africain a 20 ans d'existence. 83



2. Le défaut dans la procédure arbitrale : tendon d'Achille uniforme relatif au droit de l'arbitrage¹

Laurent OKITONEMBO WETSHONGUNDA

*Diplômé d'Etudes Spéciales en Droit public
Doctorant en Droit à l'Université de Kinshasa
Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe*

Introduction

Justice privée légalement règlementée² et contractuellement organisée³, l'arbitrage, l'un des lieux de manifestation du consensualisme⁴, a pour

¹ Pour rappel, le traité fondateur de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (« OHADA ») conclu le 17 octobre 1993 à Port Louis (Ile Maurice) est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Le siège de l'OHADA est fixé à Yaoundé au Cameroun. Le traité l'instituant a été révisé le 17 octobre 2008 au Québec. La République Démocratique du Congo (ci-après « RDC ») a adhéré à l'OHADA en vertu de la loi n°10/002 du 11 février 2010 autorisant son adhésion, après que, par son arrêt R. Const. 112/TSR du 5 février 2010, la Cour suprême de justice ait déclaré, bien que de manière ambiguë et hypothétique quant à l'organe saisi par le Chef de l'Etat congolais, la conformité du traité à la Constitution. La loi autorisant l'adhésion, l'instrument d'adhésion, le traité OHADA, les différents règlements ainsi que les Actes uniformes ont été publiés au *Journal Officiel de la RDC* dans son numéro spécial du 12 septembre 2012.

² Articles 21 à 26 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008; - Règlement de procédure de la CCJA du 18 avril 1996 in *JO OHADA* n°4, 01/11/1997, p. 9 et s.; - Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, *JO OHADA*, 15/05/1999, p. 2; - Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999, in *JO OHADA*, 15/05/1999, p. 9; - Décision n°004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage in *JO OHADA*, 15/05/1999, p. 21; - Titre V sur l'arbitrage du Décret du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile tel que modifié à ce jour dans ses dispositions non contraires à l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage; une abondante doctrine est également de la partie.

³ Convention d'arbitrage (article 2 à 4 de l'AUA) clause compromissoire ou compromis d'arbitrage.

Voir également une abondante jurisprudence en la matière reprise notamment par ISSA-SAYEGH Joseph, *Répertoire quinquennal OHADA, T. I : 2000-2005*, UNIDA, Paris, pp. 276-277; - ISSA-SAYEGH Joseph, *Répertoire quinquennal OHADA, T. II : 2006-2010*, UNIDA, Paris, pp. 29-33.

II. Doctrine

fondement l'accord de volonté des parties⁵. De manière concrète, cette volonté commune s'exprime depuis le moment du choix de l'arbitrage comme mode de règlement du litige à venir ou déjà survenu, du choix du forum arbitral en cas d'option pour l'arbitrage institutionnel ou de constitution du tribunal *ad hoc* jusqu'à l'exécution de la sentence en passant par la détermination du droit applicable notamment. Sous réserve des conditions de base dont l'arbitrabilité du litige et la capacité de compromettre, les maîtres-mots de ce processus sont la bonne foi et la coopération qui prennent un relief particulier pendant les deux premières étapes essentielles de l'arbitrage avant l'instruction du litige proprement dit que sont la constitution du tribunal et la signature du compromis arbitral, contrat d'arbitre⁶ par lequel les parties investissent le tribunal arbitral du pouvoir de trancher le litige.

Si l'article 5 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ("AUA" dans la suite) règle la question de la défaillance des parties dans la constitution du tribunal en instituant, comme en droits français⁷, belge⁸ et autres⁹ un juge d'appui qui est exclusivement un juge étatique, il reste encore plusieurs étapes à franchir dans le processus arbitral qui nécessitent l'accord des parties, et cela concerne à peu près tout ce qui constitue le contenu d'un compromis d'arbitrage, notamment l'identité des arbitres et la définition de leur mission, la détermination des modalités de notification, de communication et délais des

⁴ L'article 319 alinéa 1 de la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant code minier dispose que « *nonobstant les dispositions de l'article 318 [sur l'arbitrage interne] du présent Code, les litiges pouvant survenir à l'occasion de l'interprétation ou de l'application des dispositions du présent Code, peuvent être réglés, à la requête de la partie la plus diligente, par voie d'arbitrage conformément à la Convention sur les Règlements des Différends Relatifs aux Investissements entre Etat et Ressortissants d'autres Etats, à la condition que le titulaire soit ressortissant d'un autre Etat contractant aux termes de l'article 25 de ladite convention* ».

⁵ Dans ce sens, lire aussi LUKOMBE NGHENDA, *Le règlement du contentieux commercial, T. II : l'arbitrage*, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, Kinshasa, 2006, p. 152; - Pierre MEYER, commentaires sous les articles 2 à 4 de l'AUA.

⁶ Inhabituelle, l'expression a été utilisée notamment par AKENTUR ANISSA, *Le contrat d'arbitre en droit international*, Master 2 Droit des contrats, Université Paris Sud, 2013-2014.

⁷ Article 1452 du Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

⁸ Article 1680 du Code judiciaire belge.

⁹ Par exemple 362 du Code de procédure civile suisse.

mémoires, correspondances et communications diverses, le droit applicable, la langue, le délai et lieu d'arbitrage, la fixation du calendrier prévisionnel, des frais d'arbitrage et des honoraires de l'arbitre.

Le défaut de coopération pour la réalisation de cette dernière étape en particulier peut rendre l'arbitrage inopérant faute de contrat entre les parties et le tribunal, défaillance qui peut être un fait délibéré d'une partie animée de mauvaise foi au préjudice de son colitigant, ce qui est loin d'être une simple vue de l'esprit, cette hypothèse s'étant déjà vérifiée plus d'une fois dans la pratique en RDC.

En effet, deux cas inédits peuvent être cités en guise d'illustration :

- a) *Le premier concerne deux sociétés qui avaient signé un contrat, assorti d'une clause compromissoire, de fourniture du personnel par la société A à la société B en contrepartie d'une prime mensuelle bien déterminée en dehors d'autres frais. Trois ans après, la société B résiliera le contrat, résiliation acceptée par la société A tout en réclamant, néanmoins, les arriérés de primes dont cette dernière (B) contesta la hauteur. Faute d'accord, la société A saisit le CENACOM pour arbitrage après avoir essayé en vain d'obtenir de B la détermination consensuelle d'une institution d'arbitrage. Mais le tribunal constitué sous l'égide du CENACOM dut décliner sa compétence suite à l'exception soulevée par B au motif que les parties n'avaient jamais convenu de soumettre leur différend éventuel à ce centre arbitral.*
- b) *Le deuxième cas concerne deux personnes physiques (A et B) qui, quant à elles, avaient conclu un contrat de cession des parts sociales. Le cessionnaire A avait avancé à B, le cédant, une partie du prix convenu mais fit des difficultés pour le paiement du solde. En dépit des rappels et des sommations de B après l'expiration du délai convenu, A ne s'exécuta pas ; de guerre lasse, B résolut d'exploiter la clause compromissoire contenue dans le contrat de cession des parts sociales en procédant à la désignation d'un arbitre alors que A n'en désigna aucun ni ne confirma pas celui désigné par B. Ce dernier recourut alors à l'article 5 de l'AUA et sur sa requête, le Président du Tribunal de commerce de Kinshasa/Gombe désigna un arbitre unique. Mais une fois franchie cette étape de constitution du tribunal, A posa d'autres problèmes –contestation de l'Arbitre unique désigné par le juge d'appui, notamment- au moment de la signature de l'acte de mission et la situation s'enlisa.*

II. Doctrine

Il existe plusieurs autres exemples du même genre. La question qui se pose ici est celle de savoir comment contourner et décourager, dans le respect du droit, ces comportements caractéristiques d'abus de droit manifeste.

Quelque complète qu'elle puisse être, la clause compromissoire laissera toujours subsister un détail ou un élément qui nécessitera toujours l'accord des parties ultérieurement, *in concreto*, au moment de la survenance du litige. C'est par exemple la nomination et la définition de la mission des arbitres, les points litigieux, les prétentions des parties, le calendrier prévisionnel... qui seront toujours précisés plus tard dans le compromis arbitral ou dans l'acte de mission.

Dès lors, pour empêcher ou, à tout le moins, réduire la nonchalance d'une partie à cette dernière étape malgré toutes les précautions qui pourraient avoir été prises en amont, il faut envisager une procédure juridique dissuasive et comminatoire qui puisse permettre en même temps le déclenchement et la continuation de l'instance arbitrale. L'arbitrage étant un mécanisme juridictionnel¹⁰ de règlement des litiges, le *défaut*, amputé de l'*opposition* comme voie de recours ou un autre moyen similaire, peut très bien jouer ce rôle.

Mais quelques questions surgissent à ce sujet : peut-on recourir au *défaut* dans l'instruction arbitrale par renvoi aux dispositions du code de procédure civile en vertu de la clause du droit applicable contenu dans le compromis d'arbitrage ou dans l'acte de mission ? Le *défaut* dans l'arbitrage *ad hoc* par emprunt des dispositions des règlements arbitraux est-il envisageable ? Une procédure arbitrale par défaut après la constitution du tribunal mais avant la signature du compromis est-elle possible ? Quelle conséquence tirée après le prononcé de la sentence et sa signification vis-à-vis du défaillant ?

Pour tenter d'apporter quelques éléments de réponse à ces questions, il y a lieu de procéder préalablement à l'état des lieux de la procédure par *défaut* dans quelques instruments arbitraux (I) avant d'examiner les modalités de gestion du *défaut* dans l'arbitrage *ad hoc* (II) et comment la procédure par *défaut* peut-elle être appliquée dans cet arbitrage (III).

¹⁰ LUKOMBE NGHENDA, *Le Règlement du contentieux commercial, T.II : L'arbitrage*, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, Kinshasa 2006, p. 151, § 171 bis ; - MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Academia Bruylant et Editions Droit et Idées Nouvelles, Louvain-la-Neuve, Kinshasa, 2006, p. 639, § 725.

I. Le défaut dans les instruments juridiques d'arbitrage

Rappelons que, judiciairement, le *défaut* est la situation d'un plaideur défaillant¹¹, demandeur ou défendeur, qui ne comparaît pas devant le juge, c'est-à-dire qui ne se conforme pas au mode de comparution que la loi exige ou permet devant la juridiction dont il s'agit¹². Il y a même *défaut* lorsqu'une partie, bien que présente à l'audience, ne dépose pas ses conclusions et son dossier des pièces¹³. Le *défaut*, pensons-nous, a le même sens dans tous les mécanismes juridictionnels qui le prévoient soit par les règlements des centres arbitraux (a) soit par les lois étatiques de procédure (b), l'opposition, comme voie de recours, en étant la conséquence, en principe (c). Mais contrairement aux tribunaux d'Etat qui sont déjà légalement et permanentement préconstitués, dans l'arbitrage le tribunal est ponctuel et doit être établi chaque fois par les parties, en principe, avant qu'arrivent les phases de comparution et de présentation ou de dépôt des moyens et pièces à défaut desquels on peut considérer, au sens restreint du droit judiciaire classique, qu'une partie a fait défaut. C'est pourquoi, dans cet article le défaut est pris dans un sens large comprenant non seulement le défaut de comparution et de présentation des moyens et pièces, mais aussi toute absence d'une partie à une phase quelconque de la procédure dont sa présence, mieux sa coopération est requise pour rendre efficiente cette procédure, en commençant par la constitution du tribunal jusqu'à la sentence finale en passant notamment par la signature du compromis d'arbitrage.

A. Le défaut dans les règlements des institutions d'arbitrage

Examinons d'abord cette notion dans quelques institutions internationales d'arbitrages (1) avant de voir la situation dans les centres congolais (2).

1) Le défaut dans les Règlements des institutions internationales d'arbitrage

Sans les examiner toutes¹⁴, nous retiendrons ici, tenant compte de leur envergure, notoriété et surtout du lien plus ou moins direct avec la RDC, la

¹¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e édition, PUF, Paris, 2009, p. 274.

¹² *Idem*.

¹³ C.A., Kinshasa/Gombe, 26 sept. 1996, RTA 3.563, en cause Bika Umbe c/ Sté Carrigrès, inédit, cité par MATADI NENGA GAMANDA, *op. cit.*, p. 375, § 389.

¹⁴ Il y a notamment la Cour Permanente d'Arbitrage, la *London Court of International Arbitration*, l'*International Centre for Dispute Resolution*, le *British Columbia International Commercial Arbitration Centre*.

II. Doctrine

Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) (a) le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) (b), la Chambre de commerce internationale (CCI) (c) et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) (d).

a) Le défaut dans le Règlement CNUDCI

Le Règlement d'arbitrage CNUDCI actuellement en vigueur est la version révisée en 2010 et adoptée le 16 décembre 2013 par l'Assemblée Générale des Nations Unies suivant sa résolution 68/109¹⁵. Le *défaut* y est prévu dans deux articles : l'article 4 sur *la notification de l'arbitrage* et l'article 30 sur *le défaut* proprement dit. Ils sont respectivement libellés comme suit :

- Article 4, 3 : défaut de réponse à la demande d'arbitrage
« 3. Un différend concernant l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage ou une réponse incomplète ou tardive à celle-ci n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral ».
- Article 30 : défaut de communication des écritures et de comparution
« 1. Si, dans le délai fixé par le présent Règlement ou par le tribunal arbitral, sans invoquer d'empêchement légitime :
a) Le demandeur n'a pas communiqué son mémoire en demande, le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale, sauf s'il subsiste des questions sur lesquelles il peut être nécessaire de statuer et si le tribunal juge approprié de le faire ;
b) Le défendeur n'a pas communiqué sa réponse à la notification d'arbitrage ou son mémoire en défense, le tribunal arbitral ordonne la poursuite de la procédure, sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur. Les dispositions du présent alinéa s'appliquent également lorsque le demandeur n'a pas présenté de réplique à une demande reconventionnelle ou à une demande en compensation.
2. Si une partie, régulièrement convoquée conformément au présent Règlement, ne comparait pas à une audience sans invoquer

¹⁵ Disponible sur www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf

d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage.

3. Si une partie, régulièrement invitée par le tribunal arbitral à produire des preuves complémentaires, ne les présente pas dans les délais fixés sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose ».

Notons cependant que le Règlement CNUDCI n'évoque pas le cas du défaut d'établissement ou de signature du compromis arbitral ou de l'acte de mission qu'il ne prévoit même pas.

b) Le défaut dans le Règlement CIRDI

Le défaut est régi par l'article 42 du règlement d'arbitrage et par l'article 48 du Mécanisme supplémentaire :

L'article 42 du règlement d'arbitrage dispose que :

(1) *Si une partie (appelée dans le présent article la « partie en défaut ») fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout moment de l'instance, l'autre partie peut à tout moment avant la fin de l'instance demander au Tribunal de considérer les chefs de conclusion qui lui sont soumis et de rendre sa sentence.*

(2) *Le Tribunal notifie ladite requête à la partie en défaut sans délai. Sauf s'il est convaincu que la partie n'a pas l'intention de comparaître ou de faire valoir ses moyens au cours de l'instance, le Tribunal accorde en même temps un délai de grâce et à cette fin :*

(a) *si la partie en défaut s'est abstenue de déposer des conclusions ou tout autre acte officiel dans les délais fixés à cet effet, fixe un nouveau délai pour le dépôt de ces actes ; ou bien*

(b) *si la partie s'est abstenue de comparaître ou de faire valoir ses moyens à une audience, fixe une nouvelle date pour l'audience.*

Le délai de grâce ne doit pas, sans le consentement de l'autre partie, excéder 60 jours.

II. Doctrine

(3) *Après l'expiration du délai de grâce ou si, conformément au paragraphe (2) du présent article, aucun délai de grâce n'est accordé, le Tribunal reprend l'examen du différend. Si la partie en défaut s'abstient de comparaître ou de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.*

(4) *Le Tribunal examine si le différend est ou non de la compétence du Centre et de la sienne propre et, dans l'affirmative, décide si les conclusions sont bien fondées en fait et en droit. A cette fin, il peut, à tout moment de l'instance, inviter la partie qui comparaît à déposer des observations, à produire des preuves ou à donner des explications orales ».*

L'article 48 du Mécanisme supplémentaire qui reprend, à quelques différences près, l'article 42 du Règlement d'arbitrage dispose, quant à lui, que :

(1) *Si une partie fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout stade de l'instance, l'autre partie peut demander au Tribunal de considérer les chefs de conclusion qui lui sont soumis et de rendre sa sentence.*

(2) *Le Tribunal notifie ladite requête à la partie en défaut sans délai. Sauf s'il est convaincu que la partie n'a pas l'intention de comparaître ou de faire valoir ses moyens au cours de l'instance, le Tribunal accorde en même temps un délai de grâce et à cette fin :*

(a) *si la partie en défaut s'est abstenue de déposer des conclusions ou tout autre acte officiel dans les délais fixés à cet effet, fixe un nouveau délai pour le dépôt de ces actes ; ou bien*

(b) *si la partie s'est abstenue de comparaître ou de faire valoir ses moyens à une audience, fixe une nouvelle date pour l'audience.*

Le délai de grâce ne doit pas, sans le consentement de l'autre partie, excéder 60 jours.

(3) *Après l'expiration du délai de grâce ou si, conformément au paragraphe (2) du présent article, aucun délai de grâce n'est accordé, le Tribunal examine si le différend ressortit ou non à sa compétence et dans l'affirmative, décide si les conclusions sont bien fondées en fait et en droit. A cette fin il peut, à tout*

moment de l'instance, inviter la partie qui comparait à déposer des observations, à produire des preuves ou à donner des explications orales ».

En vertu de ces dispositions, on peut citer au moins trois décisions qui ont été rendues par défaut par des tribunaux arbitraux constitués sous le cadre du CIRDI : les sentences *LETCO c. Liberia*, *GOETZ c. Burundi* et *AMT c. Zaïre (RDC)*.

Dans l'affaire *LETCO c. Liberia*, la sentence a été rendue le 31 mars 1986 par défaut à l'égard du Liberia car l'avocat initialement choisi par le Liberia pour le représenter s'étant déporté avant même que le tribunal ne soit constitué sous sa forme définitive, le Liberia s'est abstenu de nommer un nouveau représentant et la procédure s'est déroulée par défaut à son égard¹⁶.

Dans l'affaire *GOETZ c. Burundi*, la sentence a été rendue le 10 février 1999 à l'égard du Burundi qui, quoiqu'ayant collaboré à la constitution du tribunal, n'avait pas déposé ses moyens¹⁷.

Quant à l'affaire *AMT c. Zaïre*, il s'agit d'un défaut partiel. Après avoir participé à la constitution du tribunal notamment en désignant le Professeur Keba Mbaye, d'heureuse mémoire, comme arbitre, et déposé ses mémoires en réponse et en duplique, le Zaïre n'était pas présent à la phase orale de la procédure. La sentence a été rendue 21 février 1997¹⁸.

c) Le défaut dans le Règlement de la CCI

Dans l'arbitrage CCI, le défaut est réglé par les articles 5.2, 12.2 et 23.3 portant respectivement sur le défaut de réponse à la demande d'arbitrage, à la constitution du tribunal et à l'acte de mission.

- Article 5.2 : Défaut de réponse à la demande d'arbitrage ;

« Le Secrétariat peut accorder au défendeur une prolongation de délai pour soumettre la Réponse, à condition que la demande de prolongation contienne les observations ou propositions du défendeur concernant le nombre des arbitres et

¹⁶ Emmanuel GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, T. I., Editions A. Pedone, Paris, 2004, pp. 201, 204 et 210.

¹⁷ *Idem*, pp. 530-532 et 560.

¹⁸ *Idem*, pp. 427, 431 et 448.

II. Doctrine

leur choix et, si nécessaire en vertu des articles 12 et 13, une désignation d'arbitre. À défaut, la Cour procédera conformément au Règlement » ;

- Article 12.2 *in fine* : Défaut de participer à la constitution du tribunal arbitral ;

« Si une partie s'abstient de désigner un arbitre, celui-ci est nommé par la Cour » ;

- Article 23.3 : Défaut de collaborer à l'élaboration de l'acte de mission ou de le signer ;

« Si l'une des parties refuse de participer à l'établissement de l'acte de mission ou de le signer, il est soumis à la Cour pour approbation. Une fois l'acte de mission signé conformément à l'article 23, paragraphe 2, ou approuvé par la Cour, la procédure arbitrale suit son cours ».

Cependant, on peut noter que le règlement d'arbitrage CCI n'a pas prévu l'hypothèse d'une partie qui s'abstient de soumettre ses écritures pendant la phase d'instruction de la cause et/ou de comparaître à l'audience.

d) Le défaut dans le Règlement de la CCJA

L'arbitrage à la CCJA est régi notamment par son Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999¹⁹. Son article 19.1 alinéa 5 prévoit le *défaut* en ces termes :

« Si l'une des parties quoique régulièrement convoquée, ne se présente pas, l'arbitre, après s'être assuré que la convocation lui est parvenue, a le pouvoir, à défaut d'excuse valable, de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission, les débats étant réputés contradictoires ».

Le Règlement de la CCJA ne parle que du défaut de comparution et non du défaut pendant la constitution du tribunal et la signature du compromis d'arbitrage.

Comme on peut le constater, les Règlements d'arbitrage CNUDCI, CIRDI, CCI (sauf pendant la phase d'instruction et de comparution à l'audience) et CCJA prévoient le *défaut* au cours de l'instance arbitrale. Ils ont également prévu les

¹⁹ JO OHADA, 15/05/1999, p. 9. OHADA, *Traités et actes uniformes commentés et annotés*, 4^e édition, Juriscope, 2014, p. 185.

autorités de nomination pour suppléer au défaut par les parties ou l'une d'elles de désigner les arbitres. Il s'agit de l'autorité désignée par les parties elles-mêmes ou le Secrétaire Général de la Cour permanente d'arbitrage de la Haye en vertu des articles 7 à 10 du Règlement CNUDCI pour l'arbitrage CNUDCI, du Président du Conseil administratif du CIRDI pour l'arbitrage CIRDI conformément aux articles 4 du Règlement d'arbitrage et 6 du Mécanisme supplémentaire, la Cour²⁰ pour le Règlement CCI aux termes des articles 5.2, 12.2 *in fine* et 23.3 et de la Cour prévue par l'article 3 du Règlement d'arbitrage CCJA.

2) Le défaut dans les règlements des centres congolais d'arbitrage

Il existe deux centres arbitraux actuellement en RDC : le Centre National d'Arbitrage, de Conciliation et de Médiation, CENACOM (a) en sigle créé sous l'égide de la Fédération des Entreprises du Congo et le Centre d'Arbitrage du Congo, en sigle CAC (b) dont il convient de vérifier le régime juridique du défaut dans leurs Règlements respectifs.

a) Le défaut dans le Règlement du CENACOM

Quatre dispositions traitent du défaut dans le Règlement d'arbitrage du CENACOM. Il s'agit de l'article 7.2. sur le défaut de réponse à la requête d'arbitrage ; l'article 10.3 sur le défaut à la désignation d'arbitre ; l'article 17.2 alinéa 3 sur le défaut de participation à l'établissement ou de signature de l'acte de mission et l'article 18.5 sur le défaut de comparution. Ces articles disposent respectivement ce qui suit :

- Article 7.2 : défaut de réponse à la requête d'arbitrage ;
« Si, nonobstant l'existence d'une convention apparente d'arbitrage, une des parties refuse ou s'abstient de se soumettre à l'arbitrage, celui-ci a néanmoins lieu ».

²⁰ Il s'agit de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. C'est l'organisme indépendant d'arbitrage de la CCI. La Cour ne résout pas elle-même les différends. Elle en administre la résolution par les tribunaux arbitraux, conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI. La Cour est le seul organisme autorisé à administrer les arbitrages soumis au Règlement, et notamment à examiner et approuver les sentences rendues conformément au Règlement (Article 1 du Règlement d'arbitrage CCI).

II. Doctrine

- Article 10.3 : défaut de désignation d'un arbitre ;

« Lorsque trois arbitres ont été prévus, chacune des parties, dans la demande d'arbitrage et dans la réponse de celle-ci, désigne un arbitre, sous réserve de l'agrément du comité de gestion du Centre ou de son Président. Si l'une des parties s'abstient de désigner un arbitre ou si celui-ci n'est pas agréé, le Comité de gestion ou le Président le nomme d'office. Le troisième arbitre, qui assume de droit la présidence du tribunal arbitral, est nommé par le Comité de gestion du Centre ou par son Président, auquel cas la désignation est soumise à l'agrément du Comité de gestion ou de son Président. Si, à l'expiration du délai fixé par les parties ou par le Secrétariat du Centre, aucune désignation n'est intervenue, le troisième arbitre est nommé d'office par le Comité de gestion du Centre ou par son Président. En cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, et si le litige est soumis à trois arbitres, les demandeurs conjointement ou les défendeurs conjointement, désignent chacun un arbitre pour agrément selon les dispositions du présent article. A défaut d'une désignation conjointe et de tout autre accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, le Comité de gestion du Centre ou son Président nomme chacun des membres du tribunal arbitral et désigne l'un d'entre eux en qualité de président ».

- Article 17.2 alinéa 3 : défaut de participation à l'établissement ou à la signature de l'acte de mission ;

« Si l'une des parties refuse de participer à l'établissement de l'acte de mission ou de le signer alors qu'elle est liée par une convention d'arbitrage prévoyant l'intervention du Centre, la sentence arbitrale peut être rendue après l'expiration du délai accordé par le Secrétariat du Centre au tribunal arbitral pour obtenir cette signature manquante. Cette sentence est réputée contradictoire ».

- Article 18.5 : défaut de comparution ;

« Si les parties ou l'une d'entre elles, quoique régulièrement convoqués, ne se présentent pas, le tribunal arbitral, après s'être assuré que la convocation est parvenue aux parties et que celles-ci ne justifient leur absence par aucune excuse valable, a le pouvoir de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission ».

b) Le défaut dans le Règlement du CAC

L'article 6 sur *la réponse à la demande* et l'article 18 sur *l'instruction de la cause* du Règlement du CAC prévoient la possibilité du *défaut*.

- Article 6.1 alinéa 2 : *défaut* de réponse à la requête d'arbitrage ;

« la partie défenderesse pourra exceptionnellement demander une prolongation du délai pour exposer ses moyens de défense et fournir ses pièces. Toutefois, la demande de prolongation de délai devra contenir la réponse de la partie défenderesse aux propositions qui auront été formulées concernant le nombre des arbitres et leur choix, ainsi qu'éventuellement une désignation d'arbitre. A défaut, le Centre d'Arbitrage du Congo procédera à la mise en œuvre de l'arbitrage conformément au Règlement ».

- Article 18.3 : *défaut* de comparution ;

« Si l'une des parties quoique régulièrement convoquée, ne se présente pas, l'arbitre, après s'être assuré que la convocation lui est parvenue, a le pouvoir, à défaut d'excuse valable, de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission, les débats étant réputés contradictoires ».

La solution retenue par le CAC n'a qu'une efficacité limitée. Si pour la constitution du tribunal le centre peut suppléer à la défaillance d'une partie, l'accomplissement de sa mission par l'arbitre en dépit du défaut de comparaître d'une partie suppose que l'acte qui précise sa mission ait été préalablement signé par les parties ainsi que lui-même. Qu'en est-il si l'une des parties s'abstient de le signer ?

B. *Le défaut dans quelques textes légaux étatiques sur l'arbitrage*

Il sied d'examiner ici l'état du *défaut* dans la procédure arbitrale dans les lois française (1°) et belge pour le besoin de comparaison (2°) ainsi que dans l'AU (3°).

1°) Le défaut dans la loi française

L'arbitrage est actuellement régi en France par le Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Il s'agit de la réforme du titre IV du

II. Doctrine

code de procédure civile français qui porte sur l'arbitrage. Sur le défaut, le Décret dispose que :

« article 1451 : Le Tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.

Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.

Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459.

« article 1452 : En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :

1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage²¹ ou, à défaut, par le juge d'appui ;

2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui procède à cette désignation.

« article 1453 : lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui désigne le ou les arbitres.

²¹ L'article 1450 du Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage dispose : « La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage ». Cela fait penser à une institution permanente d'arbitrage.

« article 1454 : Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui.

La remarque à faire ici est que le Décret n'a pas abordé la question du *défaut* de signer le compromis, de comparaître et/ou de soumettre les écritures pendant la phase d'instruction du litige. Il n'a réglé que la question du défaut lors de la constitution du tribunal. Toutefois, la Cour de Cassation a décidé que la sentence arbitrale peut être rendue par défaut, notamment lorsque l'une des parties à la convention d'arbitrage n'a pas comparu. Mais il faut qu'un débat contradictoire ait été rendu possible. Plus précisément, l'arbitre doit convoquer la partie concernée et s'assurer que la convocation lui a été remise soit conformément aux stipulations du règlement d'arbitrage soit dans le respect des stipulations de la convention d'arbitrage²². Si aucune adresse n'a pu être trouvée l'arbitre doit procéder à une enquête raisonnable²³. Mais, prononcée par défaut, la sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'opposition (Art. 798 al. 1 NCPC lib.).

2°) Le défaut dans la loi belge

Le *défaut* dans l'arbitrage est prévu, en droit belge, par l'article 1706 du Code judiciaire belge²⁴ qui a transposé l'article 25²⁵ de la loi type de la CNUDCI. Il a son « répondant » dans le droit antérieur et une disposition similaire se retrouve notamment dans les droits allemand, autrichien et espagnol²⁶.

²² Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2008 JCP G 2008, I-164 n°5 obs. J. ORTSCHIEDT.

²³ (J. ORTSCHIEDT, obs préc.)

²⁴ Il s'agit du code judiciaire belge tel que modifié et complété dans ses dispositions sur l'arbitrage par la loi du 24 juin 2013 portant réforme de l'arbitrage.

²⁵ Selon la version du Règlement d'arbitrage CNUDCI révisée en 2010 et adoptée le 16 décembre 2013 par l'Assemblée Générale des Nations Unies suivant sa résolution 68/109, le défaut est prévu par l'article 30. Voir www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf

²⁶ Jean-Matthieu JONET, « La réforme du droit belge de l'arbitrage : une nouvelle transposition de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », in Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 3, Numéro 2, 2013, p. 99, § 33. disponible sur

www.editionsyvionblais.com/dynamicdata/files/2280_ramjam-vol-2_jmjonet.pdf

II. Doctrine

L'article 1706 du Code judiciaire dispose ce qui suit :

« Sauf convention contraire des parties, et sans invoquer d'empêchement légitime :

a) si le demandeur ne développe pas sa demande, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale, sans préjudice du traitement des demandes d'une autre partie ;

b) si le défendeur ne développe pas sa défense, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans pouvoir considérer cette carence en soi comme une acceptation des allégations du demandeur ;

c) si l'une des parties ne participe pas à la procédure orale ou ne produit pas de documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments dont il dispose »²⁷.

Les travaux préparatoires soulignent que le texte est « important au plan pratique car il permet au tribunal arbitral de poursuivre sa tâche même en l'absence de participation d'une partie ». L'inertie ou la mauvaise foi d'une partie peuvent donc être surmontées. Selon les travaux préparatoires, la nouvelle disposition confère à l'arbitrage « l'efficacité nécessaire dans le respect des exigences fondamentales d'équité procédurale²⁸ ». Il faut signaler néanmoins que cette disposition ne prend pas en compte l'hypothèse du refus par l'une des parties de signer le compromis d'arbitrage. Nous espérons que cette lacune sera comblée par la jurisprudence car elle est susceptible de donner lieu à des situations fâcheuses.

3°) Le défaut dans l'AUA

Le *défaut* n'est prévu dans l'AUA que pendant la phase de constitution du tribunal et ce, à travers les articles 5 et 8 alinéa 1 et 2 qui n'est qu'un résumé de l'article 5 lequel dispose que :

« Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties.

A défaut d'une telle convention d'arbitrage ou si la convention est insuffisante :

²⁷ Jean-Mathieu JONET, *Op. Cit.*

²⁸ *Idem.*

a) *En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent un troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente 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 jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat Partie ;*

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 de l'une d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat Partie.*

L'AUA ne prévoit pas le *défaut* à la signature du compromis ni pendant la phase d'instruction²⁹, tout comme l'Arrêté Royal du 7 mars 1960 portant code de procédure civile congolais (« Code de procédure civile » dans la suite). Comme l'AUA, ce dernier texte ne prévoyait aussi le *défaut* que pendant la phase de constitution du tribunal en vertu de ses articles 161 et 162, implicitement abrogés, la matière étant actuellement régie avec quelques différences par l'article 5 de l'AUA précité. Cette lacune est aussi à combler.

C. *L'opposition dans la procédure arbitrale*

Comme on le sait, l'opposition est une voie de recours ordinaire ouverte au défaillant pour faire rétracter un jugement par défaut en remettant en question devant la même juridiction les points déjà jugés afin qu'ils soient statué à nouveau en fait et en droit³⁰.

Elle est formellement interdite contre la sentence arbitrale dans les textes camerounais, sénégalais et tchadien³¹. L'article 25 de l'AUA va dans le même sens en disposant que « *la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation* ». A l'exclusion de l'appel, l'article 1503 du Décret n°2011- 48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage en droit français dit la même chose.

²⁹ Alain FENEON reconnaît aussi que l'AUA n'a pas visé l'hypothèse du défaut faute pour la partie adverse de comparaître et de faire valoir ses moyens de défense (Alain FENEON, *Droit de l'arbitrage : Commentaires de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, EDICEF, Paris, 2000, p. 48.)

³⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2009, p. 639.

³¹ LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 724.

II. Doctrine

Les articles 601 du Code de procédure civile camerounais, 820 du code de procédure civile sénégalais et 383 du code de procédure tchadien admettent l'opposition mais uniquement sur l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence³². Ainsi, dans ces législations, la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition. Seule l'est, l'ordonnance du juge étatique accordant l'*exequatur* à cette sentence.

Par contre, l'article 30 alinéa 1 de la loi togolaise de 1989 prend une position différente en disposant que : « *la sentence arbitrale peut être frappée d'opposition par la partie qui n'aurait pas été informée de la procédure arbitrale et n'aurait pu y participer*³³ ». Mais le Tchad étant membre de l'OHADA, cette disposition est abrogée par l'AUA.

Soutenant l'exclusion de l'opposition par l'article 25 de l'AUA, Alain Fénéon explique que l'opposition aurait pour effet de permettre aux juridictions étatiques de connaître le fond du litige, par la suite du simple défaut (souligné par nous) du défendeur à comparaître sur la demande d'arbitrage. Cette conséquence est contraire à la volonté des parties de voir leur différend tranché par des arbitres³⁴.

Il ne nous semble pas logique que l'opposition contre une sentence arbitrale rendue par défaut puisse s'exercer devant une autre juridiction, de surcroît étatique. Si elle était admise, l'opposition devrait être exercée devant le tribunal qui a rendu la sentence quoique dessaisi. Cela est tout à fait concevable à l'exemple de la correction des erreurs matérielles, de l'interprétation de la sentence ou de recours en révision³⁵.

En droit congolais, l'article 187 alinéa 2 du code de procédure civile interdit l'opposition comme en droits camerounais, sénégalais et tchadien, en disposant que « *la sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'une opposition ou d'un recours en cassation alors même que les parties en sont autrement convenues* » et cette possibilité n'est même pas laissée à l'ordonnance d'*exequatur* qui n'est susceptible que d'appel comme le prévoit l'article 185 alinéa 1 du même code.

³² LUKOMBE NGHENDA, *Idem*.

³³ Cité par LUKOMBE NGHENDA, *Idem*.

³⁴ Alain FENEON, *Droit de l'arbitrage : Commentaires de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, EDICEF, Paris, 2000, p. 81.

³⁵ Voir l'article 22 de l'AUA.

C'est ainsi qu'il a été jugé que la sentence arbitrale ne peut être entreprise par l'opposition³⁶. Si les parties n'y ont pas renoncé³⁷, l'appel est de droit.

Matadi Nenga indique que l'article 187 du code de procédure civile congolais, s'inspirant de la législation belge, écarte la possibilité pour les parties de faire opposition à la sentence ou d'introduire contre celle-ci un recours en cassation, même si elles en étaient convenues. On estime, en effet, que l'opposition est inconcevable, car par son origine contractuelle, la procédure arbitrale écarte le droit de faire *défaut*. En d'autres termes, une sentence est toujours un acte juridictionnel contradictoire³⁸.

Il convient de signaler que, comme on l'a vu *supra*³⁹, la législation belge a évolué sur cette question en ce qu'elle reconnaît expressément le *défaut*, s'étant inspiré du Règlement CNUDCI en la matière. Par ailleurs, l'origine contractuelle de l'arbitrage ne nous semble pas une explication plausible pour écarter le *défaut* qui n'est qu'une situation de fait d'où l'on peut tirer des conséquences de droit et nullement un droit. En revanche, l'exclusion de l'opposition dans l'arbitrage est nécessaire pour rendre les parties responsables et diligentes dans la conduite de leur procédure et décourager l'indolence et la mauvaise foi.

II. Modalités de gestion du *défaut* dans l'arbitrage *ad hoc*

On revient à la préoccupation principale de cette petite réflexion. Comment peut-on conduire la procédure par *défaut* dans un arbitrage *ad hoc* dans un pays où la loi ne la prévoit pas ? Les parties, peuvent-elles la prévoir expressément dans leur compromis ou dans la clause compromissoire ou même par renvoi à un règlement d'une institution d'arbitrage la prévoyant ? La procédure par *défaut* en vertu de la clause du droit applicable lorsque la législation de référence le prévoit est-elle possible ?

Fondamentalement contractuel, l'arbitrage est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté en vertu duquel la libre volonté des parties peut, en

³⁶ Elis., 13 janvier 1951 (avec note), *R.J.*, p. 192. Cité par A. Rubbens, *Droit judiciaire zaïrois, T. II*, Presses Universitaires du Zaïre, Kinshasa, 1978, p. 261.

³⁷ La renonciation à l'appel ne vaut pas lorsque la sentence viole une règle d'ordre public. Elis., 15 janvier 1957, *R.J.*, p. 113; - Elis., 9 mai 1961, *R.J.*, p. 102; - L'shi, 2 août 1966, *R.J.*, p. 246 cités par A. Rubbens, *idem*.

³⁸ MATADI NENGA GAMANDA, *op. cit.*, p. 668, § 777.

³⁹ §§ 30, 31 et 32.

II. Doctrine

règle, créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits ou des obligations par la conclusion de contrats ou d'actes unilatéraux⁴⁰, la volonté de l'homme étant capable de créer des règles de droit au même titre que le législateur⁴¹.

Sur base de ce principe, les parties à l'arbitrage *ad hoc* peuvent prévoir le *défaut* en concevant elles-mêmes expressément des clauses y afférentes dans leur convention d'arbitrage ; elles peuvent procéder à l'emprunt des dispositions relatives au *défaut* d'un règlement d'arbitrage ou d'un texte de loi ou même, simplement renvoyer à ces dispositions pour se les voir opposer.

La procédure par *défaut* dans l'arbitrage *ad hoc* en vertu de la clause du droit applicable insérée dans la convention d'arbitrage est, quant à elle, parfaitement concevable ; il faudra juste le préciser pour éviter tout malentendu en spécifiant par exemple que telle loi (prévoyant aussi le *défaut*) sera d'application pour toutes questions de forme, notamment du *défaut* pour qu'il n'y ait aucune ambiguïté possible sur la volonté des parties sur ce point. D'ailleurs l'idée est clairement exprimée par le législateur OHADA dans l'article 14 alinéa 1 de l'AUA en disposant que : « *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* ».

Pierre Meyer reconnaît que l'acte uniforme n'impose nullement les règles de procédure qu'il édicte. En effet, l'article 14 confère aux parties et aux arbitres une entière liberté dans la fixation des règles de la procédure arbitrale⁴². Henri-Joël Tagum Fombeno va dans le même sens et pense qu'il faut aussi voir dans l'expression « *à vocation à s'appliquer à* » une option laissée aux parties qui peuvent écarter l'application de l'Acte uniforme même lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve sur le territoire d'un Etat partie. [...] c'est d'ailleurs la raison d'être de l'article 14 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui vient préciser et compléter de manière fort utile et fort à propos l'article 1... »⁴³.

Faisant une interprétation syntaxique du mot « vocation » utilisé dans l'article 1 de l'AUA, Joseph Issa-Sayeh estime, quant à lui, que cet article signifie que

⁴⁰ DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, T. II, ; - Pierre VAN OMMESLAGHE, « Les obligations », Volume 1, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 168, § 79.

⁴¹ *Idem*, p. 169.

⁴² Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles 2002, p. 60, § 100.

⁴³ Henri-Joël TAGUM FOMBENO, « Regard critique sur le droit de l'arbitrage OHADA » in www.tagumjoel.com, p. 5.

l'AUA est facultatif ou supplétif et non impératif ; il est « appelé » à s'appliquer à un arbitrage dès lors que le tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties. Il s'ensuit qu'une autre loi que l'Acte uniforme peut être choisie expressément par les parties, même si le siège du tribunal arbitral se situe dans l'espace OHADA⁴⁴. Il se demande d'ailleurs si, en pareil cas, les parties ne peuvent pas recourir à une loi nationale interne sur l'arbitrage de l'un des Etats parties indépendamment du point de savoir si elle est abrogée ou non puisque l'AUA est une loi supplétive⁴⁵.

Pour ce qui nous concerne, nous pensons que tout l'AUA n'est pas supplétif comme il n'est pas entièrement impératif. Il contient des dispositions supplétives pour lesquelles la volonté des parties prime, c'est le cas de l'article 14 alinéa 1, en même temps qu'il contient aussi des dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger⁴⁶.

III. Le défaut dans la procédure arbitrale *ad hoc*

Il existe trois phases charnières dans une procédure arbitrale : la constitution du tribunal (A), la signature du compromis arbitral ou de l'acte de mission (B) et l'instruction du litige (C).

A. Défaut à l'occasion de la constitution du tribunal

L'article 5 de l'AUA apporte une solution qui nous semble satisfaisante en cas de défaillance dans la constitution du tribunal⁴⁷ même si elle n'est pas originale⁴⁸.

⁴⁴ Joseph ISSA-SAYEGH, « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'Ohada », in *Revue Camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, octobre 2001*, p. 22. Ohadata D.-02-20 in daldewolf.com. Dans le même sens, voir Narcisse AKA, « Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage Ohada sur l'arbitrage annoté et commenté, article 35 », cité par Joseph ISSA-SAYEGH, *Idem*.

⁴⁵ Joseph ISSA-SAYEGH, *Idem*.

⁴⁶ Par exemple les dispositions sur la sentence arbitrale (articles 19-24), les dispositions sur les recours contre la sentence arbitrale (articles 25-29), les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (articles 30-34), etc.

⁴⁷ Voir le texte de l'article 5 de l'AUA au § 33 *supra*.

⁴⁸ Elle existait déjà dans beaucoup d'autres textes légaux et dans les règlements d'arbitrage.

II. Doctrine

L'article 5 règle trois questions relatives à la constitution du tribunal arbitral : la composition purement conventionnelle, la constitution conventionnelle sur la base des règles légales et enfin l'assistance judiciaire à la constitution du tribunal arbitral⁴⁹.

Il aurait été souhaitable néanmoins qu'une possibilité soit laissée légalement aux parties de désigner elles-mêmes une « autorité supplétive », personne physique ou morale privée (à l'exemple du barreau, organisme professionnel comme la fédération des entreprises, les syndicats, etc. en fonction de la spécificité de l'objet du litige, par exemple) en plus du juge d'appui étatique ; même si on peut craindre que la désignation de cette autorité puisse connaître éventuellement les mêmes aléas que ceux liés à la constitution du tribunal. Mais cette question peut être résolue en amont dans la clause compromissoire. Il faut noter que cela est possible conventionnellement.

B. Défaut lors de la signature de la convention d'arbitrage

Avant d'aborder ce point (2°), il importe de préciser les termes convention d'arbitrage, clause compromissoire, compromis d'arbitrage, acte de mission, expressions proches mais qui se différencient par des nuances qu'il faut saisir afin d'éviter toute confusion (1°).

1°) Précisions terminologiques

Tout en légiférant sur la convention d'arbitrage, la plupart des textes légaux, qu'il s'agisse de l'AUA ou du code de procédure civile ou autres, ne la définissent pas.

Une convention d'arbitrage est « *une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée* »⁵⁰.

⁴⁹ Pierre MEYER, Note sous article 5, §1 de l'AUA in OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 4^e édition, Juriscope, 2014, p. 151.

⁵⁰ Article 7 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Texte disponible sur le site internet www.cnucci.org. Pour d'amples développements, lire notamment LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, pp. 215 et suiv. ; - MATADI NENGA

La convention porte le nom de « clause compromissoire » lorsqu'elle est rédigée en vue d'un litige futur éventuel. C'est la clause insérée dans un contrat par laquelle les parties à ce contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat⁵¹. Mais il existe aussi une clause compromissoire par référence qui n'est pas contenue dans le contrat litigieux, mais dans des conditions générales ou dans un autre acte (par exemple, le contrat principal auquel le contrat litigieux se rapporte ou un contrat antérieur) auquel le contrat ayant suscité le litige fait référence. L'AUA pose une règle matérielle relative à la clause arbitrale par référence. L'article 3, consacré à la forme de la convention d'arbitrage, dispose que la convention d'arbitrage peut être faite « par référence à un document la stipulant »⁵².

La convention d'arbitrage porte le nom de « compromis d'arbitrage » lorsqu'elle consiste en un accord entre deux parties qui décident de soumettre à tel ou tel arbitre (ou institution arbitrale) un litige précis, déjà né, qui les divise d'ores et déjà⁵³.

En revanche, celles des obligations des parties dont l'aménagement ne pouvait être prévu dans la clause compromissoire ou dans le compromis, sont le plus souvent consignées dans un "acte de mission" qui contient en particulier, l'acceptation de ou des arbitres de sa ou de leur mission, la durée de la procédure lorsqu'elle est différente de celle prévue par la loi, le calendrier procédural, fixe le montant des provisions sur frais et les provisions sur honoraires ou leur mode de calcul, organise la manière dont les comptes seront tenus et désigne la personne, en général l'un des arbitre qui en assurera la gestion⁵⁴.

GAMANDA, *op. cit.*, p. 668, § 777 ; - Jan SCHOKKAERT et Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « L'arbitrage en droit comparé. Aspects particuliers » in *Rev. de Dr. Afric.*, No. 31, RDJA, Bruxelles, Juillet 2004, pp. 227-288.

⁵¹ LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, pp. 215 et suiv. ; - MATADI NENGA GAMANDA, *op. cit.*, p. 668, § 777 ; - Jan SCHOKKAERT et Vincent KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.* ;

⁵² Pierre MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 109, § 175.

⁵³ LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, pp. 215 et suiv. ; - MATADI NENGA GAMANDA, *op. cit.*, p. 668, § 777 ; - Jan SCHOKKAERT et Vincent KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.* ;

⁵⁴ Dictionnaire juridique, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/contrat-d-arbitre.php>

II. Doctrine

L'objectif principal de l'acte de mission est de définir clairement le litige, de manière à ce que les parties ne présentent pas de nouvelle demande en dehors des limites établies par l'acte de mission sans l'autorisation des arbitres.

Dans la pratique arbitrale en RDC, le compromis arbitral et l'acte de mission semble avoir le même contenu, la différence venant seulement, à notre avis, de ce que l'expression « acte de mission » est plus utilisée dans l'arbitrage institutionnel tandis que le « compromis d'arbitrage » semble être préférée par l'arbitrage *ad hoc*.

2°) Défaut lors de la signature du compromis d'arbitrage ou de l'acte de mission

S'il est vrai que le compromis d'arbitrage (acte de mission) est un contrat qui nécessite l'accord de la volonté commune des parties, il faut préciser qu'il s'agit d'un contrat auxiliaire dont la conclusion et la signature sont une obligation qui découle de la clause compromissoire, lorsqu'elle existe, et qu'il complète néanmoins. Car si la clause compromissoire pouvait être complète, il n'y aurait pas besoin de compromis.

Le professeur Lukombe Nghenda n'est pas de cet avis. Il considère que le compromis est un contrat principal, tandis que la clause compromissoire est l'accessoire d'un autre contrat (ex. vente, assurance, transport)⁵⁵. (...) Toujours selon lui, alors que le compromis organise déjà l'arbitrage, la clause compromissoire ne fait qu'en imposer le principe⁵⁶. Il conclut, paraphrasant De Page, que la clause compromissoire n'est autre chose qu'un engagement réciproque de compromettre, le cas échéant, c'est une promesse bilatérale de contracter, éventuellement un compromis⁵⁷.

Cette affirmation rend la clause compromissoire quasiment inutile et elle ne nous semble pas correspondre à la réalité et à l'évolution actuelle du droit d'arbitrage. D'abord, parce que la convention d'arbitrage peut se présenter sous plusieurs formes : clause insérée dans un autre contrat ou tout autre document

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 281.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ De PAGE. *Traité de droit civil. T. II*, n° 507 cité par LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 281.

permettant d'en assurer la preuve et même par référence⁵⁸. Ensuite, quoiqu'insérée dans un contrat principal, la clause compromissoire lui est indépendante et sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat. C'est le principe bien connu de l'autonomie de la convention d'arbitrage. Enfin, la distinction de la terminologie classique entre clause compromissoire et compromis d'arbitrage est abandonnée dans l'AUA et dans certaines législations étatiques⁵⁹ qui les soumettent au même régime juridique et ne retiennent que le terme générique de convention d'arbitrage, ce qui correspond aux tendances modernes du droit d'arbitrage⁶⁰.

Par ailleurs, si une partie refuse de signer le compromis, elle pourrait bloquer la procédure s'il n'y a pas d'autres ressources, l'autre partie n'ayant guère d'autre choix que soit de saisir le juge étatique par une action en indemnité, l'obligation de faire ne se résolvant qu'en dommages-intérêts, ce qui n'aura pas résolu le problème de signature, soit de dénoncer le contrat d'arbitrage par voie de résolution judiciaire notamment, avant de soumettre le litige au juge étatique, ce qui ne serait pas le but initial visé. Comment éviter ce scénario long et coûteux ?⁶¹

Deux solutions sont envisageables : le recours à l'article 164 alinéa 3 du code de procédure civile (1) et le recours aux dispositions supplétives applicables aux éléments constitutifs du compromis (2). Il convient d'examiner aussi l'éventualité pour les arbitres de passer outre la signature du défaillant (3).

⁵⁸ Article 3 de l'AUA et les commentaires repris sous cet article dans OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 4^e édition, Juriscope, Paris, 2012, pp. 146-147.

⁵⁹ Notamment dans les lois jordanienne et égyptienne.

⁶⁰ Article 4 de l'AUA et ses commentaires, voir OHADA, *Idem*.

⁶¹ L'article 11 alinéa 1 de l'AUA n'est d'aucun secours ici. Il limite la compétence du tribunal arbitral à statuer « sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage » ; c'est-à-dire déterminer, en cas de contestation, si les parties ont réellement convenu de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, en d'autres termes, décider si la clause compromissoire ou le compromis existent ou non. S'ils existent, dire s'ils sont valables et peuvent produire leurs effets ou non. Sa compétence s'arrête là.

II. Doctrine

1. Solution de l'article 164 alinéa 3 du code de procédure civile et sa condition

L'article 35 alinéa 1 de l'AUA dispose que : « *Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats Parties* ».

Le caractère tranché de cette disposition a poussé la Côte d'Ivoire à demander l'avis de la CCJA, au point 4-g) de sa requête enregistrée au greffe sous le n°002/2000/EP du 19 octobre 2000 ce qui suit :

« Ce texte doit-il être interprété comme abrogeant complètement tout texte national relatif à l'arbitrage antérieur à cet Acte uniforme dans un Etat-Partie et rendant totalement impossible l'adoption d'un tel texte à l'avenir ? Ou bien doit-il être interprété comme se substituant aux lois nationales existant déjà en la matière sous réserve des dispositions non contraires susceptibles d'exister en droit interne ? ».

Dans son avis No. 001/2001/EP du 30 avril 2001, la CCJA a répondu que : « *l'article 35 de l'Acte uniforme relatif au Droit de l'arbitrage ayant édicté que « Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats Parties », ce texte doit être interprété comme se substituant aux lois nationales existantes en la matière sous réserve des dispositions non contraires susceptibles d'exister en droit interne* »⁶².

La compétence du juge d'appui étant limitée dans l'AUA⁶³, la réponse à la préoccupation évoquée ci-dessus⁶⁴ peut venir de l'article 164 alinéa 3 du code de

⁶² RDC, Ministère de la Justice et des Droits Humains, Commission Nationale OHADA-RDC, *Harmonisation du droit congolais avec les Actes uniformes OIIADA*, Vol. 1, COPIREP, Kinshasa 2011, pp. 95-99). Ainsi, les dispositions du titre V sur l'arbitrage (articles 159-194) du Décret du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile qui ne sont pas contraires à l'AUA demeurent en vigueur. Il en est le cas de l'article 164 alinéa 3.

⁶³ De manière supplétive : en matière de constitution du tribunal (art. 5 alinéa 2 et 8 alinéa 2 de l' AUA), récusation des arbitres (article 7 alinéa 2 de l'AUA), prorogation du délai d'arbitrage (article 12 alinéa 2), administration de la preuve (article 14 alinéa 7 de l'AUA), interprétation de la sentence ou de réparation des erreurs ou omissions matérielles qui l'affectent et l'omission à statuer sur un chef de demande (article 22 de l'AUA) ; de manière principale : en matière de recours en annulation (article 25 de l'AUA) et d'*exequatur* (article 30 de l'AUA).

⁶⁴ § 62.

procédure civile qui dispose que : « *en cas de refus d'une des parties de signer le compromis ou de désaccord sur sa rédaction, le jugement du tribunal compétent aux termes de l'article 166, saisi sur assignation par la partie la plus diligente, vaut compromis* » ; mais à condition de réaliser l'article 166 du même code qui dispose que « *Les parties indiquent dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure le tribunal de première instance auquel elles attribuent compétence en raison de l'arbitrage. A défaut d'accord des parties, le tribunal de grande instance compétent est celui choisi par la partie la plus diligente* ».

L'AUA ne prévoit pas des dispositions analogues et ils ne lui sont pas contraires. Non seulement l'article 164 alinéa 3 est explicite sur la solution à apporter en cas de refus par une partie de signer le compromis, mais également l'expression « *compétence en raison de l'arbitrage* » utilisée par le législateur dans l'article 166 alinéa 1 est suffisamment large pour inclure tous les incidents susceptibles de survenir pendant l'instance arbitrale à l'exception de ceux pour la connaissance desquels l'AUA attribue expressément compétence au juge d'appui ou aux arbitres.

Cependant, pour que cette solution soit appliquée, il faut que ce tribunal ait été préalablement désigné par les parties soit dans la clause compromissoire soit dans une convention ultérieure, le tribunal de grande instance choisi par la partie la plus diligente n'ayant compétence supplétive qu'en cas de désaccord des parties pour en désigner un.

Ainsi, en cas de refus de la signature du compromis par une partie, la partie intéressée peut commencer par proposer à cette dernière un projet de convention de désignation du tribunal auquel elles attribuent compétence en raison de l'arbitrage, son refus éventuel de signature entraînant automatiquement l'application de l'alinéa 2 de l'article 166 du code de procédure civile.

2. Solution des dispositions supplétives de l'AUA sur les points du compromis

Une autre possibilité pour contourner la difficulté est de répertorier les points constituant le contenu du compromis et de vérifier s'il n'existe pas, dans la loi, des dispositions supplétives y afférentes qui donnent compétence soit à l'arbitre soit au juge d'appui pour leur mise en œuvre.

En dehors des éléments d'identification des parties qui, on s'en doute, ne nécessitent pas d'accord mais y sont repris, et qui sont : les noms, adresses,

II. Doctrine

qualités (demandeur ou défendeur), les coordonnées de contact des parties et de leurs conseils éventuels, le compromis d'arbitrage contient généralement les noms, adresses, coordonnées de contact des arbitres (i), leur mission ou l'objet du litige (ii), les modes de notification, communication des documents et de correspondre entre parties et le tribunal (iii), les délais de notification (iv), le calendrier d'arbitrage (v), l'exposé sommaire des faits et prétentions des parties (vi), les points litigieux à résoudre si nécessaire (vii), le droit applicable (viii), le lieu de l'arbitrage (ix), la langue de l'arbitrage (x), le délai de l'arbitrage (xi), les frais d'arbitrage (xii), etc.

Cependant, le contenu du compromis d'arbitrage n'est pas réglementé et tous ces points ne doivent nullement y figurer obligatoirement pour sa validité. Seuls sont prescrits à peine de nullité (du compromis), l'objet du litige et le nom des arbitres⁶⁵.

Matadi Nenga estime que la clause compromissoire ne contenant pas nécessairement les noms des arbitres et ayant été insérée dans le contrat avant même la naissance du litige, ne suffira pas pour entamer l'arbitrage. Les signataires de la clause compromissoire devront donc recourir au compromis pour déterminer l'objet du litige et procéder à la nomination des arbitres⁶⁶. Mais c'est justement parce que des difficultés peuvent surgir dans la désignation conventionnelle des arbitres par voie du compromis que des mécanismes supplétifs ont été mis en place à cet effet aussi bien dans le code de procédure civile à travers son article 161 que dans l'article 5 de l'AUA. Dès lors, une fois les arbitres désignés par le juge d'appui conformément aux dispositions légales faute pour les parties de le faire, la question des noms des arbitres est résolue. Il ne restera plus que l'objet du litige.

L'objet du litige est ce qui est demandé au tribunal. C'est, par exemple, le paiement d'une somme d'argent, la dissolution d'un mariage, le constat de la nullité d'un acte, la démolition d'un ouvrage, la restitution d'un objet, etc.⁶⁷ La demande d'arbitrage n'est pas bilatérale car c'est celle des parties qui en sent la nécessité, qui la formule, ou les deux, alternativement dans l'hypothèse d'une

⁶⁵ Article 165 alinéa 1. Cette disposition n'est pas contraire à l'AUA. Elle est aussi reprise par MATADI NENGA GAMANDA, *op. cit.*, pp. 655-656, § 750 et LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁶ MATADI NENGA, *op. cit.*, pp. 655-656, § 750.

⁶⁷ A. RUBBENS, *Le Droit judiciaire congolais, T.II*, PUC, Kinshasa 2015, p. 65, § 65.

demande reconventionnelle. Même en cas des requêtes simultanées, celles-ci sont individuelles mais elles ne sont pas courantes. Le cas échéant, le tribunal les joint. Ainsi, si une partie n'a pas de demande à présenter au tribunal, on ne peut l'y forcer. Les deux parties ne doivent pas nécessairement avoir des prétentions réciproques et ceci n'est pas une condition de validité du compromis ou de l'arbitrage. Le compromis d'arbitrage n'est pas l'expression exclusive de la demande arbitrale ; la requête d'arbitrage en est une autre. Voire même la réponse à la requête éventuellement. Les faits, les points litigieux et les prétentions de la demanderesse sont nécessairement repris dans la requête qui circonscrit ainsi la mission des arbitres.

L'identité et les coordonnées des parties et des arbitres sont toujours très bien connues au travers d'autres documents : le contrat principal des parties, les correspondances échangées ou toutes sortes de documents, l'ordonnance du juge d'appui désignant les arbitres et dûment notifiée aux parties, la lettre d'acceptation de la mission, etc. Les modes de notification, communication des documents et de correspondance, les délais de notification font partie des éléments de la procédure arbitrale et peuvent être fixés par les arbitres en cas de défaillance des parties ou de refus de l'une d'elles conformément à l'article 14 alinéas 1 et 2 de l'AUA⁶⁸. Parce que le terme procédure désigne l'ensemble des formalités par lesquelles un litige, une difficulté d'ordre juridique peuvent être soumis à un tribunal pour aboutir à une solution juridictionnelle⁶⁹, pour notre part, le calendrier prévisionnel, le siège, le lieu, la langue et les frais d'arbitrage font partie aussi des éléments de procédure et donc susceptibles d'être fixés par les arbitres⁷⁰. Le droit applicable et le délai d'arbitrage peuvent être déterminés

⁶⁸ L'article 14 alinéas 1 et 2 de l'AUA dispose que : « *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. Faute d'une telle convention, le tribunal peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié* ».

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Exemples qui montrent que c'est à l'arbitre qu'est reconnue la compétence de fixer : (i) *le calendrier prévisionnel* (Article 17.2 du Règlement CNUDCI, l'article 24.2 du Règlement CCI et l'article 22.4 du Règlement CEPANI), (ii) *le siège ou le lieu de l'arbitrage* (article 18 du Règlement CNUDCI, article 18 du Règlement CCI, article 21 du Règlement CEPANI), (iii) *la langue* (Article 19 du Règlement CNUDCI, l'article 20 du Règlement CCI et l'article 20 du Règlement CEPANI, article 15.1 alinéa 5 du Règlement CCJA), (iv) *les frais d'arbitrage* (articles 40 à 43 du Règlement CNUDCI), (v) *les délais* (article 25 du Règlement CNUDCI).

II. Doctrine

par les arbitres conformément aux articles 14 alinéas 1 et 2, 15 alinéa 1⁷¹ et 12 alinéa 1⁷² de l'AUA.

Dès lors, en présence d'une clause compromissoire, le compromis d'arbitrage n'est plus une nécessité absolue, une condition *sine qua non* d'arbitrage. Les pouvoirs subsidiaires des juges étatiques et des arbitres le suppléent amplement dans la mesure où, à défaut d'accord des parties, le juge d'appui compose le tribunal, la requête détermine la mission des arbitres et ces derniers fixent la procédure arbitrale par voie d'ordonnance. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris a décidé que « *Si l'une des parties refuse de participer à l'établissement de l'acte de mission, les arbitres peuvent l'établir eux-mêmes et déterminer les règles de procédure applicables sauf clause particulière* »⁷³. Fini le fétichisme traditionnel du compromis coûte que coûte.

3. Les arbitres peuvent-ils passer outre la signature du défaillant ?

La question qui se pose ici est celle de la validité d'une instance arbitrale engagée sur base d'un compromis signé par le tribunal et une partie seuls sans la signature de l'autre et sans recours au juge étatique ou encore sans une ordonnance de procédure émise par les arbitres sur les matières qui, légalement, relèvent de leurs compétences. En d'autres termes, les arbitres peuvent-ils passer outre la signature de la partie défaillante et continuer valablement l'instance arbitrale sans risquer l'annulation de leur sentence ? Cela pose la question du fondement juridique de cette compétence et la réponse nous semble, *a priori*, négative car la compétence de l'arbitre n'a que deux sources : le contrat, principalement, et la loi, subsidiairement. D'eux-mêmes, les arbitres n'ont pas le pouvoir de statuer sur le défaut de signature du compromis par une partie et de décider éventuellement de passer outre cette signature.

⁷¹ L'article 15 alinéa 1 de l'AUA dispose que : « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international* ».

⁷² L'article 12 alinéa 1 de l'AUA dispose que : « *Si la convention d'arbitrage ne fixe pas le délai, la mission des arbitres ne peut excéder six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée* ».

⁷³ Paris 1^{ère} ch., 19 mai 1998, *Gaz. Pal.*, Rec. 2000, somm. p 172, J. n°11, 11 janvier 2000, p. 58.

En effet, le compromis arbitral est un contrat à trois ; et pour donner pouvoir au tribunal et créer ce lien tripartite qui lui permet de régler le litige qui concerne les deux autres parties, celles-ci doivent nécessairement le signer car, dans sa relativité, un contrat ne peut avoir d'effet obligatoire à l'égard d'un tiers *penitus extranei*, en l'occurrence la partie qui ne l'a pas signé, suivant le principe *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*.

Comme toute convention, le compromis d'arbitrage peut être transmis à des personnes qui ne l'auraient pas initialement signée (par cession, subrogation, substitution, succession de droits, stipulation pour autrui, action directe, transmission de créances accessoirement à la transmission de certains biens, adhésion à un contrat préexistant, groupes de contrats, promesse pour autrui, porte-fort...) ⁷⁴. Nous pensons, néanmoins, qu'aucun de ces cas ne s'appliquent au compromis d'arbitrage dans le sens de considérer que le seul fait pour une partie d'accepter la clause compromissoire fait automatiquement d'elle, au cas où elle ne signerait pas le compromis subséquent, un tiers intéressé au compromis signé par l'arbitre et l'autre partie seuls au point de se le voir juridiquement opposer si elle n'y adhère pas.

Les arbitres ne peuvent passer outre la signature d'une partie dans un compromis que dans trois hypothèses : si cela est prévu dans la clause compromissoire, si une loi le prévoit et si, les parties ayant opté pour l'arbitrage institutionnel, cette prérogative est réservée aux arbitres dans le règlement arbitral du centre choisi. Par exemple, le Règlement CNUDCI qui ne prévoit pas l'acte de mission ou le compromis d'arbitrage ⁷⁵, dispose à son article 4.3 que « *le défaut de réponse à la*

⁷⁴ Ses effets peuvent aussi être étendus : à d'autres contrats entre les mêmes parties : il s'agit des contrats complémentaires ou connexes, ou de contrats successifs d'un même courant d'affaire impliquant l'inclusion tacite de la convention d'arbitrage contenue dans un « contrat cadre » ; à d'autres personnes que les signataires de la convention d'arbitrage (hors les cas de transmission) : en principe impossible, cette extension particulière se rencontre à l'égard d'un « tiers » lorsque celui-ci a participé à la négociation, à la conclusion, à l'exécution, à la terminaison du contrat soumis à l'arbitrage (le tiers s'est comporté comme s'il était partie). Un autre motif d'extension se rencontre à l'égard de sociétés d'un même groupe, lorsque l'unité économique de ce groupe de sociétés commande d'étendre les effets de la convention d'arbitrage à une autre société affiliée (Voir Me Louis DEGOS, *Lexique des termes juridiques* in <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/lexique.pdf>, p.3).

⁷⁵ L'acte de mission est une particularité de la CCI. Beaucoup d'institutions arbitrales internationales ne la prévoient pas. Outre le Règlement CNUDCI, c'est le cas notamment du Règlement CIRDI, du Mécanisme supplémentaire CIRDI et du

II. Doctrine

notification d'arbitrage par le défendeur n'empêche pas la constitution du tribunal. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral ». Mais la plupart des règlements arbitraux réservent cette prérogative non pas directement aux arbitres mais aux organes des institutions arbitrales, qu'il s'agisse du défaut de signature des procès-verbaux des audiences préliminaires⁷⁶ ou des actes de mission⁷⁷.

Dans la clause compromissoire, expressément ou par l'adoption d'un centre arbitral, la volonté du défaillant est exprimée et le lie, et dans la loi, la volonté du législateur s'impose à lui à l'exemple de l'article 164 alinéa 3 du code de procédure civile. C'est une autorité extérieure au tribunal qui est habilitée à passer outre la signature du défaillant, le tribunal arbitral ne pouvant le faire que de manière indirecte en vertu de l'autorisation ou de l'approbation de cette autorité. Les arbitres ne peuvent pas passer outre un acte qui fonde leur existence juridique car c'est la volonté commune des parties manifestée par leurs signatures respectives du compromis qui produit l'effet créateur du tribunal et lui donne sa légitimité. A défaut, le juge d'annulation pourrait, très sérieusement, se poser des questions sur la plénitude de l'existence de la convention d'arbitrage. Même en cas de constitution du tribunal arbitral par voie d'une ordonnance supplétive du juge d'appui, cette ordonnance a, juridiquement, la même valeur que le compromis uniquement sur la désignation des arbitres. Elle ne leur donne pas des pouvoirs que ni les parties ni la loi ne leur ont pas expressément donnés.

Règlement CCJA. Généralement, la demande d'arbitrage est notifiée au défendeur qui répond ou ne répond pas. Dans ce dernier cas, il y a des clauses de suppléance. Une fois le tribunal constitué, celui-ci convoque une conférence préliminaire avec toutes les parties pour fixer les différents points de procédure qu'on trouve généralement dans un acte de mission ou dans un compromis arbitral. Cela fait, un procès-verbal contenant tous ces éléments est dressé et signé par les parties et le tribunal.

⁷⁶ La Cour pour la CCJA conformément à l'article 15.2 alinéa 2 du Règlement CCJA ;

⁷⁷ La Cour pour la CCI conformément à l'article 23.3 de son Règlement, le Secrétariat du CEPANI pour le CEPANI selon l'article 22.2 alinéa 2 de son Règlement, le Secrétariat du Centre pour le CENACOM conformément à l'article 17.2 de son Règlement, etc.

C. *Défaut lors de l'instruction du litige par le tribunal*

Une fois le tribunal constitué et le compromis signé, le tribunal peut passer à la phase d'instruction. Mais il peut se faire que pendant cette phase, une partie ne comparaisse pas ou ne soumette pas ses moyens de droit. Dans ce cas, si le tribunal dispose des preuves que les demandes, notifications, avis et autres correspondances sont bel et bien parvenus à la partie défaillante, il peut, après avoir accordé un délai de grâce, continuer la procédure sans égard pour cette dernière. La sentence à intervenir sera naturellement réputée contradictoire.

Conclusion

Comme dans tout contrat, les parties à l'arbitrage doivent faire montre de loyauté lorsqu'elles exécutent les obligations issues de la convention qu'elles ont volontairement conclue. A cet effet, elles ont le devoir de collaborer à cette bonne exécution, elles sont tenues de coopérer et de se faciliter la tâche⁷⁸. C'est cela même l'obligation d'exécution de bonne foi qui leur incombe.

En l'absence de la procédure par *défaut*, exception faite pendant la phase de constitution du tribunal, tout l'édifice du droit OHADA d'arbitrage semble être bâti sur la présomption de la seule bonne foi⁷⁹ des parties à coopérer pour le règlement arbitral de leur litige du début jusqu'à la fin de la procédure. Mais la pratique en RDC démontre avec éloquence que cette confiance n'est toujours pas bien placée et cette présomption n'est que *juris tantum*.

C'est pourquoi, il est nécessaire de développer la culture de la rédaction des clauses compromissoires⁸⁰ plus élaborées incluant le plus d'éléments possibles et des sanctions sous le contrôle du juge étatique (encore lui !), s'il échet. Déterminer déjà dans cette clause le nombre d'arbitres souhaités, la langue, le lieu et le droit applicable ; en cas de choix d'un arbitrage institutionnel, nommer

⁷⁸ KALONGO MBIKAYI, *Droit civil, T.I : Les obligations*, EUA, Kinshasa, 2010, p. 121.

⁷⁹ Fustigeant la limitation de voies de recours en matière d'arbitrage, MATADI NENGA déclare aussi que la garantie réelle ne réside que dans la bonne foi des parties à l'arbitrage (MATADI NENGA GAMANDA, *op. cit.*, p. 647, § 735).

⁸⁰ Les parties se contentent souvent d'une clause compromissoire lapidaire du genre « en cas de litige les parties recourront à l'arbitrage ».

II. Doctrine

expressément le centre voulu, désigner le juge étatique pouvant connaître des incidents. En fait, il s'agit de prévoir, autant que faire se peut, tous les détails nécessaires de nature à enlever du grain à moudre à une partie animée de mauvaise foi, laquelle doit toujours être présumée au moment de la rédaction et de la signature de la convention d'arbitrage, principe de précaution oblige.

Pour plus de clarté et de sécurité juridique, le Secrétariat permanent de l'OHADA devrait proposer, *de lege ferenda*, une modification de l'AUA en vue d'incorporer notamment les dispositions sur le *défaut*⁸¹ dans lesquelles le rôle du juge d'appui pourrait être étendu comme dans le cas de l'article 166 du code de procédure civile cité *supra*⁸² et même celui des arbitres, en maintenant l'interdiction des voies de recours ordinaires⁸³.

Il s'agit de tirer, jusqu'au bout du processus, et ce, pour garantir l'équité procédurale, toutes les conséquences juridiques de la volonté commune des parties exprimée *ab ovo* lors de la prévision de la clause compromissoire *in tempore non suspecto*, la requête arbitrale, la constitution du tribunal et le compromis d'arbitrage, etc. n'étant que des actes accessoires d'exécution de cette volonté première.

L. OKITONEMBO WETSHONGUNDA

⁸¹ Il pourrait s'inspirer notamment des Règlements CNUDCI et CENACOM qui nous semblent plus ou moins complets en matière de *défaut*.

⁸² §§ 67, 68 et 69.

⁸³ L'AUA interdit l'opposition, l'appel et la cassation contre la sentence arbitrale et de toutes voies de recours contre la décision d'*exequatur* sauf le pourvoi en cassation devant la CCJA uniquement contre la décision de refus de l'*exequatur* (articles 25 et 32 de l'AUA).

REVUE DE DROIT AFRICAIN

ISSN : 1372 - 6439

Parution trimestrielle : Fin janvier, avril, juillet et octobre

Prix du numéro simple : 30 € (port compris)*

Abonnement (2017) : 4 numéros par an (au moins 600 pages)

Belgique : 135 € (Particuliers)* et 195 € (Institutions)*

U.E. : 150 € (Particuliers)* et 220 € (Institutions)*

Hors U.E. : 200 € (Particuliers)* et 250 € (Institutions)*

(* Port compris)

Abonnement de soutien : 180 €

Abonnement d'honneur : 250 €

Editeur-Responsable : R.D.J.A. Asbl

**Rue M. Van de Wiele, 16
1030 BRUXELLES**

Dépôt légal : BD 47.630/97 - Bruxelles X

Identification : 8640/97

Banque : ING BANK – BE 82 6303 2074 1168

Contacts :

mkangulu@yahoo.fr