



THÈSE DE DOCTORAT

L'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA

Comlan René VODOUNON-DJEGNI

GREDEG (Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion)

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en Droit
d'Université Côte d'Azur**

Dirigée par : Monsieur Jean-Baptiste RACINE

Soutenue le : 18 mars 2022

Devant le jury, composé de :

Monsieur Yves STRICKLER

Professeur à l'Université Côte d'Azur

Président

Madame Marie-Elodie ANCEL

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Rapporteur

Monsieur Joseph DJOGBENOU

Professeur à l'Université d'Abomey-Calavi

Rapporteur

Monsieur Jean-Baptiste RACINE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Membre

L'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA

Jury :

Président

Yves STRICKLER, Professeur, Université Côte d'Azur

Rapporteurs

Marie-Elodie ANCEL, Professeur, Université Panthéon-Assas Paris II

Joseph DJOGBENOU, Professeur, Université d'Abomey-Calavi

Directeur de thèse

Jean-Baptiste RACINE, Professeur, Université Panthéon-Assas Paris II

La thèse porte sur « *L'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA* » et traite de l'inefficacité du droit OHADA à la phase d'exécution desdites sentences et des conditions d'application de l'immunité d'exécution en matière d'arbitrage. En effet, les règles applicables à l'exécution des sentences arbitrales en droit OHADA ne contiennent aucune exception à l'arbitrage administratif et n'envisagent pas ainsi, l'impact des prérogatives de puissance publique sur l'exécution desdites sentences. Au regard du silence du droit applicable à ces questions, la conception absolue de l'immunité d'exécution en droit OHADA peut s'étendre à l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA, à défaut de renonciation de ces dernières. Mais, pour être valable, la renonciation à l'immunité d'exécution doit être expresse, au sens du droit international coutumier, dont fait partie la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004, applicable en droit OHADA, pour raison de droit. Cette condition de validité de la renonciation pose le problème de l'efficacité des contrats soumis aux règles impératives du droit public ou des conventions et règlements d'arbitrage. Alors, faudrait-il envisager la réécriture des modèles habituels de conventions et règlements d'arbitrage pour y intégrer cette condition ? Cette approche garantirait l'effectivité des sentences arbitrales administratives, sur le fondement de la force obligatoire des contrats (*Pacta sunt servanda*) et de leur exécution de bonne foi. Aussi, pourrait-on renforcer cette renonciation par la mention de biens affectés à l'activité en cause ou à l'exécution de la sentence qui s'ensuivra même sans lien avec l'activité qui y a donné lieu. En tout état de cause, l'immunité d'exécution ne s'oppose ni à l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques, ni à l'exequatur des sentences arbitrales administratives, ni même à l'exécution volontaire ou spontanée desdites sentences dont la mise en œuvre pose également des questions de droit public. Ainsi, en dépit de sa conception absolue ou stricte, l'immunité d'exécution de l'OHADA a des limites à l'égard des sentences arbitrales administratives.

Mots-clés : arbitrage administratif - sentence arbitrale administrative - personnes publiques – investissement - droit des affaires - droit public des affaires - règles impératives du droit public – compensation – exequatur - immunité d'exécution – renonciation à l'immunité d'exécution.

Title : *The execution of arbitral awards against public persons of OHADA*

Abstract :

The thesis focuses on " The execution of arbitral awards against public persons of OHADA " and deals with the ineffectiveness of OHADA law in the execution phase of said awards and the conditions of application of immunity from execution in arbitration. Indeed, the rules applicable to the enforcement of arbitral awards in OHADA law do not contain any exception to administrative arbitration and thus do not consider the impact of the prerogatives of public power on the enforcement of said awards. In view of the silence of the law applicable to these questions, the absolute conception of immunity from execution in OHADA law can extend to the forced execution of arbitral awards rendered against public persons of OHADA, failure to waive them. But, to be valid, the waiver of immunity from execution must be express, within the meaning of customary international law, of which the United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property of December 2, 2004 is part, applicable in OHADA law, for legal reason. This condition of validity of the waiver poses the problem of the effectiveness of contracts subject to the mandatory rules of public law or arbitration agreements and regulations. So, should we consider rewriting the usual models of arbitration agreements and rules to include this condition? This approach would guarantee the effectiveness of administrative arbitration awards, on the basis of the binding force of contracts (Pacta sunt servenda) and their performance in good faith. Also, this renunciation could be reinforced by the mention of property assigned to the activity in question or to the execution of the award which will follow even without connection with the activity which gave rise to it. In any event, immunity from execution does not preclude either the identification of the debtors of the pecuniary judgments of public persons, nor the exequatur of administrative arbitration awards, nor even the voluntary or spontaneous execution of the said sentences whose implementation also raises issues of public law. Thus, despite its absolute or strict design, OHADA immunity from execution has limits with respect to administrative arbitral awards.

Keywords : *administrative arbitration - administrative arbitration award - public persons - investment - business law - public business law - mandatory rules of public law - compensation - exequatur - immunity from execution - waiver of immunity from execution.*

L'Université Côte d'Azur n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Je ne saurais jamais assez remercier Monsieur Jean-Baptiste RACINE, Professeur Agrégé des Facultés de Droit à l'Université Panthéon-Assas, pour sa constante disponibilité et ses conseils tout au long de mes recherches. En dépit du changement de ma situation professionnelle, il a su tenir compte de mes contraintes conjoncturelles en vue de l'atteinte de l'objectif. Qu'il veuille trouver dans le présent résultat, les marques de ma plus profonde gratitude.

Une éminente personnalité a dit que c'est en avançant que l'on trouve le chemin. J'ai trouvé le mien grâce à certaines personnes. Maître Philippe LEBOULANGER, Avocat au Barreau de Paris, Président du Comité Français de l'Arbitrage, se trouve au nombre de ces personnes.

Et comme lui, Madame Marie-Elodie ANCEL, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Paris-Est Créteil, Directeur du Diplôme d'Université Contentieux international des affaires et du *LL.M.* Contentieux international des affaires approfondi. Seul l'Eternel des Armées saura vous remercier pour vos motivations constantes.

Je tiens aussi à remercier profondément tous les membres du jury pour avoir participé au jury de cette thèse.

Ma sincère gratitude va également à tous ceux qui, tout au long de l'élaboration de cette thèse, m'ont témoigné un indéfectible soutien et entretenu en moi la permanente flamme d'achever l'œuvre.

Je ne saurais oublier tout le personnel de l'ED-DESPEG (Ecole doctorale Droit et Sciences économiques, politiques et de gestion) et tous mes amis de Paris, Créteil, Marly-le-Roi, Arcueil et Nice que je ne pourrais nommément citer ici ; remerciements les plus chaleureux.

Enfin, une thèse, c'est aussi une aventure dont le prix à payer est déterminant pour sa réussite. Celui que j'ai payé me paraît trop lourd. Puissent ces quelques pages redonner du sens à ma vie.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>ABRÉVIATION</i>	<i>DÉFINITION</i>
<i>Art. ou art.</i>	<i>Article</i>
<i>ARMP</i>	<i>Autorité de Régulation des Marchés Publics</i>
<i>AUA</i>	<i>Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage</i>
<i>AUPSRVE</i>	<i>Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution</i>
<i>Bull. CCI</i>	<i>Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale</i>
<i>c. ; c/</i>	<i>Contre</i>
<i>Cf.</i>	<i>Confère</i>
<i>CA</i>	<i>Cour d'appel</i>
<i>Cah. arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage</i>
<i>CADHP</i>	<i>Charte africaine des droits de l'homme et des peuples</i>
<i>CCI</i>	<i>Chambre de commerce internationale</i>
<i>CCJA</i>	<i>Cour commune de justice et d'arbitrage</i>
<i>CEDH</i>	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
<i>CIRDI</i>	<i>Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de Justice des Communautés européennes</i>
<i>devenue CJUE</i>	<i>Cour de Justice de l'Union européenne</i>
<i>CNUDCI</i>	<i>Commission des Nations unies pour le droit commercial international</i>
<i>CPIJ</i>	<i>Cour permanente internationale de justice</i>
<i>CVIM</i>	<i>Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>éd.</i>	<i>Edition</i>
<i>Ex.</i>	<i>Exemple</i>
<i>fasc.</i>	<i>Fascicule</i>
<i>G.A.</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé</i>
<i>ERSUMA</i>	<i>Ecole régionale supérieure de la magistrature</i>
<i>GAJC</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>

ABRÉVIATION

Gaz. Pal.

Ibid.

Infra

JDI

JADA

LDIP

Loi type CNUDCI

n°

NDLA

OHADA

op. cit.

p.

Penant

RBSJA

RDAI

Rev. arb.

Rev. cam. arb.

Rev. crit. DIP

RJDA

RRJ

S.

s.

spéc.

Supra

t.

T. conf.

TBI

Trav. Com. fr. DIP

Trib. Arb. CIRDI

DÉFINITION

Gazette du Palais

Ibidem

ci-dessous

Journal du droit international

Journal Africain du Droit des Affaires

Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (Suisse)

Loi type en matière d'arbitrage adoptée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international

Numéro

Note de l'auteur

Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

Ouvrage cité

Page, pages

Revue trimestrielle de droit africain

Revue béninoise des sciences juridiques et administratives

Revue de droit des affaires internationales

Revue de l'arbitrage

Revue Camerounaise de l'Arbitrage

Revue critique de droit international privé

Revue de jurisprudence de droit des affaires

Revue de la Recherche Juridique

Recueil Sirey

suivant, suivants

Spécialement

ci-dessus

Tome

Tribunal des conflits

Traité bilatéral de protection des investissements

Travaux du Comité français de droit international privé

Tribunal arbitral constitué sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

SOMMAIRE *(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)*

RÉSUMÉ	III
REMERCIEMENTS	VI
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VII
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION	10

PREMIÈRE PARTIE :

LA PHASE PRÉPARATOIRE DES MESURES D'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

TITRE 1.- L'IDENTIFICATION DES DÉBITEURS DES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES DES PERSONNES PUBLIQUES DE L'OHADA	47
Chapitre 1.- Les personnes publiques de l'OHADA	48
Chapitre 2.- Les personnes morales distinctes des personnes publiques	70
TITRE 2.- L'EXEQUATUR DES SENTENCES ARBITRALES IMPLIQUANT LES PERSONNES PUBLIQUES DE L'OHADA	95
Chapitre 1.- Les règles matérielles d'exequatur des sentences administratives	99
Chapitre 2.- Les règles procédurales d'exequatur des sentences administratives	177

DEUXIÈME PARTIE :

LA PHASE DE MISE EN ŒUVRE DES MESURES D'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

TITRE 1.- L'EXÉCUTION VOLONTAIRE OU SPONTANÉE DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA	241
Chapitre 1.- La compensation des dettes à la croisée des droits communautaires	244
Chapitre 2.- La mise en œuvre des procédés d'exécution volontaire	275
TITRE 2.- L'EXÉCUTION FORCÉE DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA	294
Chapitre 1.- La conception absolue de l'immunité d'exécution	297
Chapitre 2.- Les limites de la conception absolue de l'immunité d'exécution	333
BIBLIOGRAPHIE	382
INDEX ALPHABÉTIQUE	411
TABLE DES MATIÈRES	415

INTRODUCTION

« Si en matière d'arbitrage international, il est admis que l'Etat et les collectivités publiques soient ramenés au rang de simples particuliers, individus ou personnes morales de droit privé, cette position ne s'impose pas aisément dans l'ordre interne. Au demeurant, il y a lieu de se demander si en légiférant de la sorte le Conseil des Ministres n'a pas engagé les Etats au-delà de ce qu'ils auraient pu accepter dans un autre contexte »¹.

1. L'admission des personnes publiques à compromettre en arbitrage est, de nos jours, commune à la plupart des législations nationales en quête d'investissements et de capitaux. Mais, ce type d'arbitrage est encore loin du standard du CIRDI² institué par la Convention de Washington³ du 18 mars 1965. En effet, les sentences arbitrales rendues sous l'égide de cette prestigieuse institution d'arbitrage international, spécialisée dans le contentieux des investissements opposant des Etats contractants de cette Convention à des ressortissants d'autres Etats contractants, rencontrent moins de résistance à l'exécution⁴, en dépit de quelques rares exceptions⁵. L'immunité d'exécution de l'Etat ne constituerait donc pas un obstacle en soi.

¹ Ph. FOUCHARD, « L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 97.

² Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) est une institution d'arbitrage d'investissement mise en place par la Convention de Washington du 18 mars 1965. Il est l'une des cinq institutions composant la Banque Mondiale que sont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Association internationale de développement (IDA), la Société financière internationale (IFC), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et le CIRDI. V. P. RAMBAUD, « Note sur l'extension du système CIRDI », in *Annuaire français de droit international*, volume 29, 1983, pp. 290-299 ; doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.1983.2554> ; https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1983_num_29_1_2554 ; Fichier pdf généré le 10/04/2018.

³ La Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats a pour objet, au sens de l'article 1(2) de ladite Convention, de « régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention ».

⁴ H. FOUILLET, « Le Consentement de l'Etat à l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », 2010-2011 p. 24. L'auteur affirme que l'immunité d'exécution serait contraire aux obligations au sujet desquelles l'Etat s'est engagé en vertu de la Convention CIRDI et cela pourrait l'exposer à diverses sanctions résultant de la convention. Ensuite, au-delà de l'argument juridique, un Etat ne se soumettant pas à une décision du CIRDI sous prétexte d'immunité d'exécution serait de nature à le décrédibiliser aux yeux de la communauté internationale. En pratique quelques affaires ont marqué les esprits : *Sapphire Int. Petroleum Ltd. V. National Irania Oil Co. Décision du 15 mars 1963*.

⁵ M. ASOUZU, cité par M. OKILASSALI, « La participation des Etats africains à l'arbitrage du CIRDI », Rev. Cam. De l'arb., n°13, Avril-Mai-Juin 2001, p. 12, note ironiquement [...] que « la plus grande contribution des Etats africains, en ce sens [*en matière d'exécution des sentences arbitrales*], consiste à résister aux décisions de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues contre lesdits Etats... ».

2. Mais, la conception absolue ou stricte de l'immunité d'exécution, en droit OHADA⁶, laisse penser que l'exécution forcée des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA pourrait s'y heurter, étant donné que la jurisprudence de la CCJA ne contient, à la date de la présente thèse, aucune décision spécifique sur la question.

Depuis l'arrêt rendu par la CCJA, le 07 juillet 2005, dans une affaire sociale⁷, la reconnaissance de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques semble une menace pour le développement de la pratique de l'arbitrage administratif de l'OHADA. Cette menace est confortée par le silence du législateur de l'OHADA sur l'applicabilité de cette immunité en matière d'arbitrage administratif. En effet, en prescrivant que « *[l'] exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* », l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme de l'OHADA⁸ portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution semble interdire l'exécution forcée des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA.

Contrairement au droit international coutumier, en l'occurrence, la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens⁹ du 2 décembre

⁶ Lequel comprend, dans la présente étude, le droit de l'arbitrage OHADA (art. 21 et s. Traité constitutif OHADA, Règlement d'arbitrage CCJA, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, droit national non contraire), l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et la jurisprudence de la CCJA.

⁷ CCJA, 1ère Ch. arr. n° 43/2005, 07 Juillet 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM ; voy. notamment, O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in M. AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. J.-B. AUBY), Bruylant 2011, p. 14-15 ; F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Rev. cam. arb.*, num. spéc., févr. 2010, p. 136, Ohadata D-11-43, p. 12 ; Ph. FOUCHARD, *op. cit.* ; C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *RBSJA*, 2009, n°23 ; P.-G. POUGOUE, « Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA », Presses Universitaires d'Afrique, 2000, p. 293-294.

⁸ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est née du Traité de Port-Louis (République de Maurice) relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008 est une initiative de quatorze (14) Etats africains membres de la zone franc. A la date de la présente thèse, les Etats parties de l'OHADA sont au nombre de dix-sept (17), à savoir, le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

⁹ Cette Convention, dont la France est signataire, n'est pas encore entrée en vigueur, faute d'un nombre de ratifications suffisant. Comme l'a affirmé un auteur, même si le droit des immunités trouve son fondement dans le droit international public, il n'en demeure pas moins que chaque Etat définit traditionnellement son régime.

2004, en ses articles 18 et 19, l'Acte uniforme de l'OHADA précité ne contient aucune exception à l'arbitrage administratif en matière d'immunité d'exécution.

Alors, le régime de l'immunité d'exécution du droit OHADA ne semble-t-il pas en contradiction avec les objectifs¹⁰ du Traité de l'OHADA ? L'application de cette immunité à l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA, qui ne serait pas fondée sur ces objectifs précités, ne traduirait-elle pas une méconnaissance de la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA ?

3. Afin de répondre à ces questions qui fondent l'objet de la présente thèse intitulé « *L'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA* », nous présenterons, tout d'abord, en quoi consisterait la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA (I), afin de distinguer ce type d'arbitrage de l'arbitrage des contrats administratifs ordinaires. Ensuite, nous tenterons d'analyser pourquoi la méconnaissance de la spécificité de ce type d'arbitrage (II) constituerait un obstacle à l'effectivité des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

I.- LA SPÉCIFICITÉ DE L'ARBITRAGE ADMINISTRATIF DE L'OHADA

4. **L'arbitrabilité des litiges impliquant les personnes publiques de l'OHADA.**- Les Etats parties de l'OHADA, comme la plupart des Etats francophones¹¹, étaient peu enclins à étendre l'arbitrage aux personnes publiques, en dépit de la place prépondérante qu'elles occupent dans les économies¹² de leurs pays.

¹⁰ En l'occurrence, d'une part, les engagements préambulaires de ce Traité consistant, non seulement, à établir un courant de confiance en faveur des économies des Etats parties de l'OHADA, mais aussi, à encourager l'investissement, et d'autre part, l'adoption par les Etats parties de l'OHADA de règles impératives du droit public contenant des offres permanentes à l'arbitrage, pour régir leurs relations avec les investisseurs et opérateurs économiques ?

¹¹ Sur la défense de compromettre sur les matières communicables au ministère public et, plus spécifiquement, en ce qui concerne les conflits mettant en cause l'Etat, la domanialité publique, les communes et les établissements publics, voy. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », PUF, 2016, Paris, p. 150, n°200 et s. ; C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, 2009, n°23, p. 6 et s.

¹² J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », PUF, 2016, Paris, p. 150, n°200 et s. ; J.-M. JACQUET, « L'Etat, opérateur du commerce international », JDI, 1989, p. 657 et s. ; v. aussi, C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, 2009, n°23.

Cette politique publique s'est avérée en déphasage avec leurs besoins de capitaux étrangers et le développement du commerce international¹³. Mais, dès le départ, l'arbitrage ne semblait pas conçu pour le règlement des différends impliquant les personnes publiques. On le constatera davantage avec les termes qui constituaient la notion de l'arbitrage, laquelle ne précise pas le statut, de droit privé ou de droit public, des personnes ou des parties à l'arbitrage.

5. De nombreuses définitions doctrinales existent, et la jurisprudence a dégagé un certain nombre de critères de qualification¹⁴ dont aucun ne précise le statut privé ou public des personnes ou des parties à l'arbitrage. Suivant les plus connues, nous avons retenu celle de René DAVID selon laquelle, l'arbitrage est « *une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes –l'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'Etat* »¹⁵. On constatera que cette définition ne précise pas le statut de droit privé ou de droit public des personnes ou des parties à l'arbitrage, bien que ce statut soit important pour déterminer le régime de l'exécution des sentences qui en résulteraient. De même, un autre éminent auteur du droit de l'arbitrage le définit comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »¹⁶. Cette définition également, laisse entière la question du statut des personnes ou parties à l'arbitrage.

En fait, ces définitions, d'une manière ou d'une autre, témoignent de l'état de la loi sur la participation des personnes publiques à un arbitrage, justifiant ainsi la prudence de la doctrine à les impliquer directement. Aussi, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage

¹³ C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, 2009, n°23, p. 11 et s. Cet auteur a affirmé à cet effet que, « *Une limitation de l'extension de l'arbitrabilité objective serait alors contredite par les nécessités économiques et financières des Etats concernés qui sont tous des importateurs de capitaux, de biens d'équipement durables et de fournitures essentielles diverses. En tout cas, une limitation ne saurait nullement valoir pour les accords d'investissements, contrats d'Etat encore qualifiés d'accords de développement économique, dans lesquels s'engagent les personnes publiques et qui les lient à des partenaires privés étrangers* ».

¹⁴ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 3, n°7.

¹⁵ R. DAVID, « L'arbitrage dans le commerce international », *Economica*, 1982, n°2, p. 9, cité par J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 3, n°7.

¹⁶ Ch. JARROSSON, « La notion d'arbitrage », LGDJ, 1987, p. 372, cité par J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 3, n°7.

a-t-il, sans doute, hérité de cette prudence en ne définissant pas la notion de l'arbitrage¹⁷. Comme l'a affirmé le Professeur MEYER, « *Le droit OHADA ne propose aucune définition de l'arbitrage. Ni le traité, ni l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, ni le règlement d'arbitrage de la CCJA, ne contiennent la moindre définition de l'arbitrage* »¹⁸.

6. Cependant, l'absence de définition de l'arbitrage, en droit OHADA, ne signifie pas que toute tentative dans ce sens soit sans intérêt¹⁹. Elle traduit l'historique de ce mécanisme de règlement des différends contractuels et des obstacles qu'il a dû affronter avant d'être reconnu, de nos jours, comme « *le mode de droit commun des litiges du commerce international* »²⁰. En effet, pendant longtemps, le droit français, droit d'inspiration des Etats parties de l'OHADA, a résisté à autoriser les personnes publiques à participer à un arbitrage²¹. Le Conseil d'Etat français a constamment censuré les tentatives entreprises par les personnes publiques, même les entreprises publiques, en vue de participer à un arbitrage, au motif que les organes de l'Etat « *ne peuvent se dérober aux juridictions étatiques* »²² qui seraient seules susceptibles de procurer les garanties adéquates requises pour la sauvegarde des intérêts publics dont les collectivités publiques ont la charge.

Même le Conseil constitutionnel français y est allé de son appréciation²³ pour retenir que le recours ouvert à l'arbitrage des personnes publiques serait en porte-à-faux avec le principe de la séparation des pouvoirs dont relève la compétence du juge administratif s'agissant, en tout cas, de la réformation et de l'annulation des actes administratifs.

Cette position rigide adoptée par les juges administratif et constitutionnel français n'a, cependant, pas été suivie par le juge civil qui décida d'écarter la prohibition en matière internationale. En 1957, la Cour d'appel de Paris décida, dans l'affaire *Myrtoon Steamship*, qu'il serait contraire « *aux intérêts de l'Etat de défendre à ses représentants d'accepter un*

¹⁷ P. MEYER, *Ibid*, *op. cit.*, p. 22, n°39 et s.

¹⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 22, n°39.

¹⁹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, Domat, p. 41, in BOUCARON-NARDETTO Magali, « Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage », Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2011, p. 19-20, n°10.

²⁰ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 2, n°2.

²¹ *Idem.*, *op. cit.*, p. 150, n°200 et s.

²² Selon C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, 2009, n°23, p. 6 et s. ; CE, 17 mars 1893, Chemin de fer du Nord, S. 1894.3.119, concl. ROMIEU.

²³ *Idem.*, *op. cit.*

mode de règlement de ses différends conforme aux usages du commerce international alors que son refus entraînerait souvent la rupture des pourparlers »²⁴. Cette règle matérielle dégagée en 1957 par la Cour d'appel de Paris a, ensuite, été consacrée et fixée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Galakis*²⁵. Elle deviendra ainsi une règle générale régulièrement appliquée comme ce fut le cas dans l'affaire *Gatoil contre NIOC* où a pu être écarté le moyen de *NIOC* tendant à faire juger que, faute de l'autorisation du Parlement iranien prescrite par la Constitution de l'Iran pour la validité des conventions d'arbitrage conclues par les personnes morales de droit public de ce pays, l'arbitrage était sans fondement. En réponse à ce moyen, la Cour d'appel de Paris avait statué que l'ordre public international interdit à *NIOC* « *de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu entre les parties* »²⁶.

De même, dans des matières non commerciales, et avant la réforme législative du début des années 1980, la jurisprudence française a rompu avec son hostilité à l'arbitrage. Cette tendance est illustrée par l'arrêt *Hecht* du 4 juillet 1972 rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation française²⁷.

En dépit de ces avancées, aujourd'hui encore en droit français, droit de référence de la plupart des Etats parties de l'OHADA, on en est à suggérer l'autorisation du recours à l'arbitrage pour les litiges contractuels intéressant les personnes morales de droit public²⁸.

²⁴ Ibidem, op. cit., p. 7 : CA Paris, 10 avr. 1957, *Myrtoon Steamship*, Rev. Arb. 1957.16, JCP 1957.II.10078, note Motulsky, JDI 1958.1002, note B. Goldman, Rev. Crit. DIP 1958.120, note Y. Loussouarn, D. 1958, 702, note J. Robert.

²⁵ Civ., 2 mai 1966, Rev. Arb. 1966.99, Rev. Crit. DIP 1967.553, note B. Goldman, JDI 1966.648, note P. Level, D.1966.575, note J. Robert.

²⁶ CA Paris, 17 déc. 1991, Rev. Arb. 1993.281, note H. Synvet, et, plus récemment enore, 13 juin 1996, *Sté KFTCIC c/ Sté Icori Estero et autre*, Rev. Arb. 1997.251, note E. Gaillard, RTD com. 1997.236, E. Loquin ; Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, *M. Zanzi c/ J. de Connick et autres*, Rev. Arb. 1999.260, note Ph. Fouchard, RTD com.1999.380, obs. E. Loquin, Rev. Crit. DIP 1999.546, note D. Bruneau, JDI 1999.784, note S. Poillot-Perruzzeto.

²⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 4 juill. 1972, Rev. Arb. 1974.89, avec un commentaire de Ph. Francescakis, p. 67, Rev. Crit. DIP 1974.82, note Level.

²⁸ Arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques, Rapport du groupe de travail présidé par M. Daniel Labetoulle, ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, Paris, www.justice.gouv.fr, 2007, p. 4 ; v. aussi l'étude de Mathias Audit, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », Rev. Arb. 2004, n°3, p. 541. Parallèlement à l'évolution de l'arbitrage en droit interne français, celui impliquant au plan international uniquement les personnes publiques et notamment les Etats, constituait une technique très ancienne relevant du droit international public même si son affirmation ne s'est clairement faite qu'à partir de la fin du 18^e siècle (Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 6^e éd., Collection Domat droit public, Paris, Montcrestien 2004, p. 569). Ainsi, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis ont créé, par les traités Jay du 19 novembre 1794, trois organes arbitraux ; de même, le Venezuela et onze autres puissances ont créé en 1903, des commissions mixtes (Ibid., p. 568). Cet arbitrage prenait place entre deux Etats et était considéré comme « plus respectueux de la souveraineté

7. Cependant, les conceptions et les lois ont évolué sous l'impulsion des conventions internationales et des traités bi et multilatéraux, face à la réalité tangible que l'Etat est un opérateur du commerce international²⁹. Ainsi, les personnes publiques n'ont pu rester en marge de la pratique de l'arbitrage interne et international, étant donné qu'elles sont au cœur des enjeux économiques des Etats.

Alors, ne conviendrait-il pas, de nos jours, de redéfinir la notion de l'arbitrage ? Certainement, cette redéfinition ne manquerait pas de préciser le statut des parties à l'arbitrage, c'est-à-dire, « personnes ou parties [*de droit privé ou de droit public*] » afin de reconnaître, sans ambages, l'aptitude des personnes publiques à y être colitigantes.

8. En tout état de cause, l'arbitrage est un mode de règlement de différends contractuels qui, à certains égards, « fascine » et « effraie »³⁰ tout à la fois. Il ne laisse pas indifférent. Chose passionnante, l'arbitrage est apte à susciter une véritable « séduction intellectuelle »³¹. Il est qualifié de « bête curieuse » ; et, en tant que telle, le recours à l'arbitrage est une question d'opportunité laquelle permet d'en peser le pour et le contre³². Il présente des avantages certains³³, et surtout, il est un tremplin pour la mobilisation des

des Etats que le règlement juridictionnel » (Nguyen Quoc Dihn, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2002, n°525). On a relevé qu'il avait dû « sa reconnaissance et son essor » à « l'esprit pratique des anglo-saxons et leur prédilection pour des solutions transactionnelles » (Ibid.). Mais, son acceptation véritable et son origine ne dépasseraient guère l'affaire dite de l'Alabama (Etats-Unis c. Royaume Uni, sentence du 14 septembre 1872) qui a suivi la guerre de sécession américaine (1861-1865), Ibid.

²⁹ J.-M. JACQUET, « L'Etat, opérateur du commerce international », *JDI*, 1989, p. 657 et s. Ainsi, de nos jours, l'« *extension universelle de l'arbitrabilité aux accords de développement économique s'impose davantage encore dans l'espace OHADA eu égard à l'importance toujours actuelle et réellement déterminante de la présence des personnes publiques dans l'économie. Les investissements les plus significatifs y reposent encore sur l'Etat et sur les personnes publiques* » (D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *RBSJA*, n°22, 2009, p. 33).

³⁰ E. GAILLARD, *JCP* 2010, 585, cité par J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 1, n°1.

³¹ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998, p. 109, cité par J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 1, n°1.

³² Sur les raisons du choix, v. C. Kessedjian, « Droit du commerce international », *Puf. Coll. Thémis*, 2013, p. 437 et s., cité par J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 80, n°85.

³³ Le Professeur J.-B. RACINE affirme que la justice arbitrale est en réalité une autre justice, une justice modelée selon les besoins et la volonté des parties. C'est une justice « sur mesure ». Ainsi, l'arbitrage offre la possibilité aux parties de choisir leurs juges. Voy. L. B. BUSHMAN et E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage ! », *Gaz. Pal.*, 16 sept. 2008, n°260, p. 9, cités par J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 81, n°88 et s. Un autre avantage de l'arbitrage réside dans la confidentialité. L'arbitrage fournit en outre un forum véritablement neutre. Un autre atout que les parties trouvent dans la justice arbitrale est d'être jugées différemment par un arbitre que par un juge étatique. De plus, l'arbitrage est un mode de résolution des litiges apte à appréhender les situations complexes. Il est également dit que l'arbitrage présente les avantages de la rapidité. Un autre avantage parfois relevé tient au caractère « lénifiant » de l'institution. V. en ce sens, H. MOTULSKY, in *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, p. 408. Voy. aussi, E. Loquin, « Arbitrage. Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients », *Jurisclasseur Proc. Civ.*, Fasc. 1005, 1997. Ensuite, l'arbitrage institutionnel apporte la sécurité juridique par

capitaux et investissements privés, une garantie pour les investisseurs et opérateurs économiques à l'égard des personnes publiques³⁴.

9. Lorsqu'un arbitrage met en présence un Etat, sujet de droit international, et une personne privée, « *la qualification généralement retenue est celle d'arbitrage mixte ou encore d'arbitrage transnational* »³⁵, c'est-à-dire, arbitrage administratif ou arbitrage du droit administratif ou du droit public.

L'arbitrage administratif.- C'est l'arbitrage dans lequel l'une des parties litigantes, comme nous l'affirmons ci-dessus, est une personne publique, c'est-à-dire, l'Etat, sujet de droit international³⁶. L'issue de ce type d'arbitrage est une sentence arbitrale dénommée, dans la présente étude, sentence administrative ou sentence arbitrale administrative ou sentence impliquant une personne publique ou encore sentence dont une personne publique est partie.

Le système mis en place par le CIRDI pour régler un contentieux entre un Etat et une personne privée étrangère portant sur les investissements, relève de la catégorie des arbitrages mixtes ou transnationaux comme définis ci-dessus. C'est aussi le cas de la CCJA, laquelle a vocation à connaître des litiges d'ordre contractuel impliquant les personnes publiques de l'OHADA, sans pour autant la comparer au système CIRDI, en ce qu'il s'agit d'un arbitrage spécifiquement dédié aux différends impliquant les personnes publiques parties à la Convention de Washington précitée.

10. On parle d'arbitrabilité subjective lorsqu'on fait référence à la nature particulière des personnes appelées à être parties à une convention d'arbitrage³⁷. Par

la référence à un règlement d'arbitrage et par l'intervention d'une institution. Quant à l'arbitrage ad hoc, il a un caractère informel, plus grande rapidité, coûts généralement plus réduits, etc.

³⁴ C'est dans cette perspective qu'a été adoptée la Convention de Washington du 18 mars 1965 instituant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI).

³⁵ P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », Bruylant Bruxelles, 2002, p. 39, n°74.

³⁶ Voy. F. RIGAUX, « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », Mél. GOLDMAN, 1982, p. 261 et s., auteur cité par P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », Bruylant Bruxelles, 2002, p. 39, n°74 : « lorsqu'un arbitrage met en présence un Etat, sujet de droit international, et une personne privée, la qualification généralement retenue est celle d'arbitrage mixte ou encore d'arbitrage transnational ». Pierre DELVOLLE utilisera le terme d'arbitrage « administratif ». Cf. P. DELVOLLE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », Note sous T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale*, AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. CASSIA ; D. 2010. 1359, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée, RFDA 2010 p.971.

³⁷ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 150, n°200.

définition, l'arbitrabilité³⁸ est la possibilité pour une matière, une question ou un litige d'être soumis au pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

On distingue traditionnellement l'arbitrabilité objective, qui recouvre les règles relatives à l'objet du litige, et l'arbitrabilité subjective, qui a trait, comme définie ci-dessus, à celles qui touchent à la personne des parties. Selon le Professeur JARROSSON, « *la seule et véritable arbitrabilité est celle dite objective* »³⁹, le statut de la partie litigante étant déjà inclus dans l'objet du litige. Par exemple, un arbitrage portant sur un contrat administratif indexe nécessairement un cocontractant de droit public, c'est-à-dire une personne publique.

Mais, on ne saurait ne pas parler d'arbitrabilité subjective, au regard de l'aptitude des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage. Ce type d'arbitrage relève de l'arbitrabilité subjective, comme l'a affirmé *supra*, le Professeur Jean-Baptiste RACINE, en référence à la nature particulière des personnes appelées à être parties à une convention d'arbitrage.

Ainsi, en droit de l'arbitrage OHADA⁴⁰, l'arbitrabilité subjective des litiges impliquant les personnes publiques de l'OHADA est consacrée, à l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage du 11 mars 1999, révisé le 23 novembre 2017, en ces termes : « *Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les*

³⁸ M. De BOISSESON, P. DUPREY, « L'arbitrabilité subjective en matière de droit des sociétés », *Gaz. Pal.* 19 déc. 2002, n°353 - page 18.

³⁹ Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJCom.* 1996, p. 1, spéc., p. 1-2, cité par J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 150, n°200.

⁴⁰ Il convient de préciser que le droit de l'arbitrage OHADA est composé de deux corps de règles distincts, constitués par un arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le droit national non contraire, et un arbitrage spécifique de la CCJA régi par les articles 21 et suivants du Traité constitutif de l'OHADA et le Règlement d'arbitrage de la CCJA. V. P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'Acte uniforme », *Rev. arb.* 2010, n°3, p. 13 et s. Sur l'abrogation des lois nationales par les actes uniformes, v. CCJA, avis 001/2001 du 30 avril 2001 et J. Issa Sayegh, « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats parties », *Rev. burkinabè de droit*, 2001, n° spécial, p. 51 et s. Sur la portée abrogatoire de l'art. 35 de l'AUA, v. les observations de P. MEYER sous cette disposition in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, spéc. p. 150 et s. Dans un arrêt du 17 juillet 2008 rendu en Assemblée plénière (CCJA, Arrêt n° 45 du 17 juillet 2008), la CCJA affirme expressément le caractère spécifique ou dérogatoire de l'arbitrage CCJA par rapport au droit commun de l'arbitrage OHADA. Il s'agissait d'un recours en contestation de validité contre une sentence rendue dans le cadre de l'arbitrage CCJA où les dispositions de l'Acte uniforme sur l'arbitrage portant sur le délai d'arbitrage étaient invoquées à l'appui de l'annulation de la sentence parce que celle-ci avait été rendue après l'expiration du délai d'arbitrage prévu par les articles 12 et 16 de l'Acte uniforme. Dans cet arrêt, la Haute juridiction affirme que « *l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA* ». Les textes applicables à l'arbitrage CCJA sont, relève la Cour, « *le Titre IV du Traité de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, le Règlement intérieur de la Cour, leurs annexes et les barèmes des frais d'arbitrage* ».

établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, [...] ». En effet, les Etats parties de l'OHADA se sont engagés à assurer la sécurité juridique⁴¹ et judiciaire des activités économiques dans l'espace OHADA « *afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* »⁴². Alors, l'arbitrage a été identifié et promu « *comme instrument de règlement des différends contractuels* »⁴³. Les personnes publiques de l'OHADA ont donc été admises à compromettre en arbitrage. A partir de cette admission, un auteur a affirmé que « *la présence de l'Etat et les considérations d'ordre public national ne constituent plus des obstacles à l'arbitrage [...]* »⁴⁴.

Ainsi, après avoir, à l'alinéa 1 de l'article 2, rendu l'arbitrage accessible à toute personne physique ou morale de l'OHADA sur les droits dont elle a la libre disposition⁴⁵, le législateur africain⁴⁶ l'a étendu ensuite, au sens de l'alinéa 2, du même article, aux personnes publiques de l'OHADA, mais également aux personnes publiques tierces, selon Alain FENEON⁴⁷.

⁴¹ « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ». Cf. Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », Rapport public 2006 cité par Analet Nzohabonayo, « Préservation de la sécurité juridique et judiciaire des affaires à travers les formations : cas de l'ERSUMA et des commissions nationales OHADA ». Cf. site Internet :

<https://academic.oup.com/ulr/article/23/1/127/4943955> by guest on 12 September 2020.

⁴² Cf. Préambule du Traité de l'OHADA, fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Cf. J.-P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Travaux du comité français de droit international privé, éd. Pedone, 1994, p. 83 ; Eric SCHWARTZ, « The domain of Arbitration and issues of Arbitrability : the view from the ICC », p. 19, ICSID Review, vol. 9, n°1 Spring 1994 ; in R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international », Rev. Cam. Arb., n°3, Oct.-Nov.-Déc. 1998, p. 6.

⁴⁵ La libre disposition des droits renvoie à la notion d'arbitrabilité, c'est-à-dire aux différends arbitrables, les litiges pouvant être soumis aux tribunaux arbitraux. L'arbitrabilité concerne la question de savoir si un litige peut être tranché par la voie de l'arbitrage et ne doit pas, au contraire, relever des juridictions étatiques. Ainsi, un droit est disponible lorsqu'il est sous l'absolue maîtrise de son titulaire, qui peut tout faire à son propos, notamment l'aliéner et même y renoncer. Sur cette question, voy. P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », éd. Bruylant, 2002, p. 100, n°161 et s. Voy. aussi, P. LEVEL, « L'arbitrabilité, in Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage », Rev. Arb., 1992, p. 195 et s. ; P. ANCEL, Juriscl. Proc. Civ., Fasc. 1024 ; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*, un réexamen », J.D.I., 1989, p. 899 et s.

⁴⁶ Suivant les employés par le Professeur P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », éd. Bruylant, 2002.

⁴⁷ Voy. A. FENEON, P.-G. POUGOUE et J.-M. TCHAKOUA, « Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA », p. 48. L'interprétation de l'article 2, alinéa 2 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est source de difficulté dans la mesure où certains auteurs se réfèrent à l'esprit du texte (Voy. Ph. FOUCHARD,

Alors, étant donné que les personnes publiques de l'OHADA peuvent désormais être parties à un arbitrage, en quoi consisterait la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA ? Nous avons évoqué tantôt, qu'en matière d'arbitrage, outre l'arbitrabilité subjective⁴⁸, certaines matières peuvent également être admises en arbitrage. C'est l'arbitrabilité objective.

11. Conformément à la loi française du 17 avril 1906, a affirmé le Professeur J.-B. RACINE, les marchés de travaux publics et de fournitures ont été admis en arbitrage. Il existe également une disposition dans le droit de l'archéologie préventive prévoyant le recours à l'arbitrage (*art. L. 523-10 al. 1 C. patrim.*).

De plus, l'arbitrage a été autorisé dans le domaine des contrats de partenariat (*dits partenariats publics-privés*). On peut citer également les matières relatives à l'énergie hydraulique et à l'organisation du Championnat d'Europe de football de l'UEFA 2016⁴⁹.

12. On peut ainsi, observer que l'arbitrage impliquant les personnes publiques en droit français, n'a été admis que dans des matières stratégiques relevant de la politique de développement économique de l'Etat. En comparaison avec le droit OHADA, les personnes publiques ont été admises à être parties à un arbitrage « *quelle que soit la nature juridique du contrat* » en litige, au sens de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Cette disposition de l'Acte uniforme semble étendre l'arbitrabilité objective des litiges impliquant les personnes publiques de l'OHADA à tous les contrats administratifs alors que le champ d'application du Traité de l'OHADA ne semble couvrir

G. KENFACK-DOUADJINI et J. M'BOSSO, « L'arbitrage OHADA » *in* commentaire sous article 2, alinéa 2 de l'AUA, Code vert, éd. 2016, p. 151), alors que d'autres s'en tiennent à la lettre (J. ISSA-SAYEGH, « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage OHADA », p. 25, *in* Code vert, *ibidem*). Voy. CCJA, arrêt n°012/2011, 29 nov. 2011 : Ohadata J-13-142, *in* Code vert, éd. 2016, p. 151.

⁴⁸ A. MESTRE, « Les établissements publics industriels et commerciaux et le recours à l'arbitrage (l'apport de l'article 7 de la loi du 9 juillet 1975) », *Rev. Arb.* 1976, p. 3, cité par J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 153, n°206). Selon le Professeur J.-B. RACINE, dont les termes ont été intégralement rapportés, ci-après, aux fins de préserver leur intégrité, l'autorisation à compromettre n'est pas générale et ne concerne pas tous les établissements publics et commerciaux. Cette autorisation peut résulter d'un décret ou d'une loi. Ainsi, la SNCF a été autorisée à recourir à l'arbitrage par la loi du 30 décembre 1982 (aujourd'hui, art. L. 2141-5) (Pour davantage d'informations sur les exceptions du droit français en matière de prohibition à compromettre en droit interne, v. J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 153, n°206 et s.

⁴⁹ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 155, n°207. L'art. 3 de cette loi citée par l'auteur dispose : « Par dérogation aux dispositions du code de justice administrative déterminant les compétences des juridictions de premier ressort, les contrats passés par les personnes morales de droit public en lien avec la construction ou la rénovation des enceintes sportives destinées à accueillir l'UEFA (Union des associations européennes de football, plus connue sous son sigle UEFA, correspondant à son nom en anglais *Union of European Football Associations*, parfois interprété en « Union européenne de football association ») 2016 et des équipements connexes permettant le fonctionnement de celles-ci ainsi qu'avec l'organisation et le déroulement de cette même compétition peuvent prévoir le recours à l'arbitrage avec application de la loi française ». Sur cette disposition, v. M. MAISONNEUVE, *Rev. arb.* 2011, p. 801.

que le domaine du droit des affaires⁵⁰, dont, les contrats administratifs régissant les relations d'affaires entre l'Etat ou les personnes publiques de l'OHADA et les investisseurs et opérateurs économiques. Ces relations traduisent ce que Sophie NICINSKI⁵¹ a dénommé « *Droit public des affaires* ».

13. Le droit public des affaires⁵², par définition, est le droit des relations entre l'Administration et les opérateurs économiques. Il regroupe ce que l'on appelle communément le droit public économique (*administration de l'économie et entreprises publiques*) et le droit de la commande publique. C'est une discipline qui, selon Sophie NICINSKI précitée, repose sur trois piliers que sont les trois positions de l'Administration vis-à-vis du monde économique, les trois corpus de règles constituant le droit public des affaires, dont celle par laquelle les personnes publiques, en position de demandeurs sur le marché, engagent une relation de collaboration avec les opérateurs économiques pour satisfaire leurs besoins. En effet, c'est aux Etats qu'il appartient d'assurer, notamment, la construction d'autoroutes, de ports, de centrales électriques, de distribution d'eau de ville, des transports, de l'assainissement urbain, et même, en Afrique du Sud, de la gestion de services judiciaires⁵³.

La plupart des Etats parties de l'OHADA s'inscrivent dans cette mission de service public, et sont en position de demandeurs sur le marché de capitaux pour l'exploitation de ressources minérales dont l'extraction mobilise des investissements considérables. C'est le cas, notamment, du Gabon, de la Guinée Equatoriale, du Cameroun, du Congo et du Tchad pour le pétrole, du Gabon pour le gaz naturel, le manganèse et l'uranium métal, de la Guinée pour la bauxite, l'alumine, l'or et le diamant, du Mali pour l'or et du Niger pour l'uranium et l'or⁵⁴.

⁵⁰ « ... entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure... ». Art. 2, Traité de l'OHADA.

⁵¹ Cf. S. NICINSKI, « Droit public des affaires », L.G.D.J., Précis Domat Droit public, 5^e éd., 09/2016.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Cf. C. D. SOSSA, *op. cit.*, p. 38. Voy. aussi, O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in Mathias AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. Jean-Bernard AUBY), Bruylant 2011..

⁵⁴ Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), Rapport sur l'investissement dans le monde. Sociétés transnationales, industries extractives et développement, New York/Genève, 2007, p. 7, Tableau III.5, p. 7 ; « Productions minières en UEMOA. Source BCEAO, septembre 2004 », www.izf.net ; v. sur le même site, « Réalisations et perspectives de l'intégration en

Cette position de l'Etat vis-à-vis du monde des affaires traduit la place assez importante qu'il occupe dans l'économie nationale, tant les besoins de développement économique sont importants. Il s'engage alors envers les partenaires privés étrangers⁵⁵, mais également locaux⁵⁶, à travers divers types de contrats⁵⁷, notamment, les accords d'investissements, appelés « contrats d'Etat »⁵⁸ ou « accords de développement économique »⁵⁹. Ces mécanismes juridiques, sous couvert de Partenariats Publics Privés (PPP)⁶⁰, sont des contrats administratifs, mais des contrats administratifs spécifiques, en comparaison avec les contrats administratifs ordinaires qu'il y a peu d'intérêt ou d'enjeu à soumettre les contentieux à l'arbitrage.

Afrique Centrale. Les politiques sectorielles », in C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, 2009, n°23, p. 35.

⁵⁵ Les partenaires privés étrangers sont, comme le précise D. C. SOSSA, des investisseurs privés étrangers, connus aussi sous la dénomination d'opérateurs économiques étrangers. Il s'agit en général, d'entreprises multinationales ou transnationales dont les capitaux peuvent d'ailleurs être détenus par des personnes publiques mais avec un statut d'entreprise privée. Cf. D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », Ohadata, D-10-50, p. 7.

⁵⁶ Les sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA rendues sous l'égide de la CCJA montrent la participation des investisseurs locaux dans le besoin de capitaux de leurs Etats.

⁵⁷ V. les différentes formes juridiques de ces contrats dans D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », Ohadata, D-10-50, p. 24 et s.

⁵⁸ Sur la notion de contrat d'Etat, v., entre autres pour la doctrine récente, S. CHAILLE de NERE, « Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé », Préface de J.-P. LABORDE, Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, n°102 et s., citée par D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », Ohadata, D-10-50, p. 6.

⁵⁹ Sur la notion d'accord de développement économique, voy. D. C. SOSSA, *op. cit.*, notamment la sentence Texaco (California Asiatic Oil Company (Calasiatic) et Overseas Petroleum Company (Topco) c. Gouvernement de la République Arabe Libyenne (Fond, 19 janvier 1977, JDI 1977.350) où, après avoir relevé que les accords d'investissements constituent « une nouvelle catégorie d'accords entre Etats et personnes privées : les accords de développement économique », l'arbitre unique, René Jean Dupuy a précisé qu'ils sont caractérisés par leur objet « particulièrement ample », « ils ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter à un pays en voie de développement des investissements et une assistance technique, notamment dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales ou dans la construction d'usines... », leur longue durée impliquant « une étroite collaboration entre l'Etat et son cocontractant » et des « installations durables » et leur objectif de coopération. Voy. aussi, E. I. NWOGUGU, « Legal Problems of Foreign Investments », 153 RCADI (1976-5), p. 167 ; J. N. Hyde, « Economic Development Agreement », 101 RCADI (1962-I), p. 271 ; Detlev F. Vagts »Transnational Business Problems », Mineola, N. Y., The Foundation Press Inc. 1986 (University Casebook Series) ; Didier Lamèthe, « Les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation. (Esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud) », JDI 1992.87.

⁶⁰ La forme des PPP « apparaît aujourd'hui comme une lame de fond du droit des contrats publics à l'échelle mondiale ». Le PPP est présenté comme un concept qui « traduit l'idée d'une plus grande association des personnes privées dans la définition et la réalisation de projets publics » et qui « prend la forme d'un partage (...) des responsabilités entre pouvoirs publics et entreprises privées ». Cf. F. LICHERE et B. MARTOR « Essor des partenariats public privé en Afrique : réformes et perspectives d'avenir », RDAI 2007, p. 297 et 298, cité par D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », Ohadata, D-10-50, p. 24.

14. Comme en droit français cité ci-avant, ces contrats s'inscrivent dans la politique de développement économique de l'Etat que le champ d'application du Traité de l'OHADA ⁶¹ ne couvre pas. Limité au domaine du droit des affaires, le champ d'application de ce Traité ne contient pas de règles du droit public des affaires, c'est-à-dire, de règles impératives du droit public lesquelles constituent la matérialité des relations entre l'Administration et les opérateurs économiques à travers divers contrats publics qui y relèvent.

Règles impératives du droit public.- Dans leurs stratégies d'attraction des investissements, les Etats parties de l'OHADA se sont dotés de lois comportant des offres permanentes⁶² à l'arbitrage pour le règlement des litiges éventuels avec les opérateurs économiques et investisseurs dans le cadre, soit de l'occupation du domaine public⁶³, soit de la commande publique⁶⁴. Il s'agit de règles impératives du droit public constituées de contrats de marchés publics⁶⁵, de partenariat et de délégation de service public. Ces règles

⁶¹ « ... entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure... ». Art. 2, Traité de l'OHADA.

⁶² C'est le cas, par exemple, de la Loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin dont l'article 148 dispose : « Tout litige qui a fait préalablement l'objet d'un recours gracieux ou hiérarchique et qui n'a pas été réglé à l'amiable, est porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les instances arbitrales compétentes ». C'est aussi le cas de la Loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin.

⁶³ En droit français, un contrat d'occupation du domaine public est un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée, autorisant cette dernière à occuper à titre temporaire une partie du domaine public : c'est par exemple le cas des terrasses des cafés sises sur les trottoirs. L'article L. 2125-1 de l'Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques est complété par un dernier alinéa ainsi rédigé : « Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement ».

⁶⁴ Art. L2, Ord. n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique dispose : « Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières ». L'expression « commande publique », est apparue en doctrine avant d'être reprise dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics par le décret du 7 mars 2001. (Elvira TALAPINA, « Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe », *op. cit.*, p. 326).

⁶⁵ Un marché public est un contrat administratif conclu à titre onéreux entre un organisme public et un fournisseur ou un prestataire pour répondre aux besoins d'un organisme public en matière de travaux, de fournitures ou de services. Dans l'affaire SMAC c/ Ryanair, le contrat régissant les relations entre les deux parties est constitutif d'un marché public de services. Cf. M.-Ch. de MONTECLER, « Le juge administratif

ont été, en France, les catalyseurs de l'incertitude qui caractérisait, comme en droit OHADA, le régime juridique de l'arbitrage administratif.

Elles sont définies comme des règles « *relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* »⁶⁶.

Elles sont dites impératives en ce qu'on ne peut y déroger. Elles s'imposent à tous, en raison de leur caractère d'ordre public ; elles relèvent du droit public des affaires analysé ci-avant. En ce sens, elles s'opposent aux règles supplétives auxquelles les parties peuvent déroger par convention. Les clauses en contradiction avec une règle impérative sont nulles ; mais, cette nullité est relative, car, la partie qui est protégée par une règle impérative pourrait y renoncer expressément pour autant qu'elle soit consciente des conséquences de sa renonciation et après la survenance d'un événement qui justifie la protection. C'est le cas des personnes publiques qui peuvent valablement renoncer à leur immunité d'exécution lorsque sont en cause les règles impératives du droit public.

Ainsi, les contentieux relatifs aux contrats administratifs soumis aux règles impératives du droit public portent généralement, soit sur les marchés d'occupation du domaine public, soit sur la commande publique. Quel est l'intérêt d'étudier ces règles dans la présente thèse ?

En affirmant, ci-avant, que les règles impératives du droit public ont été, en France, les catalyseurs de l'incertitude qui caractérisait le régime juridique de l'arbitrage administratif, il faut remarquer que ces règles, d'une part, fondent la compétence des juridictions administratives⁶⁷, et d'autre part, justifient l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques sans se heurter à leur immunité

face à une sentence arbitrale en matière de marchés publics », Dalloz Actualité (<http://www.dalloz-actualite.fr>), 25 avr. 2013 : le Conseil d'Etat estime que « l'ensemble contractuel », liant le SMAC à Ryanair, « conçu pour répondre aux besoins de la personne publique moyennant un prix versé à son cocontractant, est constitutif d'un marché public de services au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics ».

⁶⁶ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 160, n°215. T. confl., 17 mai 2010, D. 2010, p. 2633, note S. LEMAIRE ; AJDA 2010, p. 1564, note P. CASSIA. V. aussi M. LAZOUZI, « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois. A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 653 ; M. Audit, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM) », *Rev. arb.* 2010, p. 253.

⁶⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 163, n°218 et s. Voy. aussi, M. AUDIT, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », *Cah. Arb.* 2015, p. 235 ; L. Jeager, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2015, p. 253.

d'exécution. Elles relèvent d'un régime juridique du droit public, à la lumière des affaires *INSERM* et *Ryanair (SMAC)*⁶⁸.

Aussi, l'arbitrage impliquant les personnes publiques de l'OHADA peut-il être considéré comme un arbitrage spécifique ou particulier, parce que le contrat administratif à l'origine de cet arbitrage est soumis aux règles impératives du droit public déterminantes pour justifier la compétence des juridictions administratives à l'exequatur des sentences qui en sont issues, comme dans les affaires *INSERM* et *Ryanair (SMAC)* évoquées ci-dessus.

Les législations des Etats parties de l'OHADA, contiennent, comme nous l'avons rappelé tantôt, des lois relatives aux règles impératives du droit public⁶⁹ ; en outre, l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage induit, comme le droit public des affaires, des relations entre lesdites personnes publiques et leurs cocontractants privés.

En somme, ce sont les règles impératives du droit public qui donnent aux contrats administratifs leur spécificité, et par ricochet, à l'arbitrage administratif ou l'arbitrage impliquant les personnes publiques. Donc, ce type d'arbitrage sera dit « spécifique », lorsque le contrat litigieux est soumis aux règles impératives du droit public.

15. Mais, le droit OHADA⁷⁰ ne semble pas reconnaître cette spécificité à l'arbitrage impliquant les personnes publiques de l'OHADA. L'exequatur des sentences issues de ce type d'arbitrage ne relève pas d'une formation administrative de la CCJA. Il en est de même du droit interne des Etats parties de l'OHADA qui ne mentionne pas spécifiquement la compétence des juridictions administratives en la matière. La méconnaissance de la spécificité de ce type d'arbitrage ne constituerait-elle pas alors un obstacle à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA ?

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Il en est ainsi, notamment, en droit béninois, de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics et de la Loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé.

⁷⁰ Lequel comprend le droit de l'arbitrage OHADA (art. 21 et s. Traité constitutif OHADA, Règlement d'arbitrage CCJA, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, droit national non contraire), l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et la jurisprudence CCJA.

II.- LA MÉCONNAISSANCE DE LA SPÉCIFICITÉ DE L'ARBITRAGE ADMINISTRATIF DE L'OHADA, OBSTACLE À L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES

16. L'arbitrage est une institution commune au droit privé et au droit public⁷¹. Il est régi par des principes fondamentaux de procédure applicables à tout arbitrage⁷² de droit privé et de droit public.

Mais, s'il est aisé de cerner le régime juridique de l'exécution des sentences issues d'un arbitrage de droit privé⁷³, celui de l'exécution des sentences issues d'un arbitrage de droit public, c'est-à-dire, l'arbitrage de droit administratif, « est assez incertain »⁷⁴.

En effet, la question se pose de savoir s'il faut appliquer « les règles du Code de procédure civile ou bien [s'il y a] un régime particulier de l'arbitrage administratif »⁷⁵. Le législateur africain n'a pas répondu à cette question.

Outre ce silence, source d'insécurité juridique et judiciaire de l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA, l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA ne semble laisser aucune perspective à l'exécution forcée de ces sentences, en ce qu'elle ne contient aucune exception en matière d'arbitrage.

Aussi, conviendrait-il de savoir pourquoi la méconnaissance de la spécificité de l'arbitrage impliquant les personnes publiques de l'OHADA constituerait un obstacle à

⁷¹ M. BOUCARON-NARDETTO, « Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage », Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2011, p. 23, n°12. Pour une étude commune au droit international privé et public, l'auteur de cette thèse a cité J. RIDEAU, *L'arbitrage international (public et commercial)*, Paris, A. COLIN, 1970. Les traces de l'arbitrage international public sont anciennes : cf. notamment S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000.557 ; D. ROEBUCK, « *Cleopatra Compromised* : Arbitration in Egypt in the First Century BC », 2008, 74, *Arbitration*, 3, 263 ; VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, « L'arbitrage dans la Grèce antique, époques archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000.9 ; Q. D. NGUYEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 964, n° 525.

⁷² Cf. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », op. cit., p. 393, n°587 et s. sur les principes fondamentaux de procédure applicables à tout arbitrage. Voy. également, G. KAUFMANN-KOHLER, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth.

⁷³ En fonction du type d'arbitrage (CCJA ou arbitrage droit commun), l'exécution d'une sentence issue d'un arbitrage de droit privé est régie, au Bénin, par le Titre IV du Traité de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes de la République du Bénin.

⁷⁴ Cf. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », op. cit., p. 162, n°218.

⁷⁵ *Ibid.*, op. cit., p. 162, n°218.

l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA. Il s'agira d'analyser brièvement le régime juridique de l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA et celui de leur exécution volontaire et forcée afin de relever l'inefficacité du droit OHADA en matière d'exécution desdites sentences.

17. **L'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.-** La question est de savoir pourquoi le législateur africain n'a pas envisagé de règles spécifiques à l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA alors qu'il s'agit d'une étape préalable obligatoire à l'exécution forcée desdites sentences. L'exequatur n'étant pas un acte d'exécution⁷⁶ pour poser le problème d'immunité d'exécution, la compétence des juridictions administratives ne devrait-elle pas ressortir expressément des règles de procédures des Etats parties de l'OHADA au regard de la jurisprudence *INSERM* et *Ryanair (SMAC)* ?

En principe, l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage n'abolit pas les principes administratifs, notamment, celui de « *la répartition de compétence entre juridictions judiciaires et juridictions administratives* »⁷⁷. Donc, les juridictions administratives demeurent compétentes en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives.

Mais, la mise en conformité des législations nationales des Etats parties de l'OHADA avec l'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage⁷⁸ s'est traduite, en droit béninois, par l'article 1168 de la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, en ces termes : « ... *les demandes d'exequatur des sentences arbitrales sont portées devant le président du tribunal du lieu où l'exécution sera entreprise* ».

⁷⁶ Paris, 26 juin 1981, Benvenuti et Bonfant SARL c/ gouvernement de la république populaire du Congo, JDI 1981. 843, note Oppetit ; Sté européenne d'études et d'entreprises, Banque internationale pour la reconstruction et le développement c/ État français, république socialiste fédérale de Yougoslavie : Civ. 1re, 18 nov. 1986, JDI 1987. 120, note Oppetit ; Rev. crit. DIP 1987. 786, note P. Mayer. - Sté SOABI et a. c/ État du Sénégal : Civ. 1re, 11 juin 1991, no 90-11.282, JDI 1991. 1005, note Gaillard ; Rev. arb. 1991. 637, note Broches ; Rev. crit. DIP 1992. 331, note P. L.

⁷⁷ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'évolution du contentieux administratif », 2017, synthèse d'actualité : août 2018. V. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, RFDA 1990. 698, étude G. VEDEL ; sur la répartition de compétence entre juridictions judiciaires et juridictions administratives, voy. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 159, n°214.

⁷⁸ Cf. Art. 30 AUA et art. 30 Règlement d'arbitrage CCJA : « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat partie* ».

Cette disposition⁷⁹ qui ne mentionne pas expressément le cas de l'exequatur d'une sentence arbitrale administrative, donne lieu à interprétation aux fins de savoir si les demandes d'exequatur des sentences arbitrales administratives doivent être portées devant le président du tribunal statuant en matière administrative du lieu où l'exécution sera entreprise.

18. Quant à l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA⁸⁰, il envisage l'exequatur des sentences rendues sous son égide par le Président de la Cour ; une sorte de mécanisme interne d'exequatur comme dans le système CIRDI⁸¹.

Ainsi, la CCJA ne fait pas non plus de situation particulière aux sentences arbitrales administratives rendues sur le fondement des contrats administratifs ; les décisions sur les demandes d'exequatur ne sont pas prises par une formation administrative de la Cour⁸², même lorsqu'elle est saisie en cassation d'une décision ayant refusé l'exequatur, au sens de l'article 32 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ou en opposition à l'ordonnance ayant accordé l'exequatur, au sens de l'article 30.5 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

De même, l'apposition de la formule exécutoire sur les sentences exéquatées, au sens de l'article 31.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, est effectuée par le greffier en chef de la cour d'appel de Cotonou ; en comparaison avec les sentences CIRDI, cette formule exécutoire est apposée par la Cour Suprême⁸³, bien que sans référence spécifique à la nature administrative de la sentence.

⁷⁹ Art. 1168 Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes de la République du Bénin : « Sauf dispositions contraires, les demandes d'exequatur des sentences arbitrales sont portées devant le président du tribunal du lieu où l'exécution sera entreprise ».

⁸⁰ Art. 30 Règlement d'arbitrage CCJA.

⁸¹ Art. 54(2), Convention de Washington du 18 mars 1965.

⁸² Voy. notamment, CCJA, Arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin ; CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON ; CCJA, Arrêt N° 160/2016 du 1er décembre 2016, aff. Compagnie Malienne pour le Développement des Textiles dite CMDT, Groupement des Syndicats de Producteurs de Coton et Vivriers du Mali dit GSCVM c/ Société Inter Africaine de Distribution dite IAD ; CCJA, ARRET N° 027/2017 du 02 mars 2017, aff. ETAT DU MALI et Société des Télécommunications du Mali SA dite SOTELMA SA c/ SEAQUEST-INFOTEL MALI S.A (SQIM S.A).

⁸³ M. OKILASSALI, *op. cit.* p., Rev. Cam. D'arb., n°13, avril-mai-juin 2001, p. 18. Le Secrétaire Général du CIRDI tient une liste des désignations effectuées par les Etats contractants. Les Etats parties de l'OHADA qui ont procédé à la désignation des tribunaux compétents et autorités recommandés par la Convention dans le but de la reconnaissance et l'exécution des sentences CIRDI, à la date de décembre 2000, sont : Cour Suprême (Bénin) ; Cour Suprême (Burkina Faso) ; Cour Suprême, Chambre administrative (Cameroun) ; Tribunal de Grande Instance (République Centrafricaine) ; Tribunal de Grande Instance de Brazzaville

19. En droit français, il résulte de l'affaire *INSERM* que les juridictions administratives sont compétentes lorsque le recours « *implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* »⁸⁴.

20. En droit OHADA, le silence du législateur africain sur la question pourrait être source d'interprétations dont la conséquence est le détournement de l'arbitrage de ses objectifs de célérité et de confidentialité.

21. En tout état de cause, la méconnaissance de la spécificité de l'arbitrage administratif ne constitue pas un obstacle uniquement pour l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA ; elle en constitue également pour l'exécution volontaire ou spontanée desdites sentences.

22. **L'exécution volontaire des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.-** L'exécution spontanée ou volontaire est « *le destin normal d'une sentence arbitrale* », a dit le Professeur RACINE⁸⁵. Elle consiste à faciliter le paiement des créanciers de personnes publiques suivant les procédés, notamment, de l'inscription d'office, des astreintes, de l'ordonnancement ou du mandatement, de la compensation.

23. Le droit OHADA a envisagé le procédé de compensation des dettes publiques à l'article 30, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution « *comme un tempérament à l'immunité d'exécution* »⁸⁶ dont bénéficient les personnes publiques.

Mais, cette disposition demeure très insuffisante dans la mesure où les règles de mise en œuvre de ce procédé de paiement des créanciers de personnes publiques n'ont pas été prévues par le législateur de l'OHADA et ne relèvent pas de sa compétence.

(Congo) ; Président du Tribunal de Grande Instance d'Abidjan (Côte d'Ivoire) ; Procureur Général (Guinée) ; Cour Suprême (Maurice) ; Tribunal de Première Instance dans le ressort duquel la sentence arbitrale doit être exécutée (Niger) ; Cour d'appel de Dakar (Sénégal) ; Président du Tribunal de droit moderne de Première Instance de Lomé (Togo).

⁸⁴ Voy. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 160, n°215.

⁸⁵ *Ibid.*, op. cit., p. 548-549, n°869 et s.

⁸⁶ CCJA, Arr. n° 043/2005, du 07 juillet 2005, Aff. Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM, JURIDATA n° J043-07/2005.

Il faut se référer au Règlement général sur la comptabilité publique des Etats parties de l'OHADA⁸⁷ pour envisager une mise en œuvre efficace de ce procédé d'exécution volontaire des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA.

Ce règlement, à l'admission des personnes publiques de l'OHADA à l'arbitrage, n'a pas été actualisé ou harmonisé avec les objectifs du Traité de l'OHADA⁸⁸, de sorte que son application à l'exécution des sentences arbitrales administratives peut ne pas tenir compte des objectifs de ce Traité ; ce qui peut ruiner le choix de la compensation pour l'extinction des dettes publiques envisagée « *comme un tempérament à l'immunité d'exécution* ».

A l'instar de la loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, les Etats africains ne sont pas indifférents « *à cette évolution qui va dans le sens du renforcement de l'Etat de droit, du respect des obligations pesant sur les personnes publiques et, finalement, de la promotion des investissements* »⁸⁹, a affirmé le Professeur SAWADOGO. En effet, suivant une loi tchadienne⁹⁰, « *Lorsque l'Administration est condamnée au paiement d'une somme déterminée, elle est tenue de procéder à son mandatement dans les quatre (4) mois qui suivent la date où l'arrêt est devenu définitif. Dans le cas contraire, le comptable concerné, au vu de la grosse de l'arrêt, en assure l'exécution d'office* » (art. 102). Mais, « *En cas de refus de l'Administration d'exécuter un arrêt de la Chambre administrative dans un délai de six (6) mois révolus, le Président de la Chambre en informe par écrit le Président de la Cour suprême qui saisit le Procureur Général lequel adresse un rapport au Ministre intéressé avec ampliation au Président de la République* » (art. 103).

⁸⁷ Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et le Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique.

⁸⁸ Les objectifs du Traité de l'OHADA consistent, notamment, à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* », et « *à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* » (Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008).

⁸⁹ Cf. F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. arb., num. spéc., févr. 2010, p. 136, Ohadata D-11-43, p. 12.

⁹⁰ Cf. art. 102 et 103, Loi organique n°006/PR/98 du 7 août 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême de la République du TCHAD, citée par F. M. SAWADOGO, *op. cit.*

En dépit des facilités créées par cette loi tchadienne pour l'exécution des condamnations pécuniaires des personnes publiques, il faut remarquer que son contrôle ne relève pas des organes judiciaires de l'OHADA, tout comme la compensation prévue par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

24. Les règles d'utilisation des biens et deniers publics, régies par le Règlement général sur la comptabilité publique précité, relèvent de la compétence des organisations communautaires de l'Afrique subsaharienne d'intégration économique et financière, en l'occurrence, l'UEMOA⁹¹ et la CEMAC⁹². Donc, l'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA est confrontée à la pathologie des règles applicables, notamment la compensation prévue à l'article 30 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, en ce que cette dernière relèverait non pas de la compétence de l'OHADA, mais de l'UEMOA ou de la CEMAC.

25. En somme, le droit OHADA ne contient aucune règle en matière d'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA. Outre la limitation du champ d'application du droit OHADA aux règles du droit des affaires, la compensation est une règle du droit public dont la mise en œuvre, même pour les sentences arbitrales administratives, est régie par le Règlement général sur la comptabilité publique que nous aborderons *infra*. L'objectif de la compensation, lequel consisterait à atténuer les conséquences de l'immunité d'exécution des personnes

⁹¹ Union économique et monétaire ouest-africaine. Regroupant 8 pays de l'Afrique de l'Ouest (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo), l'UEMOA constitue un prolongement de l'Union monétaire (UMOA), et a pour missions et objectifs principaux :

- l'unification des espaces économiques nationaux, pour transformer l'Union en un marché porteur et attractif pour les investisseurs ;
- la consolidation du cadre macro-économique des Etats membres, à travers l'harmonisation de leurs politiques économiques, notamment budgétaires, ainsi que par le renforcement de leur monnaie commune.

⁹² Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, la CEMAC est une organisation internationale regroupant plusieurs pays d'Afrique centrale que sont : le Cameroun, la République centrafricaine, la République du Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale et le Tchad. Elle est créée pour prendre le relais de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC). Le traité instituant la CEMAC a été signé le 16 mars 1994 à Ndjamena (Tchad) et est entré en vigueur en juin 1999. Elle regroupe l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UMAC), qui est responsable de la convergence monétaire des Etats membres, qui partagent la même monnaie, et l'Union économique de l'Afrique centrale (UEAC), qui a pour mission d'harmoniser les réglementations en vigueur au sein des Etats membres afin de dynamiser les échanges commerciaux et faciliter la convergences des politiques économiques au sein de la sous-région.

publiques de l'OHADA, n'aurait-il pas été atteint si le législateur africain avait envisagé juste un renvoi au droit interne des Etats parties de l'OHADA en cette matière ?

26. De toutes les manières, on constatera que l'inefficacité des règles applicables à l'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA, en raison de la méconnaissance de la spécificité de l'arbitrage administratif, s'étend aussi à l'exécution forcée de ces sentences.

27. **L'exécution forcée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.**- En ce qui concerne l'exécution forcée, la question se pose de savoir si l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA ne constituerait pas un obstacle à l'exécution forcée desdites sentences contre ces dernières en dépit de leur admission à compromettre en arbitrage⁹³. En effet, depuis l'affaire connue sous le nom de *Aziablévi YOVO*⁹⁴ et toutes celles qui ont suivi⁹⁵, l'immunité d'exécution présente, en droit OHADA, un caractère strict ou absolu.

En comparaison avec le droit français⁹⁶, l'application de l'immunité d'exécution, en droit OHADA, ne semble tenir compte, ni de la nature des activités auxquelles sont affectés les biens en cause, ni du consentement des bénéficiaires à y renoncer. Elle ne semble s'appliquer que sur le fondement de la qualité de personnes publiques de l'OHADA.

Mais, c'est surtout l'extension de cette immunité aux entreprises publiques qui semble ôter tout espoir d'exécution forcée à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA. Cette application stricte de l'article 30 précité, ne traduirait pas l'objectif de l'admission des personnes publiques à compromettre en arbitrage.

⁹³ Art. 2 al. 2 AUA ; sur l'origine conventionnelle de l'arbitrage, voy. Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., p. 28 ; J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 118 et s., n°150 et s. Plus spécifiquement, voy. H. FOUILLET, « Le Consentement de l'Etat à l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », site Internet : <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/11/Le%20consentement%20de%20l'Etat%20c3%a0%20l'arbitrage%20CIRDI.pdf>

⁹⁴ CCJA, 1^{ère} Ch. Arr. N° 43/2005, du 07 Juil. 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM.

⁹⁵ Voir notamment, CCJA, 2^e Ch., n° 09/2014 du 27 Février 2014 ; Tribunal de première instance de première classe de Lomé, n° 76/2018 du 04 Juin 2018 ; CCJA, 3^e Ch., n° 24/2014 du 13 Mars 2014 ; CCJA, Assemblée plénière, n° 105/2014 du 04 Novembre 2014 ; CCJA, Assemblée plénière, n° 136/2014 du 11 Novembre 2014 ; CCJA, 1^{ère} Ch., n° 149/2015 du 26 Novembre 2015 ; CCJA, 1^{ère} Ch., n° 44/2016 du 18 Mars 2016 ; CCJA, 3^e Ch., n° 103/2018 du 26 Avril 2018 ; CCJA, 2^e Ch., n° 259/2018 du 13 Décembre 2018 ; Cour d'appel de Commerce d'Abidjan, 1^{ère} Ch., n° 94/2020 du 27 Février 2020 ; etc.

⁹⁶ Cf. Rouen, 10 juin 1996, Rev. Arb., 1997, note critique E. GAILLARD ; cass. Com, 9 juillet 1992, Côte d'Ivoire contre Beyrard, Rev. Arb., 1994, p. 133, note Ph. THEREY.

L'arbitrage administratif n'a donc pas pour but de faire obstacle à l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques ; mais, il ne s'opposerait pas non plus, à la renonciation à l'immunité d'exécution si cette dernière en réunit les conditions. C'est pourquoi, il semble préférable d'envisager son applicabilité en matière d'arbitrage plutôt que de l'ignorer, comme l'a fait le droit OHADA. A cet effet, certains Etats⁹⁷ l'ont codifiée de manière à instituer une sorte d'exception arbitrale permettant de donner effet aux sentences arbitrales administratives.

Comment pourrait-on, en effet, attirer un investissement grâce à la garantie du recours à l'arbitrage pour le règlement de litige éventuel et s'opposer à l'exécution de la sentence qui s'ensuivrait ? Certaines juridictions africaines ont marqué leur désaccord avec ce privilège étatique⁹⁸ qui vient heurter, comme l'affirme un auteur, « *le principe de l'effet obligatoire des contrats (pacta sunt servenda) et celui de la bonne foi* »⁹⁹.

28. En somme, la méconnaissance de la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA a des conséquences sur l'efficacité du régime juridique de l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA.

⁹⁷ Il faut noter que la France (G. KENFACK DOUAJINI, « Arbitrage et investissements dans l'espace OHADA », Rev. Cam. De l'arb., N°37, Avril-Mai-Juin 2007, p. 9) et la plupart des pays de la tradition de *Common law*, ont codifié leur droit des immunités. Il en est ainsi des Etats-Unis qui ont adopté la *Foreign Sovereign Immunities Act*, le 21 octobre 1976, amendée le 9 novembre 1988, du Royaume Uni qui a adopté la *State Immunity Act* le 20 juillet 1978, de Singapour avec la *State immunity Act* du 26 octobre 1979, du Pakistan avec la *State Immunity Ordinance* en 1981, de la République d'Afrique du Sud avec la *Foreign Sovereign Immunities Acts* du 6 octobre 1981, du Canada qui a pris une *Canadian Bill on State Immunity* en date du 15 juillet 1982, ainsi que de l'Australie qui a adopté la *Foreign State Immunities Act* le 16 décembre 1986.

⁹⁸ « *The world today is fast moving into an age of globalization. The mode of civilization has changed. The world economy is seeking for more and more protection. Nations are getting closer through conventions and agreements. It will be nonsensical and counter productive for any nation to sign a bilateral or multilateral convention and thereafter turn say that it cannot be bound by it. That will be an affront to its dignity and sovereignty. For once a nation signs a convention, it must ensure that it adheres to it and where that convention must be enforced by the court, the courts must do so to protect the honour and dignity and prestige of that country. The time has come when the courts must give meaning to the conventions and treaties that we go into* » : (Réponse donnée à l'opposition de l'immunité d'exécution à un cocontractant privé, par la High Court of Fako Division (Buéa), à l'occasion de l'exequatur d'une sentence arbitrale conformément à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, in Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », Rev. cam. d'arb., Actes colloque des 14 et 15 janvier 2008, p. 138).

⁹⁹ E. GAILLARD, « Immunités et arbitrages », p. 254, in J. VERHOEVEN (sous dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* Bruxelles, Larcier, Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, 2004, pp. 253-262.

29. **Enjeu du sujet.**- Comme l'ont affirmé certains auteurs¹⁰⁰, la sentence arbitrale « *n'a d'intérêt que si elle s'accompagne d'un recouvrement de la créance par le créancier. Sans exécution, l'obtention d'une décision de justice favorable s'apparente à une victoire à la Pyrrhus* »¹⁰¹. Donc, l'enjeu de la présente thèse est de définir le régime juridique adapté à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA. Ce régime juridique, fondé sur la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA, semble nécessaire pour le positionnement même de l'arbitrage OHADA dans le monde.

En d'autres termes, la carence du droit OHADA en règles spécifiques à l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA conduirait à la méfiance des investisseurs et opérateurs économiques et à la pratique du *forum shopping* inconciliables avec l'institution d'un centre d'arbitrage spécifique comme celui de la CCJA.

30. **Méfiance des investisseurs et opérateurs économiques.**- Il faut rappeler que les Etats parties de l'OHADA se sont engagés à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* »¹⁰². Cet engagement préambulaire du Traité de l'OHADA n'est pas pris *ex nihilo*¹⁰³.

Avant l'adoption du droit OHADA, une méfiance existait à l'égard des Etats africains et de leurs juridictions nationales en matière d'exécution des sentences arbitrales. Un auteur¹⁰⁴ avait affirmé à cet effet que, « *En raison du nombre non négligeable des affaires impliquant les Etats africains aux différentes procédures arbitrales, les juridictions nationales africaines devraient jouer un rôle utile dans la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Cependant, en pratique, elles ne sont pas sollicitées pour faire*

¹⁰⁰ M. de FONTMICHEL et J. JOURDAN-MARQUES (sous la direction de), Colloque sur le thème « L'exécution des sentences arbitrales internationales, Petites affiches, 30/08/2016, n°173, p. 2.

¹⁰¹ *Ibid.*, op. cit., p. 2.

¹⁰² Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008. Sur l'image des Etats africains en matière d'exécution des sentences CIRDI, voy. M. Asouzu, cité par M. OKILASSALI, « La participation des Etats africains à l'arbitrage du CIRDI », Rev. Cam. De l'arb., n°13, Avril-Mai-Juin 2001, p. 12, note ironiquement [...] que « la plus grande contribution des Etats africains, en ce sens [*en matière d'exécution des sentences arbitrales*], consiste à résister aux décisions de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues contre lesdits Etats... ».

¹⁰³ Cons. Const. Sénégal, décision n°3/C/93, 16 déc. 1993 ; Ohadata J-02-30.

¹⁰⁴ M. OKILASSALI, « La participation des Etats africains à l'arbitrage du CIRDI », Rev. Cam. De l'arb., n°13, Avril-Mai-Juin 2001, p. 12.

procéder à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales "parce qu'elles sont enclines aux pressions (politiques) de leurs gouvernements respectifs leur enjoignant de refuser la reconnaissance et l'exécution des sentences les condamnant à payer les dommages et intérêts aux investisseurs privés". [...] M. Asouzu note ironiquement [...] que "la plus grande contribution des Etats africains, en ce sens, consiste à résister aux décisions de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues contre lesdits Etats..." ».

Une telle méfiance à l'égard des Etats africains et de leurs juridictions nationales ne devrait plus subsister, suite à l'adoption du Traité de l'OHADA et de ses Actes uniformes. A cet effet, on comprend aisément alors, que l'un des objectifs de ce Traité consiste à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* »¹⁰⁵.

31. Le *forum shopping*.- Dans le contexte de la mondialisation et l'ouverture des économies nationales à la concurrence, les obstacles institués par les lois des lieux d'exécution des sentences arbitrales, en général, et l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA, en particulier, inciteraient à la pratique du *forum shopping*¹⁰⁶.

En cette matière, une brève évaluation des contrats publics étudiés fait apparaître que les investisseurs étrangers, même locaux, auraient de préférence pour les institutions d'arbitrage étrangères ; de même, pour l'exécution des sentences issues de ces arbitrages uniquement dans les ordres étatiques où la loi y est favorable.

En conséquence, le *forum shopping* se développerait au détriment des acteurs et auxiliaires de justice de l'espace OHADA. Aussi, conviendrait-il que le législateur africain envisage une politique en faveur de l'exécution, dans l'espace OHADA, des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA afin de contribuer au développement de la pratique de l'arbitrage administratif de l'OHADA.

¹⁰⁵ Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008. Sur l'image des Etats africains en matière d'exécution des sentences CIRDI, voy. M. Asouzu, cité par M. OKILASSALI, « La participation des Etats africains à l'arbitrage du CIRDI », Rev. Cam. De l'arb., n°13, Avril-Mai-Juin 2001, p. 12, note ironiquement [...] que « la plus grande contribution des Etats africains, en ce sens [*en matière d'exécution des sentences arbitrales*], consiste à résister aux décisions de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues contre lesdits Etats... ».

¹⁰⁶ Le *forum shopping* (ou élection de juridiction) est une pratique de droit international privé qui consiste à saisir la juridiction la plus susceptible de donner raisons à ses propres intérêts. En raison de la diversité des règles de compétences internationale, un plaignant (ou un défendeur) peut saisir les tribunaux d'un pays où il sait que son litige sera jugé plus favorablement. Le terme "*forum shopping*" est informel et provient à la fois de l'anglais (*shopping*) et du vocabulaire juridique, où *for* désigne le tribunal qui a été saisi d'une affaire.

32. En somme, l'enjeu de la présente thèse est important. La définition d'un régime juridique adapté à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA semble nécessaire aux fins de rassurer les opérateurs économiques et investisseurs et de limiter le *forum shopping*. Ainsi que l'ont affirmé certains auteurs, le droit de l'arbitrage OHADA¹⁰⁷ ne semble pas encore à la hauteur des attentes des pères fondateurs¹⁰⁸ de l'OHADA.

Ces attentes consistent, notamment, à établir un courant de confiance entre l'Etat et les investisseurs et opérateurs économiques, d'une part, et à créer un environnement juridique et judiciaire favorable à l'investissement, d'autre part. A défaut, on reconnaîtra que l'OHADA « *ne présente pas encore les garanties et la sécurité que les investisseurs exigent pour sécuriser leurs investissements lorsque l'on examine le sort réservé à l'exécution des décisions rendues à l'encontre des personnes publiques dans l'espace OHADA* »¹⁰⁹.

33. **Problématique de recherche.**- Un auteur du droit de l'arbitrage OHADA avait écrit que « *L'organisation [l'OHADA] et les Etats membres disposent certes de textes à caractère législatif, modernes et très "libéraux", mais le plus important reste à faire. Ces textes doivent vivre à travers une pratique arbitrale et judiciaire qui permettra de les*

¹⁰⁷ Il convient de préciser que le droit de l'arbitrage OHADA est composé de deux corps de règles distincts, constitués par un arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le droit national non contraire, et un arbitrage spécifique de la CCJA régi par les articles 21 et suivants du Traité constitutif de l'OHADA et le Règlement d'arbitrage de la CCJA. V. P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'Acte uniforme », *Rev. arb.* 2010, n°3, p. 13 et s. Sur l'abrogation des lois nationales par les actes uniformes, v. CCJA, avis 001/2001 du 30 avril 2001 et J. Issa Sayegh, « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats parties », *Rev. burkinabè de droit*, 2001, n° spécial, p. 51 et s. Sur la portée abrogatoire de l'art. 35 de l'AUA, v. les observations de P. MEYER sous cette disposition in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, spéc. p. 150 et s. Dans un arrêt du 17 juillet 2008 rendu en Assemblée plénière (CCJA, Arrêt n° 45 du 17 juillet 2008), la CCJA affirme expressément le caractère spécifique ou dérogatoire de l'arbitrage CCJA par rapport au droit commun de l'arbitrage OHADA. Il s'agissait d'un recours en contestation de validité contre une sentence rendue dans le cadre de l'arbitrage CCJA où les dispositions de l'Acte uniforme sur l'arbitrage portant sur le délai d'arbitrage étaient invoquées à l'appui de l'annulation de la sentence parce que celle-ci avait été rendue après l'expiration du délai d'arbitrage prévu par les articles 12 et 16 de l'Acte uniforme. Dans cet arrêt, la Haute juridiction affirme que « *l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA* ». Les textes applicables à l'arbitrage CCJA sont, relève la Cour, « *le Titre IV du Traité de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, le Règlement intérieur de la Cour, leurs annexes et les barèmes des frais d'arbitrage* ».

¹⁰⁸ Nous pensons, en tout premier lieu, à feu Juge Kéba MBAYE. Cf. UNIDA/www.ohada.com et <https://www.ohada.com/actualite/4873/promotion-du-droit-ohada-au-burundi-appel-a-soutiens-et-a-contributions.html#:~:text=Cr%C3%A9%C3%A9e%20en%201998%20%C3%A0%20l,%C5%93uvrer%20%C3%A0%20la%20mobilisation%20des>

¹⁰⁹ P. HEITZMANN, J. DAY, « Contrats publics et arbitrage international », Mathias Audit (dir.), Bruylant, 2011, p. 233, publié dans *Cah. arb.*, 01/04/2013, n°2, p. 545, Extensio.

compléter, de les préciser et de les enrichir »¹¹⁰. La pratique judiciaire de l'immunité d'exécution de l'OHADA¹¹¹ devant la CCJA révèle, ainsi que nous le démontrerons dans le développement des différentes parties de la présente étude, la nécessité de compléter, de préciser et d'enrichir le droit OHADA en matière d'exécution des sentences arbitrales administratives.

L'exécution forcée desdites sentences se heurte souvent, comme évoqué ci-avant, aux questions de juridiction compétente à l'exequatur et d'immunité d'exécution. En cette matière, l'exequatur peut s'analyser comme l'antichambre de l'exécution forcée en ce qu'il en constitue l'étape préalable obligatoire. Aussi, a-t-on envisager d'étendre le lien entre l'exequatur et l'exécution forcée à l'immunité d'exécution, les soumettre à un même régime de droit public.

Le régime juridique de l'exécution forcée des sentences issues d'un arbitrage administratif de l'OHADA semble relever d'un régime spécial au regard du Règlement d'arbitrage CCJA¹¹², contrairement aux conclusions qu'imposent les affaires *INSERM* et *Ryanair* (SMAC) précitées¹¹³. Aussi, le silence du droit OHADA sur la spécificité de l'arbitrage impliquant les personnes publiques, ainsi que nous le constaterons à l'analyse des décisions d'exequatur de la CCJA que nous aborderons dans la première partie de la présente étude, pourrait-il induire l'application de l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA à l'exécution forcée des sentences qui en sont issues.

34. Or, en considérant le fondement contractuel¹¹⁴ de l'arbitrage administratif, les parties contractantes détiennent le pouvoir de limiter les effets de l'immunité

¹¹⁰ P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, Coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 265.

¹¹¹ CCJA, 3e Ch. Arr. N° 103/2018, du 26 Avr. 2018, aff. Monsieur MBULU MUSESO c/ Société des Grands Hôtels du Congo S.A. ; CCJA, 1ère Ch. Arr. N° 44/2016, du 18 Mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER » ; CCJA, Ass. plén. Arr. N° 105/2014, du 04 Nov. 2014, aff. Société AES SONEL c/ Messieurs Henri NGALLE MONONO, Georges EYOMBO ANGANDZIE et BALENG MAAH Célestin ; CCJA, 3e Ch. Arr. N° 24/2014, du 13 Mars 2014, aff. KOUTOUATI AKAKPO Danwodina, et autres c/ Société TOGO-PORT dit Port Autonome de Lomé ; CCJA, 2e Ch. Arr. N° 09/2014, du 27 Février 2014, aff. Société des Télécommunications du Tchad dite SOTEL-TCHAD c/ Société SAS ALCATEL SPACE ; CCJA, 1ère Ch. Arr. N° 43/2005 DU 07 Juillet 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, et autres c/ Société TOGO TELECOM.

¹¹² Art. 30 Règlement d'arbitrage CCJA.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », LGDJ, Paris, 2ème éd., p. 28 ; J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1ère éd. p. 118 et s., n°150 et s. ; voy. aussi H. FOUILLET, « Le Consentement de l'Etat à l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », site Internet : <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/11/Le%20consentement%20de%20l'Etat%20c3%a0%20l'arbitrage%20CIRDI.pdf>

d'exécution forcée des sentences issues de ce type d'arbitrage en dépit de sa conception absolue ou stricte. Elles peuvent ainsi renoncer à cette immunité par voie contractuelle sans que le silence du droit OHADA en la matière n'en constitue un obstacle, au sens, notamment, de l'affaire *Aziablévi YOVO*¹¹⁵ précitée.

Donc, s'il y a une disposition qui paraît controversée dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, c'est bien l'article 30 en ses alinéas 1 et 2. Alors que l'alinéa 1 de cet article prescrit l'interdiction de l'exécution forcée et des mesures conservatoires contre les personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution, l'alinéa 2 du même article détermine la compensation pour le paiement des dettes des personnes publiques et des entreprises publiques.

35. On a noté que la CCJA semble se fonder sur ce régime de compensation des dettes publiques pour étendre l'immunité d'exécution aux entreprises publiques. Dans l'affaire *Aziablévi YOVO* et autres contre Société TOGO TELECOM, la CCJA a jugé que « *l'article 30 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme susvisé pose le principe d'immunité d'exécution, et que les entreprises publiques, catégorie dans laquelle est classée TOGO TELECOM, figurent dans l'énumération des Sociétés contre lesquelles s'applique la compensation, il n'y a aucun doute à l'égard de cette dernière sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution* »¹¹⁶.

Dans l'arrêt CCJA, n° 44/2016 du 18 mars 2016, affaire Monsieur GNANKOU GOTH Philippe contre FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER », la Haute juridiction communautaire a affirmé que « *l'alinéa 2 de ce même article pose le principe général de l'immunité d'exécution au profit des personnes morales de droit public et des entreprises publiques* », ce que ne semble pourtant pas prescrire l'alinéa 2 de l'article 30 de l'Acte uniforme précité.

36. L'extension de l'immunité d'exécution semble désormais acquise aux entreprises publiques, en ce qu'il résulterait de l'article 30 de l'Acte uniforme précité « *que*

¹¹⁵ CCJA, 1ère Ch. Arr. N° 43/2005, du 07 Juil. 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM.

¹¹⁶ *Ibid.*, op. cit.

seules bénéficient de l'immunité d'exécution les personnes morales de droit public et les entreprises publiques »¹¹⁷.

37. D'abord fondé sur le bénéfice de la compensation¹¹⁸, le régime de l'immunité d'exécution semble se fonder désormais sur la notion ou les attributs d'entreprise publique¹¹⁹, alors que ces deux régimes juridiques semblent distincts, autonomes ; le bénéfice de l'un ne pouvant justifier l'autre.

Pourquoi donc justifier la reconnaissance de l'immunité d'exécution par le bénéfice du régime de compensation des dettes publiques alors que ce régime n'est pas spécifique aux entreprises publiques ?

38. En attendant de tenter de répondre à cette question abordée dans la deuxième partie de la présente thèse, ce qui compte le plus dans les relations avec les investisseurs et opérateurs économiques est que tout bénéficiaire de cette immunité peut y renoncer, d'autant plus qu'en matière d'arbitrage administratif, l'immunité d'exécution peut être écartée s'il résulte de l'accord des parties que le bénéficiaire y a renoncé implicitement¹²⁰ ou expressément¹²¹.

39. En outre, l'immunité d'exécution ne s'oppose ni à l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques¹²², ni à l'exequatur¹²³

¹¹⁷ CCJA, arr. n° 076/2021 du 29 avril 2021, aff. Les membres du collectif ex personnel de la société ENERCA SA représentés par monsieur Fernand ZIMBA contre Société Energie Centrafricaine (ENERCA SA).

¹¹⁸ Notamment, aff. Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM précitée.

¹¹⁹ CCJA, 1ère Ch. arr. n° 44/2016, 18 mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER ».

¹²⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2000, *Etat du Qatar c/ Sté Creighton*, D.2000.209, chron. J. Moury ; JCP 2001.II.10512, note Kaplan et Cuniberti ; JDI 2000.1046, note Pingel-Lenuzza ; Paris 10 août 2000, *Ambassade de Russie en France c/ Comp. Noga*, D.2001.2157, note E. Fongaro ; JCP 2001.II.10512, note Kaplan et Cubernati, JDI 2001.121, note Pingel-Lenuzza. Réf. citées par E. LOQUIN, in « *Immunité d'exécution. Renonciation. Engagement d'exécuter une sentence arbitrale. Procédure d'exécution. Biens objets de l'exécution. Sommes détenues dans une banque au nom du ministère d'un Etat (1^{re} espèce). Sommes inscrites au nom de l'Ambassade d'un Etat (2^e espèce)* », RTD Com. 2001 p.409.

¹²¹ Cass. civ. 1ère, arrêt n° 867, 28 sept. 2011, *Société NML Capital Ltd c/ République argentine* ; Cass. civ., 1ère, 13 mai 2015, aff. *Société Commissions import export (Commisimpex) c/ République du Congo* ; E. HENRAY, « *La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts NML Capital c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013* », MBDE/Contentieux international public, Soumis le 31/05/2015, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-renonciation-d%E2%80%99un-etat-%C3%A0-son-immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution%C2%A0et-sa-conciliation-avec-le-droit-%C3%A0-un-p>

¹²² Versailles, 9 juill. 1986, *république islamique d'Iran, OIAETI, OEAI c/ Stés Eurodif et Sofidif, Commissariat à l'énergie atomique et État français* : Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, no 86-18.701, JDI 1990. 1004, 1^{re} esp, note Ouakrat ; Rev. crit. DIP 1990. 346, note J.-M. B.

des sentences arbitrales administratives, encore moins à l'exécution volontaire de ces sentences.

C'est pourquoi, le problème de recherche qui fonde la présente étude est l'applicabilité de l'immunité d'exécution de l'OHADA en matière d'arbitrage. Il s'agit d'analyser la portée du lien entre la conception absolue de l'immunité d'exécution en droit OHADA et le consentement des personnes qui en bénéficient à y renoncer. La question qui se pose est de savoir comment mettre en œuvre les sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA sans se heurter à leur immunité d'exécution. Comment la renonciation à cette immunité peut-elle contribuer à l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA ? Les conditions de validité de cette renonciation à l'immunité d'exécution sont-elles applicables en droit OHADA ?

40. **Hypothèse de recherche.-** La limitation du champ d'application du droit OHADA au domaine du droit des affaires¹²⁴ est un obstacle à l'effectivité des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA, en raison de ses conséquences sur les procédés d'exécution volontaire et d'exécution forcée de ces sentences. Cette limitation évoquée ci-avant¹²⁵ et qu'il convient de rappeler dans l'intérêt de la présente démonstration, serait due à la répartition des compétences législatives entre les organisations subsahariennes d'intégration juridique et économique ou financière, c'est-à-dire, une répartition de compétences législatives entre l'OHADA et l'UEMOA ou la CEMAC dont l'une des conséquences majeures est l'incompétence du législateur de l'OHADA en matière des mécanismes de paiement des dettes publiques nées des contrats soumis aux règles impératives du droit public. C'est le cas de la compensation évoquée ci-avant¹²⁶, dont les règles de mise en œuvre relèvent de la compétence du Règlement général sur la comptabilité publique des Etats parties de l'OHADA¹²⁷, soumis, faut-il le rappeler, au contrôle de la Directive de l'UEMOA, organisation communautaire, en la matière.

¹²³ Paris, 26 juin 1981, Benvenuti et Bonfant SARL c/ gouvernement de la république populaire du Congo, JDI 1981. 843, note Oppetit ; CCJA, arr. n° 047/2021, du 08 avril 2021, aff. Etablissement DEBIBE ARRANGA c/ Etat Tchadien.

¹²⁴ Cf. Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

¹²⁵ *Op. cit.*, n°13.

¹²⁶ *Op. cit.*, n°23, p. 10.

¹²⁷ Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et le Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique.

C'est à ce dilemme que sont confrontés les Etats parties de l'OHADA en dépit des corrections que le Colloque sur le droit communautaire en Afrique¹²⁸ a tenté d'apporter. Le même Etat est à la fois, membre de l'OHADA, organisation d'intégration juridique, et membre de la CEMAC ou de l'UEMOA, organisations d'intégration économique et financière.

Cette position contradictoire dans laquelle se trouvent les Etats parties de l'OHADA a des conséquences sur l'efficacité du droit applicable à l'exécution des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA. Les deux organisations communautaires de l'Afrique subsaharienne peuvent se trouver à prendre des décisions antagonistes ou contradictoires sur la même matière, comme en matière de la compensation¹²⁹.

Ce procédé de paiement des dettes des personnes publiques prévu à l'article 30, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution¹³⁰, ne saurait être invoqué qu'au seul profit des personnes publiques, conformément à la Directive de l'UEMOA portant Règlement général sur la comptabilité publique¹³¹, alors que le droit OHADA envisagerait une réciprocité de ce mécanisme, autorisant ainsi le partenaire privé de l'Etat à l'invoquer également à son profit, le cas échéant.

41. En tout état de cause, dans ce conflit entre les normes communautaires¹³² de l'espace OHADA, l'exécution forcée apparaît comme l'ultime voie qui s'offre aux créanciers des personnes publiques face à l'inefficacité des procédés de paiement spontané

¹²⁸ Actes du Colloque sur le droit communautaire en Afrique, thème « De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires », ERSUMA, oct. 2011, spéc. p. 65 et s.

¹²⁹ F. M. SAWADO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Rev. cam. arb.*, num. spéc., févr. 2010, p. 136, *Ohadata* D-11-43, p. 12.

¹³⁰ Art. 30, al. 2 AUPSRVE : « [...] les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ».

¹³¹ Art. 53 du Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique, conformément à la Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement général sur la comptabilité publique.

¹³² A. Y. SARR, « Conflits entre normes communautaires : aspects négatifs, aspects positifs et solutions », *in* Actes du Colloque sur le droit communautaire en Afrique, thème « De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires », ERSUMA, oct. 2011, spéc. p. 65 et s ; du même auteur, « L'intégration juridique dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et dans l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) », Thèse, Aix-Marseille 3, 2006.

ou volontaire des dettes publiques sus-cités¹³³. Mais, cette dernière n'est pas, non plus, exempte de difficultés, en raison de l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA.

Mais, l'immunité d'exécution, comme rappelée ci-avant, est une règle d'ordre public de protection à laquelle le bénéficiaire peut renoncer dans l'intérêt de l'engagement contractuel qu'il entend prendre avec un investisseur ou opérateur économique de droit privé. C'est dans ce sens, qu'en droit français, les arrêts *Creighton*¹³⁴, *NML Capital*¹³⁵ et *Commisimpex*¹³⁶, notamment, ont été rendus.

Aussi, peut-on constater que l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA ne saurait être entreprise, sans se heurter à leur immunité d'exécution, que si ces dernières ont implicitement ou expressément renoncé à ladite immunité.

42. **Méthodologie.**- Au cours de ces dernières années, trois évolutions majeures se dégagent des conditions de validité d'une renonciation à l'immunité d'exécution. La synthèse de ces évolutions peut contribuer à l'amélioration du régime juridique de l'immunité d'exécution en droit OHADA.

Alors, l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA nécessitera des règles procédurales adaptées permettant de donner effet à ces sentences. Dans cette perspective, il faut remarquer que l'hypothèse de renonciation des personnes publiques de l'OHADA à leur immunité d'exécution ne permet que l'exécution forcée des sentences arbitrales administratives ; elle n'a aucun effet sur les autres opérations de la recherche. Elle fera donc l'objet d'une analyse séparée.

43. Ensuite, les autres opérations de la recherche concernent notamment, l'identification du débiteur de la dette publique, l'exequatur des sentences arbitrales administratives et l'exécution volontaire ou spontanée de ces sentences dont nous démontrerons l'inefficacité de leur régime juridique dans une approche de droit comparé, notamment, le droit positif français applicable en ces matières.

¹³³ *Op. cit.*, n°22, p. 29.

¹³⁴ *Op. cit.*, n°120.

¹³⁵ *Idem.*, *op. cit.*, n°121.

¹³⁶ *Idem.*

Le droit OHADA étant un droit d'inspiration française, la présente étude a fait référence au droit français, pour raison de droit, et pour son mérite de s'être positionné clairement par rapport à la plupart des problèmes communs qui se posent en matière d'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques, en termes, notamment, de compétence juridictionnelle et du caractère relatif de l'immunité d'exécution.

44. En somme, il sera procédé à l'analyse des théories énoncées ci-avant sur l'immunité d'exécution en droit comparé dont on constatera que ladite immunité ne s'oppose ni à l'identification du débiteur des condamnations pécuniaires des personnes publiques, ni à l'exequatur des sentences arbitrales administratives, ni à l'exécution volontaire ou spontanée de ces sentences. Mais, elle est applicable à l'exécution forcée desdites sentences sous certaines conditions admises en droit interne des Etats parties de l'OHADA.

45. **Annnonce du plan.**- Il n'est plus à démontrer qu'en matière d'exécution forcée des sentences arbitrales, les lois applicables prévoient une phase préalable d'accueil de ces sentences dans l'ordre juridique interne du lieu où cette exécution est envisagée. Ainsi, on peut noter deux étapes essentielles dans les mécanismes d'exécution forcée des sentences arbitrales. Ces étapes ne changent pas en fonction du statut juridique de la personne à l'égard de laquelle ladite exécution est entreprise. Donc, l'étude de l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA, en l'occurrence l'exécution forcée, comportera un plan bipartite ; l'exécution forcée devant être précédée de la phase préparatoire ou d'exequatur de ces sentences.

46. Aussi, conviendrait-il de présenter, tout d'abord, la phase préparatoire des mesures d'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA, et ensuite, la phase de mise en œuvre de ces mesures d'exécution, dont chacune contient un lien avec l'immunité d'exécution en matière d'arbitrage administratif.

Ainsi, à la phase préparatoire, il sera question, d'une part, de l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, et d'autre part, de l'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'encontre de ces personnes.

Quant à la phase de mise en œuvre des mesures d'exécution de ces sentences, il sera question, dans un premier temps, de l'exécution volontaire ou spontanée desdites sentences, et dans un second temps, de leur exécution forcée.

47. C'est pourquoi, d'une manière générale, l'étude de « *l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA* » comportera deux parties :

Première Partie : **La phase préparatoire des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.**

Deuxième Partie : **La phase de mise en œuvre des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.**

PREMIÈRE PARTIE :

LA PHASE PRÉPARATOIRE DES MESURES D'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

48. La phase préparatoire des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA est constituée, d'une part, de l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, et d'autre part, de l'exequatur desdites sentences. L'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA ne constitue pas un obstacle à cette phase préparatoire desdites mesures d'exécution.

49. Dans un premier temps, l'identification du débiteur de la dette, ou de la personne morale qui sera tenue du paiement de la condamnation pécuniaire en vertu d'une sentence arbitrale administrative est primordiale. En effet, le paiement d'une condamnation pécuniaire n'incombe pas nécessairement à la personne publique qui en est concernée. C'est pourquoi cette identification a plusieurs avantages pour le créancier.

D'abord, elle permet de préparer l'exequatur de la sentence par la détermination du juge de l'exequatur territorialement compétent. Ensuite, elle permet d'identifier la personne morale relevant de la personne publique débitrice dont la solvabilité est plus certaine et présentant des possibilités de contournement de son immunité d'exécution.

C'est ainsi qu'une créance contre un Etat peut être invoquée à l'encontre d'organismes qui sont des départements d'un ministère¹³⁷ ou d'une émanation de l'Etat alors même que cette émanation est dotée de la personnalité civile et que la dette est due par l'Etat ou la personne publique en cause dans la sentence arbitrale, et non par cette

¹³⁷ Il existe alors une apparence d'identité des personnes créancières. - Versailles, 9 juill. 1986, république islamique d'Iran, OIAETI, OEAI c/ Stés Eurodif et Sofidif, Commissariat à l'énergie atomique et Etat français, inédit. - République islamique d'Iran et Organisation pour les investissements et les aides économiques et techniques de l'Iran : Civ. 1re, 20 mars 1989, no 86-18.701, JDI 1990. 1004, 1re esp, note Ouakrat ; Rev. crit. DIP 1990. 346, note J.-M. B.

émanation. En revanche, la saisie-attribution ne pourrait avoir lieu que si, de surcroît, la preuve est rapportée que cette émanation n'a pas de patrimoine propre¹³⁸.

Inversement, une entité ayant une personnalité distincte de l'Etat n'a pas à répondre d'une condamnation qui ne la concerne pas¹³⁹. Il en va ainsi lorsque l'entité en cause est une société anonyme de droit privé ayant pour objet la pratique des opérations commerciales de banque pour son compte ou le compte de tiers ou en participation et alors même qu'elle serait « contrôlée » par l'Etat¹⁴⁰.

50. Dans un second temps, l'exequatur n'est pas un acte d'exécution¹⁴¹. Donc, rien ne s'oppose à ce qu'une procédure d'exequatur soit conduite à la suite d'une sentence arbitrale sans que l'immunité d'exécution soit invoquée à ce stade. Dès lors, l'acceptation d'une clause compromissoire comprend l'acceptation que la sentence rendue puisse être revêtue de l'exequatur¹⁴².

51. C'est pourquoi, l'étude de la phase préparatoire des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA se consacrera, d'une part, à l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA (Titre 1), et d'autre part, à l'exequatur des sentences arbitrales impliquant ces personnes publiques (Titre 2).

¹³⁸ Rouen, 4 sept. 1992, JDI 1993. 128, note Kahn

¹³⁹ Paris, 7 juin 1969, Clerget c/ Représentation commerciale de la république démocratique du Vietnam ; JCP 1969. II. 15954, concl. Fortier, note Ruzié ; JDI 1969. 894, note Pinto.

¹⁴⁰ Civ. 1re, 21 juill. 1987, Sté Ltd Benvenuti et Bonfant c/ Banque commerciale congolaise.

¹⁴¹ Paris, 26 juin 1981, Benvenuti et Bonfant SARL c/ Gouvernement de la République populaire du Congo, JDI 1981. 843, note OPPETIT.

¹⁴² Sté européenne d'études et d'entreprises, Banque internationale pour la reconstruction et le développement c/ Etat français, république socialiste fédérale de Yougoslavie : Civ. 1re, 18 nov. 1986, JDI 1987. 120, note Oppetit ; Rev. crit. DIP 1987. 786, note P. Mayer. - Sté SOABI et a. c/ Etat du Sénégal : Civ. 1re, 11 juin 1991, no 90-11.282, JDI 1991. 1005, note Gaillard ; Rev. arb. 1991. 637, note Broches ; Rev. crit. DIP 1992. 331, note P. L.

TITRE 1.- L'IDENTIFICATION DES DÉBITEURS DES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES DES PERSONNES PUBLIQUES DE L'OHADA

52. Le paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA est le nœud gordien de l'exécution des sentences arbitrales administratives. En principe, la question de l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, en vertu d'une sentence arbitrale ayant autorité de chose jugée, ne devrait pas se poser.

53. Mais, à l'instar des personnes publiques de l'OHADA admises à compromettre en arbitrage, au sens de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, d'autres personnes morales distinctes peuvent également être tenues du paiement de ces condamnations. En effet, la difficulté de l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques, comme l'a affirmé le Professeur Emmanuel GAILLARD¹⁴³, tient au fait que la plupart des biens saisissables sont isolés dans des structures bénéficiant d'une personnalité morale séparée, même si celles-ci sont intégralement détenues par l'Etat.

Alors, « *le créancier doit percer le voile de la personne morale* »¹⁴⁴ pour obtenir paiement de sa créance sur l'Etat. C'est pourquoi, de façon subsidiaire, l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA peut s'étendre aux émanations de l'Etat.

54. Ainsi, les débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA sont, à titre principal, lesdites personnes publiques (Chapitre 1), et subsidiairement, les émanations de l'Etat (Chapitre 2).

¹⁴³ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », Texte de la conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007, disponible sur : www.courdecassation.fr

¹⁴⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 17.

Chapitre 1.- Les personnes publiques de l'OHADA

55. Les personnes publiques sont des entités publiques de l'Etat qui ont été colitigantes dans une procédure arbitrale et condamnées à payer une certaine somme d'argent à leur colitigant de droit privé.

Elles assurent une responsabilité importante dans le développement de la pratique de l'arbitrage administratif. En dépit du principe général de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques¹⁴⁵, ces dernières ne sont pas à l'abri d'une exécution forcée dont la mise en œuvre est souvent le résultat d'une exécution volontaire ou spontanée infructueuse.

56. Mais, alors que leurs prérogatives¹⁴⁶ dicteraient une résistance à l'exécution, les personnes publiques adhèrent au mécanisme d'exécution des sentences arbitrales administratives dans les conditions fixées par la loi.

57. Cependant, la limitation du droit OHADA au domaine du droit des affaires a donné lieu à un dualisme juridictionnel, en ce sens que les personnes publiques admises à compromettre en arbitrage sont soumises à un régime juridique totalement distinct de celui des personnes publiques régies par le Règlement général sur la comptabilité publique. En effet, les personnes publiques de l'OHADA indexées par la présente étude sont celles qui sont admises à compromettre en arbitrage, au sens de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Principe affirmé par la Cour de cassation dans sa décision BRGM : Cass. 1re civ., 21 déc. 1987, n° 86-14.167 : JurisData n° 1987-702272 ; Bull. civ. 1987, I, n° 348 - et repris à l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Les biens et deniers de ces personnes publiques, en principe, « *sont insusceptibles de faire l'objet des voies d'exécution* » : R. CHAPUS, « Droit administratif général », Tome 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, p. 169, n°199. Voy. arrêt classique, TC 9 décembre 1899, Assoc. synd. Du canal de Gignac, p. 731, S 1900, 3.49, note M. Hauriou : exclusion des voies d'exécution contre les associations syndicales de propriétaires autorisées, qui sont des établissements publics. Voy. également, CE, avis du 30 janvier 1992, EDCE, 1993, n°4, p. 401, Grands avis CE, p. 339, obs. Y. Claisse : précisant la portée du principe d'insaisissabilité (cas des saisies-arrêts pratiquées par des créanciers munis d'un titre exécutoire).

¹⁴⁶ L'Etat, à propos de ses prérogatives, « Il les détient en tout état de cause et n'y saurait renoncer régulièrement ». Cf. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 836.

¹⁴⁷ Au sens de l'art. 2 al. 2 AUA, il s'agit de l'Etat, les collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public.

Mais, les mêmes personnes publiques sont, à la fois, membres de l'OHADA et membres de l'UEMOA ou la CEMAC selon le cas, dont les règles sont directement applicables dans l'ordre juridique interne des Etats parties de ces organisations.

Ce double régime juridique des personnes publiques de l'OHADA est dû, comme nous l'avons déjà évoqué, à la répartition des compétences législatives entre les organisations communautaires de l'Afrique subsaharienne.

58. La question est alors de savoir si l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA ne se heurterait pas aux règles d'utilisation des deniers publics, en l'absence d'harmonisation des règles relatives aux personnes publiques de l'UEMOA ou de la CEMAC et de l'OHADA.

Cette harmonisation semble nécessaire, en raison de l'appartenance des organisations communautaires de l'Afrique à des ordres juridiques totalement différents. Conformément aux dispositions de l'article premier du Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA¹⁴⁸, les personnes publiques de ces ordres juridiques communautaires (Section 1) sont semblables à celles de l'ordre juridique étatique, à l'exception de celles résultant des lois sur la décentralisation (Section 2).

Section 1.- Les personnes publiques de l'ordre juridique communautaire

59. Les initiatives d'intégration communautaire des Etats de l'Afrique subsaharienne donnent lieu, de plus en plus, à un ancrage juridique détaché des formules (*de ratification ou d'adhésion*) des conventions internationales. C'est l'exemple de l'UEMOA qui dispose en son article 6 que « *Les actes arrêtés par les organes de l'Union [...] sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure* »¹⁴⁹. Les règlements pris par le Conseil « sont

¹⁴⁸ Art. 1^{er}, Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA : « La présente Directive fixe les règles fondamentales régissant l'exécution des budgets publics, la comptabilité, le contrôle des opérations financières, la gestion des deniers, valeurs et biens appartenant ou confiés à l'Etat et à ses établissements publics à caractère administratif. Les collectivités locales et leurs établissements, ainsi que les organismes de sécurité sociale le cas échéant, sont régis par des textes particuliers qui s'inspirent des principes définis dans la présente Directive ».

¹⁴⁹ Traité modifié de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) du 29 janvier 2003.

*obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tout Etat membre »*¹⁵⁰. C'est aussi l'exemple de l'OHADA dont l'article 10 du Traité dispose : « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

60. Donc, les actes pris au niveau de ces organisations d'intégration communautaire sont directement applicables au sein de leurs Etats membres sans avoir besoin de ratification ou d'adhésion. Les dispositions de ces actes communautaires relatives aux personnes publiques relèvent d'un ordre juridique communautaire.

61. Ainsi, les personnes publiques de l'OHADA relèvent d'un double régime juridique (Paragraphe 2). Mais, avant d'aborder les conséquences de ce double régime juridique sur l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA, il conviendrait de clarifier tout d'abord, la notion de personne publique (Paragraphe 1).

Paragraphe 1.- La notion de personne publique

62. La personne publique est synonyme, dans la présente thèse, de personne morale de droit public. Elle désigne, plus spécifiquement, « *les institutions publiques dotées de la personnalité juridique* »¹⁵¹, donc, considérées comme des sujets de droit capables d'ester et d'être estées en justice, de posséder de biens et d'en disposer.

Elle incarne l'autorité, la puissance publique. Désignant les entités ou organismes publics, elle est, en outre, synonyme de puissance publique¹⁵², de l'Etat¹⁵³, de l'Administration¹⁵⁴ ou de pouvoir public¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Art. 43, al. 1 Traité UEMOA.

¹⁵¹ Voy. G. CORNU (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, 9^{ème} édition, Paris, PUF, 2012, v° « personne publique ».

¹⁵² La puissance publique est un terme générique utilisé pour désigner les moyens qu'un Etat se donne pour assurer la sécurité de son territoire, la sécurité de ses citoyens, ainsi que l'application des lois et règlements.

¹⁵³ L'Etat se définit d'abord par ses éléments constitutifs : un territoire, une population et une organisation souveraine. Mais, l'existence d'une population et d'un territoire ne suffit pas pour qu'un Etat soit constitué. Il faut en outre que celui-ci dispose d'une organisation politique et administrative souveraine. Ce qui signifie, d'une part, qu'il existe des institutions capables d'imposer leur volonté et, d'autre part, que ces institutions ne soient pas dans un lien de subordination juridique par rapport à un ordre supérieur. Les collectivités territoriales possèdent une population et un territoire, elles disposent également d'institutions, mais elles ne sont pas souveraines. Elles sont effectivement subordonnées à l'ordre juridique de l'Etat. L'architecture des

63. Il se dégage de ces clarifications, deux approches permettant de cerner la notion de personne publique : une approche organique (A) et une approche fonctionnelle (B).

A.- L'approche organique de la personne publique

64. Les personnes publiques, conformément à l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, sont composées, notamment, de l'Etat, des collectivités publiques territoriales et des établissements publics.

Les établissements publics se subdivisent en établissements publics à caractère administratif (EPA) et en établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC)¹⁵⁶. Cette dernière catégorie de personnes publiques est considérée comme une entreprise publique que nous aborderons *infra*.

65. Le Règlement général sur la comptabilité publique n'a d'ailleurs pas pris en compte cette catégorie de personnes publiques. Elle est régie par le droit privé et définie

Etats peut être plus ou moins complexe. Il existe deux grandes catégories d'architecture. La première qui correspond au schéma de la France, est celle de l'Etat unitaire. La seconde catégorie est celle des Etats composés (Etat fédéral ou Etat régional). Cf. E. GUERIN, « Les personnes publiques », octobre 2016, publié sur site Internet : <http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/bin/view/vitrine/Les+personnes+publiques+>

¹⁵⁴ L'Administration, avec une majuscule, est l'organisation chargée de gérer et de diriger les affaires publiques en suivant les directives du pouvoir exécutif d'un Etat. On parle d'Administration publique. Sans majuscule, elle désigne le service public d'un domaine particulier. Exemple : l'administration fiscale. Synonymes : service public, bureaucratie. L'Administration publique est rattachée au pouvoir exécutif. On distingue, l'administration d'Etat, l'administration de la Sécurité sociale, l'administration territoriale, ayant une compétence au niveau d'une Région, d'un Département ou d'une Commune, les établissements publics ayant des compétences spécialisées. Pour la plupart de ses activités, l'administration est soumise au droit administratif et, pour certaines définies par la loi, au droit privé. Aux Etats-Unis, le mot "Administration" suivi du nom du Président désigne le gouvernement américain et les conseillers chargés d'élaborer sa politique. Exemple : l'Administration Obama. Cf. site Internet : <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Administration.htm>

¹⁵⁵ L'expression "pouvoirs publics" désigne le gouvernement et l'ensemble des services chargés de l'administration d'un Etat ou d'une collectivité territoriale. Elle peut aussi désigner plus spécifiquement telle ou telle administration. La notion de "pouvoirs publics" ne s'applique que dans le cadre d'un Etat, à l'intérieur d'un territoire délimité, dirigé par des institutions, dans les domaines politique, judiciaire, économique, ou social. Ces institutions (administrations nationales ou locales, collectivités territoriales) sont gérées par des autorités compétentes qui représentent les pouvoirs publics et qui bénéficient d'un pouvoir réglementaire parfois important. Elles déterminent et conduisent l'action politique. Cf. site Internet : http://www.toupie.org/Dictionnaire/Pouvoirs_publics.htm

¹⁵⁶ Mais, les EPIC sont considérés comme des entreprises publiques à distinguer des personnes publiques. Cf. F. M. SAWADOGO, in « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Ohadata D-11-43, p. 20.

comme un organisme doté de la personnalité juridique, qu'il s'agisse d'une personne morale de droit public ou de droit privé, gérant une activité de production de biens ou de services, ce qui couvre toutes les activités économiques, vendus contre un prix et soumis organiquement au pouvoir prépondérant d'une autorité publique¹⁵⁷. Elle n'est donc pas régie par la comptabilité publique.

Donc, l'approche organique ne concerne que l'Etat, les collectivités publiques territoriales et les établissements publics au sens d'établissements publics à caractère administratif (EPA). Ce qui n'est cependant pas le cas dans l'approche fonctionnelle où ces EPA peuvent se voir assigner une mission d'intérêt général dont le financement relève de la comptabilité publique.

B.- L'approche fonctionnelle de la personne publique

66. Les personnes publiques, dans un sens fonctionnel, peuvent s'identifier à un service public, en raison de leurs activités tendant à assurer le maintien de l'ordre public et la satisfaction des autres besoins d'intérêt général.

67. L'approche fonctionnelle traduit la position de l'Administration vis-à-vis du monde économique¹⁵⁸. Ainsi, les personnes publiques, d'une part, régulent l'accès au marché. D'autre part, elles peuvent être fournisseurs de biens et de services sur le marché. Enfin, elles peuvent être demandeurs sur le marché pour la satisfaction de leurs besoins.

¹⁵⁷ A. DELION, « Le droit des entreprises et participations publiques », Collect. Finances publiques, LGDJ, 2003, note 82 (in F. M. SAWADO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. arb., num. spéc., févr. 2010, p. 136), citant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984, AJDA 1984, p. 625, concernant la SNCF qui revêtait la forme d'EPIC malgré son appellation de société.

¹⁵⁸ S. NICINSKI, « Droit public des affaires », L.G.D.J., Précis Domat Droit public, 5^e éd., 09/2016. Les trois piliers du droit public des affaires se présentent comme suit : « Tout d'abord, l'administration réglemente, influence, oriente, dirige ou protège le marché et ses opérateurs économiques. C'est la régulation de l'économie, qui renvoie aux prérogatives de l'administration pour limiter, encadrer l'accès au marché, définir sa structure, réglementer son fonctionnement, préserver son caractère concurrentiel et aider les opérateurs. Ensuite, l'Etat ou les autres personnes publiques peuvent être eux-mêmes opérateurs fournisseurs de biens et de services sur le marché. Cette participation au marché est régie par le régime juridique applicable au secteur public, composé d'entreprises publiques. Enfin, les personnes publiques, en position de demandeurs sur le marché, engagent une relation de collaboration avec les opérateurs économiques, pour satisfaire leurs besoins. Cette collaboration est régie par le droit de la commande publique au sens large, incluant le régime des contrats immobiliers ayant un objet économique ».

68. Dans sa position de régulateur de l'accès au marché, l'Etat réglemente l'utilisation des biens publics régie, dans l'espace OHADA, par le Règlement général sur la comptabilité publique de l'UEMOA. Ce Règlement relève de la compétence, non pas de l'OHADA, mais de l'UEMOA ou de la CEMAC, selon le cas.

69. Dans sa position de demandeur sur le marché, l'Etat prend le sens de personne publique de l'OHADA admise à compromettre en arbitrage. C'est sous cette position que l'Etat entretient des relations d'affaires avec les investisseurs et opérateurs économiques, l'amenant ainsi à s'adapter aux règles de droit privé qui régissent ces derniers sans, toutefois, perdre ses prérogatives de puissance publique.

L'Etat peut ainsi compromettre en arbitrage, se soumettre au régime de droit privé de l'arbitrage afin de se mettre au diapason de l'investisseur et de le rassurer de l'égalité entre litigants en dépit de leurs statuts juridiques différents.

Dans le cadre d'un arbitrage opposant ces deux partenaires d'affaires, des principes fondamentaux de procédure arbitrale¹⁵⁹ permettent de confirmer l'efficacité de ce mode de règlement des différends.

Néanmoins, il va de soi que, après la reddition de la sentence arbitrale, l'exécution de ladite sentence à l'encontre de ce partenaire public se trouve régie par des règles du droit public.

70. En somme, les personnes publiques sont des entités contrôlées par l'Etat et relèvent ainsi des règles de la comptabilité publique. Cette notion de personnes publiques peut revêtir des contours contradictoires dans le cadre d'un double régime juridique .

¹⁵⁹ Cf. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », op. cit., p. 393, n°587 et s. sur les principes fondamentaux de procédure applicables à tout arbitrage. Voy. également, G. KAUFMANN-KOHLER, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth. L'auteur affirmait qu'on a transposé à des litiges mixtes de droit commercial et de droit international public, une méthode de règlement des différends destinée initialement à la résolution de litiges commerciaux opposant deux opérateurs privés. Bien que cette méthode ait fait ses preuves, il se trouve que la composante essentielle de l'intérêt public n'y a pas été intégrée. En évoquant la question de l'intérêt public, l'auteur plaide pour la transparence par opposition à la confidentialité de l'arbitrage commercial. Ce qui permet d'envisager les spécificités de l'arbitrage impliquant les personnes publiques.

Paragraphe 2.- Le double régime juridique des personnes publiques de l'OHADA

71. La question qu'on se pose est de savoir si les personnes publiques admises à compromettre en arbitrage sont distinctes de celles prévues par l'UEMOA et la CEMAC. Dans l'un ou l'autre cas, l'effectivité des sentences arbitrales rendues à l'encontre de ces personnes publiques nécessitera une harmonisation des règles de mise en œuvre de ces sentences, entre organisations communautaires, afin qu'elle ne soit pas affectée, comme en matière de compensation, par les contradictions de certaines règles communautaires.

72. Nous analyserons ci-après, les personnes publiques suivant les dispositions du droit OHADA (A) et suivant celles du droit UEMOA ou CEMAC (B).

A.- Les personnes publiques suivant l'OHADA

73. Il s'agit des personnes publiques définies à l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, à savoir l'Etat, les collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public. Ces personnes publiques sont celles que l'Acte uniforme admet à compromettre en arbitrage.

Elles sont à distinguer des entreprises publiques et des sociétés d'économie mixte. A cet effet, suivant la décision CCJA en date du 07 juillet 2005¹⁶⁰, une entreprise publique n'est pas une personne publique. De même, une société d'économie mixte, au sens de la décision de la CCJA¹⁶¹ rendue le 26 avril 2018, n'est pas, non plus, une personne publique.

¹⁶⁰ CCJA, n° 043/2005, 07.7.2005, aff. Aziablévi YOVO et autres c./ Sté TOGO TELECOM, recueil de Jurisprudence de la CCJA, no 6, juin-décembre 2005, p. 25 ; Le Juris-Ohada n° 1/2006, p. 8. obs. Filiga Michel SAWADOGO in Ohadata D-07-16 ; Ohadata J-06-32, accessible sur le site Internet : http://www.ohada.com/actualite/4188/evolution-de-la-jurisprudence-de-la-cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage-de-l-ohada-en-matiere-d-immunite-d-execution.html#note4188_2 ; voy. aussi, O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », *op. cit.* L'auteur affirme qu'on pourrait craindre que les efforts réalisés par les concepteurs de l'OHADA soient mis à mal par une conception trop extensive et surannée de l'application des immunités d'exécution.

¹⁶¹ CCJA, 3ème ch., n° 103/2018, 26-4-2018 : X. c/ La Société des Grands Hôtels du Congo SA et 10 autres.

Elles ne pourront pas ainsi invoquer ou bénéficier de l'immunité d'exécution pour faire obstacle à l'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue contre elles.

74. L'admission de ces personnes publiques à compromettre en arbitrage n'aura aucun sens si ces dernières ne sont pas admises à utiliser les biens publics. Donc, les personnes publiques identifiées par l'Acte uniforme doivent être celles qui relèvent de la comptabilité publique, au sens de la Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique, afin d'être admises à utiliser les biens publics à l'occasion de l'exécution des sentences arbitrales administratives.

B.- Les personnes publiques suivant l'UEMOA ou la CEMAC

75. Autant que les dispositions du droit OHADA¹⁶², celles du droit UEMOA ou CEMAC sont aussi directement applicables dans chacun de leurs Etats membres¹⁶³. Alors, l'effectivité d'une sentence arbitrale administrative dépendra de la question de savoir s'il y a identité entre la personne publique mentionnée dans ladite sentence et celle à laquelle le Règlement général de la comptabilité publique est applicable.

En effet, la Directive de l'UEMOA portant Règlement général sur la comptabilité publique a défini les personnes publiques auxquelles elle s'applique. Il s'agit des

¹⁶² Cf. art. 10, Traité OHADA : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieure ou postérieure ».

¹⁶³ Aux termes de l'article 98 de la Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique, dont les dispositions ont été transposées dans le droit interne de la République du Bénin suivant le Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique, « Les dispositions de la présente Directive devront être transposées par les Etats membres dans leurs législations nationales [...] ». Voy. aussi les articles 5, 6 et 7 du Traité révisé de l'UEMOA en date du 29 janvier 2003. Conformément à l'article 5 dudit Traité, les organes de l'Union sont appelés à favoriser l'édiction de prescriptions minimales et de réglementations-cadres qu'il appartient aux Etats membres de compléter en tant que de besoin, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Quant à l'article 6, il dispose que « Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ». L'exécution des obligations découlant du Traité, aux termes de son article 7, incombe à ses Etats membres lesquels doivent apporter leur concours à la réalisation des objectifs de l'Union en adoptant toutes mesures générales ou particulières. A cet effet, ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de faire obstacle à l'application de ce Traité et des actes pris pour son application.

établissements publics à caractère administratif, des collectivités locales et leurs établissements, ainsi que des organismes de sécurité sociale, le cas échéant¹⁶⁴.

L'article 2 du Décret portant règlement général sur la comptabilité publique en République du Bénin, pris en application de la Directive précitée¹⁶⁵, a transposé cette Directive dans son ordre juridique interne, mais, y a ajouté « *autres organismes que la loi assujettit aux règles de la comptabilité publique* ».

Cet ajout paraît, à la fois, avantageux et désavantageux pour le créancier de l'Etat. Il paraît avantageux parce que la loi peut autoriser l'extension de l'application du Règlement général sur la comptabilité publique à une personne publique spécifique.

76. Mais, l'inconvénient peut être aussi que cette même loi retire des personnes publiques, celle qui serait tenue de payer une condamnation pécuniaire dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale administrative.

Le Code des marchés publics a défini le terme « *organisme* » de la manière suivante :

« *Organisme de droit public ou organisme :*

- *créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;*
- *doté de la personnalité juridique, et ;*
- *dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les Collectivités Territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les Collectivités Territoriales ou d'autres organismes de droit public »¹⁶⁶.*

¹⁶⁴ Cf. Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

¹⁶⁵ Décret de la République du Bénin n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique conformément à la Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique. L'art. 2, alinéa 1 du Décret précité dispose : « Les organismes publics comprennent l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de protection sociale et les autres organismes que la loi assujettit aux règles de la comptabilité publique ».

¹⁶⁶ Art. 4, Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin, v° « *Organisme de droit public ou organisme* », p. 7.

Cette définition d'un organisme de droit public semble couvrir les personnes publiques admises à compromettre en arbitrage. Si le financement majoritaire de l'Etat traduit la notion d'organisme de droit public, la subvention, bien que provenant du même Etat, ne l'est pas.

77. Il a été jugé que le bénéfice des subventions de l'Etat ne confère pas de plein droit immunité d'exécution¹⁶⁷ ; l'immunité d'exécution étant reconnue aux personnes que la loi a identifiées à cette fin, on peut en déduire que le bénéfice des subventions de l'Etat ne confère pas non plus de plein droit la qualité de personne publique.

En outre, « *les entités publiques, parapubliques et d'économie mixte* »¹⁶⁸ ne sont pas non plus des personnes publiques au sens de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière.

En mentionnant expressément, « *à l'exception de celles soumises aux règles de la comptabilité publique* », cet Acte uniforme introduit un critère fondamental d'identification des personnes publiques admises à compromettre en arbitrage au sens de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

Les établissements publics à caractère administratif sont distincts des établissements publics à caractère industriel et commercial. Ces derniers sont considérés comme des entreprises publiques et ne relèvent donc pas des règles de la comptabilité publique, lesquelles ne s'appliquent pas alors à toutes les entités publiques¹⁶⁹.

¹⁶⁷ C.A. Abidjan (Côte d'Ivoire), Arr. n°762, 10 juin 2003, Aff. Société AFFE-CI C/ CNRA. Aucune société ne peut être à la fois société anonyme et société de droit privé bien qu'investie d'une mission de service public et ayant comme actionnaire majoritaire l'Etat. Par conséquent, le seul fait pour une société de droit privé de bénéficier des subventions de l'Etat ne lui confère pas l'immunité d'exécution, laquelle demeure soumise aux conditions d'exécution des sociétés de droit privé.

¹⁶⁸ En définissant son champ d'application, l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière (AUDCIF) établit clairement la distinction entre entités publiques et personnes publiques en énonçant que « Sont astreintes à la mise en place d'une comptabilité [...] les entités publiques, parapubliques, d'économie mixte, [...] à l'exception de celles soumises aux règles de la comptabilité publique ». Cf. art. 2 de l'AUDCIF. En outre, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) a jugé qu'une société d'économie mixte « demeure une entité de droit privé » (CCJA, 3e Ch. ARRÊT N° 103/2018 DU 26 Avril 2018, affaire Monsieur MBULU MUSESO contre société des Grands Hôtels du Congo S.A.).

¹⁶⁹ Par exemple, dans l'arrêt du 20 juin 1996 rendu par la Cour d'Appel de Rouen dans l'affaire Société Bec Frères c/ Office des céréales de Tunisie dont il ressort « que l'Office ... soutient à bon droit que son patrimoine, bien qu'il trouve son origine dans la dotation de l'Etat auquel il sera restitué à sa dissolution, est distinct de l'Etat tunisien », il a été jugé « ... que cet Office ne peut être identifié ou assimilé purement et simplement avec l'Etat, qu'il n'a pas à répondre sur son patrimoine propre des dettes de cet Etat comme des siennes propres... ». Cf. G. KENFACK DOUAJINI, « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats », Rev. Cam. De l'arb., n°30, juillet-Août-Septembre 2005, p. 3.

78. En somme, les personnes publiques telles que définies par les règles de la comptabilité publique des Etats membres de l'UEMOA sont celles qui peuvent bénéficier de ces règles. Ainsi, l'exécution volontaire des sentences arbitrales pour le paiement des condamnations pécuniaires ne peut prospérer que si la personne publique en cause est bien celle qui relève des règles de ladite comptabilité publique.

79. En d'autres termes, une corrélation semble nécessaire entre les personnes publiques, au sens de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et celles issues des dispositions de l'article 2 alinéa 2 du Décret de la République du Bénin n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique.

80. Le statut des personnes publiques de l'OHADA constituerait ainsi une insécurité juridique à l'exécution des sentences arbitrales administratives, en l'absence d'un mécanisme d'harmonisation des textes qui le régissent entre les organisations communautaires concernées. Cependant, les personnes publiques de l'ordre juridique communautaire se distinguent, sur certains points, des personnes publiques de l'ordre juridique étatique.

Section 2.- Les personnes publiques de l'ordre juridique étatique

81. Dans l'ordre juridique interne des Etats, on distingue des personnes publiques à compétences générales (Paragraphe 1) et des personnes publiques à compétences spécialisées (Paragraphe 2).

82. Il s'agira de démontrer que l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre de ces catégories de personnes publiques ne relève que pour partie, des Directives communautaires applicables. Mais, pour le reste, les Etats parties semblent recouvrer toute leur souveraineté. A quelles catégories de personnes publiques de l'ordre juridique étatique les Directives communautaires ne s'appliquent-elles pas ?

Paragraphe 1.- Les personnes publiques à compétences générales

83. Il s'agit de l'Etat (A) et des collectivités territoriales (B). On remarquera que les collectivités territoriales ne sont pas souveraines. Les règles qu'elles appliquent doivent être conformes à celles dont la publication est effectuée par l'Etat à travers son organe exécutif.

A.- L'Etat

84. Au premier rang des personnes publiques, figure l'Etat¹⁷⁰, « *l'Etat, investi d'une puissance, la puissance publique, puissance de commandement, puissance de coercition, qui dépasse tout pouvoir privé* »¹⁷¹. Il est la première personne juridique de droit public.

85. L'Etat unitaire, par opposition aux Etats composés (Etat fédéral ou Etat régional), régi par le principe de l'indivisibilité¹⁷² et le principe de l'unité¹⁷³, est la forme la plus répandue d'Etat dans le monde.

86. Depuis 1792, la France est un Etat unitaire. La Constitution de 1792 pose le principe selon lequel « *la République est une et indivisible* ». La Constitution du 4 octobre 1958 reconnaît aussi le principe de l'unité et de l'indivisibilité de l'Etat.

¹⁷⁰ L'Etat est la forme normale d'organisation des sociétés. Mais, appréhender la notion d'Etat est une question complexe, car l'Etat est une abstraction ; il constitue un support du pouvoir. A la difficulté de cerner la notion d'Etat s'en ajoute une seconde qui tient au cadre de l'Etat, puisque celui-ci peut revêtir des formes différentes. Il existe deux grandes catégories d'architecture. La première qui correspond au schéma de la France, est celle de l'Etat unitaire. La seconde catégorie est celle des Etats composés (Etat fédéral ou Etat régional). Cf. E. GUERIN, « Les personnes publiques », octobre 2016, publié sur site Internet :

<http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/bin/view/vitrine/Les+personnes+publiques+>

¹⁷¹ P. DELVOLLE, (intervention de), Colloque du 17 septembre 1990, *op. cit.*

¹⁷² Le principe de l'indivisibilité signifie qu'il ne peut pas exister de pouvoir normatif autonome au profit des collectivités locales. Les collectivités infra Etatiques ne disposent de compétences que dans les domaines pour lesquels le législateur leur a expressément transféré cette compétence. D'un point de vue pratique, le principe d'indivisibilité implique que les délibérations des assemblées soient contrôlées par les autorités Etatiques (mécanisme du contrôle de légalité). Cf. E. GUERIN, *op. cit.*

¹⁷³ Le principe de l'unité implique à la fois l'unité géographique (élément constitutif de l'Etat), l'unité institutionnelle (des institutions identiques), et l'unité culturelle (peuple français, langue française), de l'Etat. Cf. E. GUERIN, *ibid.*, *op. cit.*

87. Les Etats parties de l'OHADA sont aussi constitués d'Etats unitaires et sont devenus républiques dans les années 60. Ces Etats, quelle que soit la forme d'organisation qu'ils ont adoptée, exercent des compétences générales, lesquelles peuvent les amener à prendre des engagements en faveur des économies de leurs pays respectifs.

Par exemple, en étudiant les trois positions de l'Administration vis-à-vis du monde économique¹⁷⁴, Sophie NICINSKI affirmait que les relations entre l'Administration et les opérateurs économiques sont régies par le droit de la commande publique au sens large, c'est-à-dire, les règles impératives de droit public « *relatives à l'occupation du domaine public, [...] aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* »¹⁷⁵.

Ces règles seraient de deux ordres : celles qui sont relatives au domaine public et celles qui régissent la commande publique¹⁷⁶. Ainsi, l'Etat, dans sa position de demandeur sur le marché, s'engage envers les partenaires privés étrangers¹⁷⁷, mais également locaux¹⁷⁸, par divers types de contrats¹⁷⁹, notamment, les accords d'investissements, contrats d'Etat¹⁸⁰ encore qualifiés d'accords de développement économique¹⁸¹.

¹⁷⁴ Cf. S. NICINSKI, « Droit public des affaires », L.G.D.J., Précis Domat, 5^e éd., 09/2016.

¹⁷⁵ P. DELVOLLE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁷ Les partenaires privés étrangers sont, comme le précise D. C. SOSSA, des investisseurs privés étrangers, connus aussi sous la dénomination d'opérateurs économiques étrangers. Il s'agit en général, d'entreprises multinationales ou transnationales dont les capitaux peuvent d'ailleurs être détenus par des personnes publiques mais avec un statut d'entreprise privée. Cf. D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Ohadata*, D-10-50, p. 7.

¹⁷⁸ Les réflexions sont souvent portées sur le contentieux des investissements étrangers dont l'arbitrage est réglementé par, non seulement, la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, laquelle institua le CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), et la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, de sorte qu'il nous paraît indispensable de rappeler que les investisseurs locaux méritent la protection de la communauté internationale autant que les investisseurs étrangers. Il est vrai que l'arbitrage mixte en droit interne semble une spécificité du droit OHADA. Mais, les sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA rendues sous l'égide de la CCJA montrent la participation des investisseurs locaux dans le besoin de capitaux de leurs Etats. Ces sentences pouvant faire l'objet de voies d'exécution de droit commun dans un ordre juridique tiers, la question se pose de savoir si ces mesures de contrainte, malgré l'exception d'arbitrage, sont envisageables dans l'ordre juridique interne. Alors, le droit OHADA permet-il d'assurer une efficace protection des investisseurs locaux contre les prérogatives de puissance publique de leurs pays ?

¹⁷⁹ V. les différentes formes juridiques de ces contrats dans D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Ohadata*, D-10-50, p. 24 et s.

¹⁸⁰ Sur la notion de contrat d'Etat, v., entre autres pour la doctrine récente, Sandrine Chaillé de Néré, « Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé », Préface de Jean-Pierre Laborde, Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, n°102 et s., citée par D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Ohadata*, D-10-50, p. 6.

88. A cet effet, le Professeur SOSSA fait observer que, au nombre des formes juridiques actuelles des accords de développement économique, il y a un engouement des Etats africains pour les investissements publics qui prennent la forme des Partenariats Publics Privés (PPP)¹⁸².

Plusieurs pays membres de l'OHADA, dont le Bénin¹⁸³, disposent d'une loi sur le PPP¹⁸⁴. Il s'agit d'une « *opération d'externalisation de la personne publique laissant à une personne privée la charge de diverses prestations à différents stades du projet* », à savoir « *conception, financement, entretien, maintenance, exploitation technique ou commerciale* »¹⁸⁵.

La place prépondérante de l'Etat dans ces accords a amené certains auteurs à affirmer que, « *l'heure n'a pas encore sonné en Afrique où tous les investissements sortiront du giron étatique ou de celui des collectivités et organismes émanant de l'Etat (collectivités locales, Etats fédérés). On observe bien que, pour les infrastructures (routes, ponts, barrages) comme pour certaines productions (énergie, eau de villes, etc.), les*

¹⁸¹ Sur la notion d'accord de développement économique, voy. D. C. SOSSA, *op. cit.*, notamment la sentence Texaco (California Asiatic Oil Company (Calasiatic) et Overseas Petroleum Company (Topco) c. Gouvernement de la République Arabe Libyenne (Fond, 19 janvier 1977, JDI 1977.350) où, après avoir relevé que les accords d'investissements constituent « une nouvelle catégorie d'accords entre Etats et personnes privées : les accords de développement économique », l'arbitre unique, René Jean Dupuy a précisé qu'ils sont caractérisés par leur objet « particulièrement ample », « ils ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter à un pays en voie de développement des investissements et une assistance technique, notamment dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales ou dans la construction d'usines... », leur longue durée impliquant « une étroite collaboration entre l'Etat et son cocontractant » et des « installations durables » et leur objectif de coopération. Voy. aussi, E. I. NWOUGUGU, « Legal Problems of Foreign Investments », 153 RCADI (1976-5), p. 167 ; J. N. Hyde, « Economic Development Agreement », 101 RCADI (1962-I), p. 271 ; Detlev F. Vagts « Transnational Business Problems », Mineola, N. Y., The Foundation Press Inc. 1986 (University Casebook Series) ; Didier Lamèthe, « Les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation. (Esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud) », JDI 1992.87.

¹⁸² La forme des PPP « apparaît aujourd'hui comme une lame de fond du droit des contrats publics à l'échelle mondiale ». Le PPP est présenté comme un concept qui « traduit l'idée d'une plus grande association des personnes privées dans la définition et la réalisation de projets publics » et qui « prend la forme d'un partage (...) des responsabilités entre pouvoirs publics et entreprises privées ». Cf. François Lichère et Boris Martor « Essor des partenariats public privé en Afrique : réformes et perspectives d'avenir », RDAI 2007, p. 297 et 298, cité par D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », Ohadata, D-10-50, p. 24.

¹⁸³ Loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin.

¹⁸⁴ F. LICHERE et B. MARTOR « Essor des partenariats public privé en Afrique : réformes et perspectives d'avenir », *op. cit.*, p. 298, in D. C. SOSSA, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁵ F. LICHERE, B. MARTOR, G. PEDINI, S. THOUVENOT, « Pratique des partenariats public-privé. Choisir, monter et suivre son PPP », 2^e éd., Paris Lexis-Nexis/Litec, 2009, n° 8 et 9, cité par D. C. SOSSA, in « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 26.

*programmes d'investissements publics sont encore considérables dans les pays africains »*¹⁸⁶.

89. Non seulement, l'investissement est en Afrique, essentiellement et surtout, le fait des Etats, mais celui-ci est généralement financé de l'extérieur sous la forme d'aides, de prêts privés, de rééchelonnement de la dette et de revenu de transfert¹⁸⁷.

90. La position de l'Etat dans ces accords de développement économique le met au premier rang du contentieux des investissements, et par conséquence, de personne publique à compétences générales.

91. Outre l'Etat, les collectivités territoriales sont également des personnes publiques à compétences générales dont les textes relèvent de la compétence des Etats parties de l'UEMOA, au sens de l'article premier, alinéa 2 de la Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

B.- Les collectivités territoriales

92. En ce qui concerne les collectivités territoriales, elles disposent d'un territoire, d'une population et d'une institution ; mais, la souveraineté, c'est-à-dire la supériorité du pouvoir sur une zone géographique ou sur un groupe de peuples vivant en communauté, est une composante spécifique de l'Etat, l'Etat investi de la puissance publique. Il ne peut, en effet, exister de pouvoir normatif autonome au profit des collectivités territoriales.

93. Cependant, la puissance publique permettant d'exercer des compétences générales, ainsi que l'affirme Pierre DELVOLLE, peut être donnée également aux collectivités locales encore appelées collectivités territoriales (communes, départements,

¹⁸⁶ V. par exemple sur ce point, P. BLANCHARD, « Grands projets dans le secteur de l'énergie : Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire, tentatives innovantes des années 90 (I) et (II) », RDAI, 2000.443 et s., et 563 et s., cité par D. C. SOSSA, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁷ Agence Intergouvernementale de la Francophonie et Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement. Contraintes et perspectives de l'investissement dans l'espace CEMAC. Aperçu sommaire, sans date, p. 2, référence citée par D. C. SOSSA, « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », Ohadata D-11-40, p. 10, Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, février 2010, p. 110.

régions). Ces dernières sont créées par la loi et s'administrent librement par des conseils élus dans les conditions prévues par la loi¹⁸⁸.

Aux termes de l'article 152 de la Constitution du 11 décembre 1990 de la République du Bénin, « *Aucune dépense de souveraineté de l'Etat ne saurait être imputée à leur budget* ». Mais, il est de la responsabilité de l'Etat de veiller à leur développement harmonieux sur la base de la solidarité nationale, des potentialités régionales et de l'équilibre inter-régional.

94. Les collectivités territoriales se distinguent de l'Etat, bien qu'étant sous sa tutelle. Comme l'Etat, elles ont aussi un territoire et une population ; mais, les collectivités territoriales ne sont pas souveraines. Elles sont caractérisées par le principe électif, le transfert de compétences et de moyens, et la soumission au contrôle de l'Etat.

95. Les collectivités territoriales sont des collectivités à statut législatif, sans pouvoir normatif autonome. Elles sont dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière. De ce fait, elles sont soumises, comme l'Etat, aux règles de la comptabilité publique, malgré les textes particuliers qui les régissent¹⁸⁹.

96. En considération de ces textes, les condamnations pécuniaires des collectivités territoriales ne sont pas systématiquement payées sur les caisses du Trésor public, de même que la représentation de l'Etat en justice par l'Agent judiciaire du Trésor. Nous verrons aussi plus tard, les règles spécifiques qui leur sont applicables en matière de paiement des condamnations pécuniaires prononcées contre elles par la justice¹⁹⁰.

97. En somme, les personnes publiques à compétences générales ne sont constituées que de l'Etat et des collectivités publiques territoriales. Elles sont, quelque peu, différentes des personnes publiques à compétences spécialisées.

¹⁸⁸ Aux termes de l'article 150 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990, « Les collectivités territoriales de la République sont créées par la loi ». Voy. aussi, Loi n° 97-028 du 15 janvier 1999 portant organisation de l'administration territoriale de la République du Bénin, la Loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin, la Loi n° 98-007 du 15 janvier 1999 portant régime financier des communes en République du Bénin.

¹⁸⁹ Aux termes de l'art. 1^{er}, al. 2 du Décret de la République du Bénin n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique, « Les collectivités locales et leurs établissements, les organismes de protection sociale ainsi que les autres organismes publics que la loi assujettit aux règles de la comptabilité publique, sont régis par des textes particuliers qui s'inspirent des principes définis par le présent décret ».

¹⁹⁰ Art. 17, Loi n° 98-007 du 15 janvier 1999 portant régime financier des communes en République du Bénin.

Paragraphe 2.- Les personnes publiques à compétences spécialisées

98. L'Etat, selon le Professeur Pierre DELVOLLE, peut donner sa puissance à d'autres personnes publiques. C'est le cas des collectivités territoriales, comme nous venons de le voir ; mais, c'est aussi celui des établissements publics¹⁹¹ que l'Etat investit d'activités spécifiques.

Cette catégorie de personnes publiques, selon Eric GUERIN¹⁹², se distingue des deux premières (Etat et collectivités territoriales) en raison, non seulement, de la spécialisation de sa compétence, mais également, du critère de son rattachement à une collectivité territoriale ou à l'Etat.

Suivant ce critère de rattachement, un établissement public est local lorsqu'il est rattaché à une collectivité territoriale, et il est national lorsqu'il est placé sous la tutelle d'un ministère.

99. Le critère de rattachement permet d'identifier, notamment, la source de financement d'un établissement public. Ainsi, les établissements publics placés sous la tutelle d'un ministère sont financés par le Budget national et fonctionnent conformément au Règlement général sur la comptabilité publique.

100. Alors, les litiges impliquant ces personnes publiques relèvent, au Bénin, de la compétence de l'Agence judiciaire du Trésor¹⁹³. Et, en matière d'arbitrage, les sentences qui en sont issues sont exécutées sur le Trésor public suivant le mécanisme de l'ordonnancement ou de mandatement que nous étudierons dans la deuxième partie de la présente thèse.

101. Donc, l'opportunité de compromettre en arbitrage dans les contrats administratifs soumis aux règles impératives du droit public devrait également obtenir l'autorisation préalable de ladite Agence.

¹⁹¹ Cf. E. GUERIN, *op. cit.* : L'Etablissement public est le résultat de la décentralisation fonctionnelle (par opposition à la décentralisation territoriale des collectivités) qui lui permet malgré un pouvoir de tutelle de disposer d'une certaine autonomie administrative avec ses propres organes de décision ainsi qu'un budget autonome. Cette décentralisation technique a vu le jour par la nécessité pratique de favoriser une gestion efficace par l'autonomie de la structure. L'établissement public répond à des critères précis mais les contraintes juridiques qui pèsent sur lui en font une notion en crise.

¹⁹² *Idem.*, *op. cit.*

¹⁹³ Décret n° 2007.074 du 22 février 2007 Portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence judiciaire du Trésor.

102. Aux termes de l'article 10, alinéa 2 de la loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin, « *Les collectivités territoriales et leurs groupements, les sociétés d'Etat, les sociétés d'économie mixte à participation majoritaire de l'Etat, les groupements d'intérêt économique à participation majoritaire de l'Etat et les établissements publics ne peuvent toutefois conclure des contrats de partenariat public-privé que dans la mesure où ils y ont été autorisés par l'Etat* »¹⁹⁴. En outre, l'article 48 de cette loi prévoit que les contrats de partenariat public-privé comportent nécessairement des clauses relatives, entre autres, « *aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage* ».

103. Les règles relatives à la création des catégories d'établissements publics sont du domaine de la loi, suivant l'article 98 de la Constitution de la République du Bénin. Aussi, diverses catégories d'établissements publics ont-elles été créées au Bénin sur le fondement de la loi n°94-009 du 28 juillet 1994 portant création, organisation et fonctionnement des offices à caractère social, culturel et scientifique. Ces établissements sont créés dans le but d'accomplir des missions spécifiques.

104. Le législateur français établit clairement la distinction entre compétences générales et compétences spécialisées en ces termes, « *Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'EDF et GDF signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* »¹⁹⁵. Outre les établissements publics, le Code des marchés publics du Bénin a envisagé « *les autres organismes, agences ou offices créés par l'Etat ou les entités territoriales décentralisées pour satisfaire des besoins d'intérêt général et dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou qui bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat, d'une collectivité publique ou d'une association formée par ces personnes morales de droit public* »¹⁹⁶.

¹⁹⁴ <https://sgg.gouv.bj/doc/loi-2016-24/>

¹⁹⁵ Avis Conseil d'Etat du 7 juil. 1994, al. 1-1.

¹⁹⁶ L'art. 2, Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin, précitée, dispose : Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux marchés passés par :

1) Les personnes morales de droit public que sont :

105. Par ailleurs, il existe des structures juridiques de droit public qui n'entrent dans aucune des catégories précitées ; il s'agit de personne juridique *sui generis*, comme la Banque de France, l'Institut de France ou leur équivalence dans l'espace OHADA, comme la BCEAO¹⁹⁷.

106. Quant aux établissements publics rattachés à une collectivité territoriale, ils sont financés par cette dernière en vertu de leur autonomie financière. C'est dire que les litiges impliquant ces établissements publics ne relèvent pas, en principe, de la compétence de l'Agence judiciaire du Trésor et, les décisions juridictionnelles, en l'occurrence les sentences arbitrales administratives, ne peuvent non plus être exécutées sur le Trésor public.

107. Les établissements publics se subdivisent, comme précité, en établissements publics à caractère administratif et établissements publics à caractère industriel et commercial. Alors que la première catégorie d'établissements publics est considérée comme personnes morales de droit public, la deuxième en est exclue en raison de ses activités à caractère industriel et commercial. Elle est considérée comme entreprise publique, donc personne morale de droit privé.

a) l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées ;

b) les établissements publics ;

c) les autres organismes, agences ou offices créés par l'Etat ou les entités territoriales décentralisées pour satisfaire des besoins d'intérêt général et dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou qui bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat, d'une collectivité publique ou d'une association formée par ces personnes morales de droit public.

2) Les personnes morales de droit privé que sont :

a) les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale décentralisée, d'une personne morale de droit public, d'un établissement public et de toute société dans laquelle l'Etat et les personnes morales visées à l'alinéa 1er du présent article sont actionnaires majoritaires ou d'une association formée par ces personnes morales de droit public ;

b) les sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier et/ou de la garantie de l'Etat ou du concours financier et/ou de la garantie d'une des personnes morales de droit public mentionnées au paragraphe premier ci-dessus.

3) Les personnes morales bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, sous la forme d'une convention. Dans ce cas, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée doit, pour les marchés publics qu'elle passe avec des tiers, dans le cadre de cette activité, respecter les dispositions de la présente loi.

4) Les maîtres d'ouvrage délégués pour les marchés passés dans le cadre de l'exécution des attributions qui leur sont confiées par une autorité contractante.

¹⁹⁷ Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest.

108. Au regard de tout ce qui précède, les collectivités territoriales, les établissements publics et tous autres organismes publics constituent des démembrements de l'Etat¹⁹⁸ en ce qu'ils sont, d'une manière ou d'une autre, soumis à la tutelle de l'Etat.

109. « *La multiple appartenance des Etats à des groupements d'intégration économique régionale dont les fonctions et les activités font souvent double emploi ou se chevauchent quand elles ne se contredisent pas* »¹⁹⁹, constitue une insécurité juridique à l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA. C'est pourquoi, certains auteurs suggèrent « *d'investir la réflexion sur la compatibilité et la nécessaire mise en cohérence des différents schémas d'intégration tant il est vrai que l'intégration ne peut se réaliser dans le cadre d'un espace juridique diversifié et qu'il n'est pas de droit communautaire sans une unité de jurisprudence* »²⁰⁰.

¹⁹⁸ « Entité Publique », désigne toute autorité administrative, judiciaire, fiscale ou politique, ministère, direction, agence, société d'Etat, établissement public et entreprise du secteur public et parapublic, notamment, en application de la loi n° 99-016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic et tout autre démembrement de l'Etat.

Cf. site Internet : <https://forum.wordreference.com/threads/d%C3%A9membrement-de-l%E2%80%99%C3%89tat.2802409/?hl=fr>

L'expression « démembrement de l'administration » est apparue dans un rapport de 1960-1961 de la Cour des comptes, pour désigner la tendance de l'Etat à confier certaines de ses tâches à une institution de droit privé, jouissant d'un régime juridique plus souple. L'Etat n'est pas la seule personne morale de droit public à avoir recours à cette technique : les collectivités territoriales et certains établissements publics (ex : universités) sont aussi concernés. Cf. site Internet : <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/dissertation/demembrements-administration-450780.html>

¹⁹⁹ IBRIGA Luc Marius, « Etat des lieux de la problématique de la cohabitation des droits communautaires [cas de l'Afrique] », in « De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires », ERSUMA, éd. 2011, p. 7.

²⁰⁰ *Ibid.*, op. cit., p. 9. « La compatibilité renvoie à une réalité plurielle. [...] Elle] peut être minimale, réduite en quelque sorte à sa stricte expression. Elle se ramène alors à la possibilité d'une simple coexistence qui a lieu dans une certaine ignorance. [...] Elle peut être enrichie en se portant au-delà d'une simple juxtaposition et signifier l'existence entre éléments qu'elle implique, des liens de complémentarité, de l'idée de concours à une même fin. Le terme ultime du problème de la compatibilité réside, ce faisant, dans l'idée d'harmonie ». Voy. D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », in La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA, sous la direction de P. MEYER, Publication du CEEI N°3, Ouagadougou, Imprimerie Presses Africaines, 2001, p. 165. Sur la question d'un espace juridique diversifié, voy. E. CEREXHE, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale », Revue Burkinabé de Droit, n°39 et 40, spécial vingtième anniversaire, thème : intégration régionale et droit, p. 19. Quant à l'unité de jurisprudence, l'auteur a cité R. LECOURT, Gazette du Palais, 1964, 1, doctrine, pp. 49-54.

Conclusion du Chapitre 1.-

110. En conclusion, les personnes publiques de l'OHADA relèvent d'un double ordre juridique communautaire, et donc, d'un double régime juridique dont l'application peut contrarier l'efficacité de l'exécution des sentences arbitrales administratives.

111. Mais, on peut remarquer que la notion de personne publique ne change pas d'un ordre juridique communautaire à un autre. Néanmoins, l'autonomie législative de ces organisations communautaires peut conduire à l'adoption de règles divergentes, comme en matière de compensation²⁰¹.

112. Cependant, cette autonomie n'empêche pas l'harmonisation des règles régissant les personnes publiques de l'OHADA appelées à utiliser les deniers publics régis par le droit UEMOA, pour le paiement de leurs condamnations pécuniaires. A cet effet, l'harmonisation de ces règles est envisageable au niveau, aussi bien, de l'ordre juridique communautaire, qu'à celui de l'ordre juridique étatique.

113. Au niveau de l'ordre juridique communautaire, l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage peut être complété de manière à faire ressortir que les personnes publiques, prévues par cette disposition, sont celles auxquelles s'applique le Règlement général sur la comptabilité publique.

114. A notre entendement, le même exercice devrait s'effectuer également au niveau de l'article premier, alinéa 1 du Traité de l'UEMOA, en ajoutant que ces personnes publiques sont celles que le droit OHADA admet à compromettre en arbitrage. Ainsi, aucun quiproquo ne pourrait survenir à l'exécution des sentences arbitrales sur le statut de ces personnes publiques.

115. Au niveau de l'ordre juridique étatique, sont concernées essentiellement, les collectivités publiques territoriales dont le régime juridique relève de la compétence des législations nationales ; « *Les Etats, [...] les établissements publics [...]* » relevant déjà de l'ordre juridique communautaire ne sont donc pas concernés.

²⁰¹ Cf. F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public de l'espace OHADA », *Ohadata* D-11-43, p. 11.

116. La mention des « *décisions de justice exécutoires* »²⁰² au nombre des dépenses obligatoires mises à la charge des collectivités territoriales, traduirait la prise en compte des sentences arbitrales exéquaturées au nombre de ces décisions.

117. Mais, comme évoqué ci-dessus, l'harmonisation des collectivités publiques territoriales avec les règles régissant le droit de l'arbitrage permet d'imputer l'exécution desdites sentences régies par le droit OHADA, au budget de ces collectivités relevant du droit public.

118. En considération de tout ce qui précède, nos contributions à l'effectivité des sentences arbitrales administratives sont d'ordre textuel, c'est-à-dire, relevant d'une révision des textes juridiques, en l'occurrence, des Directives de l'UEMOA et de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

Donc, l'application des règles régissant l'utilisation des deniers publics n'est pas garantie du fait d'une disposition conventionnelle ou de la sentence à exécuter ; l'harmonisation des textes semble alors la solution adaptée face à l'autonomie des ordres juridiques distincts.

119. En dépit des solutions envisagées pour assurer leur sécurité juridique, il faut remarquer que les personnes publiques de l'OHADA ne sont pas seules tenues du paiement de leurs condamnations pécuniaires, non pas, en raison de leur impécuniosité éventuelle, ni même de leur immunité d'exécution. Nous en comprendrons mieux les raisons en abordant, ci-après, les personnes morales distinctes des personnes publiques de l'OHADA, notamment, les émanations de l'Etat.

²⁰² Art. 17, Loi n° 98-007 du 15 janvier 1999 portant régime financier des Communes en République du Bénin.

Chapitre 2.- Les personnes morales distinctes des personnes publiques de l'OHADA

120. D'autres personnes morales distinctes des personnes publiques de l'OHADA peuvent également être tenues du paiement des condamnations pécuniaires issues des sentences arbitrales administratives. Il s'agit essentiellement des émanations de l'Etat.

121. En principe, une émanation de l'Etat dotée de la personnalité juridique ne peut être tenue de la dette de l'Etat. Ainsi, une entité ayant une personnalité distincte de l'Etat n'a pas à répondre d'une condamnation qui ne la concerne pas²⁰³.

Il en va ainsi lorsque l'entité en cause est une société anonyme de droit privé ayant pour objet, notamment, la pratique des opérations commerciales de banque pour son compte ou le compte de tiers ou en participation et alors même qu'elle serait « contrôlée » par l'Etat²⁰⁴.

Alors, la difficulté de l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques tient au fait que la plupart des biens saisissables sont isolés dans des structures bénéficiant d'une personnalité morale séparée, même si celle-ci est intégralement détenue par l'Etat. Donc, pour obtenir paiement de sa créance sur l'Etat, « *le créancier doit percer le voile de la personne morale* »²⁰⁵.

Comment les émanations de l'Etat, en dépit de leur personnalité juridique autonome, peuvent-elles être tenues du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques ?

122. Afin de répondre à cette question, nous présenterons, tout d'abord, le régime juridique des émanations de l'Etat (Section 1) qu'il conviendrait de distinguer, ensuite, d'autres notions voisines (Section 2) ne relevant pas du droit privé.

²⁰³ Paris, 7 juin 1969, Clerget c/ Représentation commerciale de la république démocratique du Vietnam ; JCP 1969. II. 15954, concl. Fortier, note Ruzié ; JDI 1969. 894, note Pinto.

²⁰⁴ Civ. 1re, 21 juill. 1987, Sté Ltd Benvenuti et Bonfant c/ Banque commerciale congolaise.

²⁰⁵ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », Texte de la conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007, disponible sur : www.courdecassation.fr

Section 1.- Les émanations de l'Etat

123. Les émanations de l'Etat se distinguent par certains critères d'identification (Paragraphe 2) que nous étudierons après avoir abordé la notion ou le principe d'autonomie de la personne morale (Paragraphe 1).

Paragraphe 1.- L'autonomie de la personne morale

124. Nous distinguerons le principe de l'autonomie de la personne morale (A) et ses pathologies (B).

A.- Le principe de l'autonomie de la personne morale

125. L'autonomie de la personne morale est un principe impliquant l'indépendance juridique des sociétés d'un groupe. Ces sociétés jouissent de la personnalité morale et ont un patrimoine distinct de celui de leur société mère.

126. Donc, aucune société de ce groupe, tant qu'elle est conforme au principe de l'autonomie de la personne morale, ne peut être tenue des dettes d'une autre société du même groupe, parce qu'elle jouit de la personnalité morale et a un patrimoine distinct de celui de la société mère. Principe de droit privé des sociétés²⁰⁶, il s'applique aussi en droit public.

127. Cependant, il a été inopérant dans le cas d'une entreprise publique qui présentait pourtant, toutes les caractéristiques d'une entité entièrement contrôlée par l'Etat.

Dans l'affaire *Société nationale des pétroles du Congo contre Société Walker International Holding*²⁰⁷, le principe de l'autonomie de la personne morale a été écarté « dès lors qu'une société nationale n'est pas » dans une indépendance fonctionnelle

²⁰⁶ Cass. Com., 3 févr. 2015, pourvoi n°13-24.895, cité par cbavocats.com/

²⁰⁷ 1^{re} civ., 6 févr. 2007, n°04-13-107, Société Nationale des Pétroles du Congo c. Société Walker International Holding, Rev. arb. 2007.483, note L. FRANC-MENGET.

suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat et que son patrimoine se confon[d] avec celui de l'Etat »²⁰⁸. Alors, en l'absence de cette autonomie, ladite société nationale est considérée comme une émanation de l'Etat et doit répondre des dettes de celui-ci²⁰⁹.

128. En somme, l'établissement de l'autonomie de la personne morale est subtil, voire difficile. Comme l'a affirmé le Professeur GAILLARD, l'établissement de la fictivité de la personnalité morale, de manière à mettre à nu la dépendance d'une personne morale à l'égard de l'Etat, n'est pas une tâche aisée.

B.- Les pathologies de l'autonomie de la personne morale

129. La personnalité morale d'une émanation de l'Etat peut n'être qu'un écran. Elle peut s'avérer purement fictive²¹⁰. Alors, le créancier « est admis à prouver que la créance saisie a pour origine une activité de puissance publique exercée pour le compte de l'Etat »²¹¹. La théorie des émanations est apparue à l'occasion des nationalisations effectuées par les Etats socialistes ou en voie de développement²¹².

²⁰⁸ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 17. Cf. aussi, 1^{re} civ., 6 févr. 2007, n°04-13-107, Société Nationale des Pétroles du Congo c. Société Walker International Holding, *Rev. arb.* 2007.483, note L. FRANC-MENGET ; *RTD Com.* 2008.207, note DELEBECQUE, in *Rev. cong. de Droit et des Affaires*, n°5, Janv.-Févr.-Mars 2011, p. 48.

²⁰⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2007, *Société nationale des pétroles du Congo c. sté AF-CAP Inc*, *Rev. arb.*, 2007.483, note L. Franc-Menget. *Adde*, Paris 29 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003.1296, note Ch. JARROSSON, citées par E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 18.

²¹⁰ Cass. civ. 1, 6 fév. 2007, n° 04-13.107 et 14 novembre 2007, n° 04-15.388, voir infra n° 1078, citée par M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, « L'immunité d'exécution des États et de leurs émanations », in *Rev. de Droit Henri Capitant*, n°2, 1^{er} mai 2011, *Droit international privé*, 2^e éd., LGDJ, 2009, n°s 549 à 551.

²¹¹ *Idem*, *op. cit.*

²¹² I. CORDIER, « Armateur », *op. cit.* Voy. aussi, G. KENFACK DOUAJINI, « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats », *Rev. Cam. De l'arb.*, n°30, Juil.-Août-Sept. 2005, p. 5. Selon cet auteur, la notion d'émanation, inventée par la jurisprudence française pour assurer l'indemnisation de certaines entreprises privées occidentales victimes de nationalisation, a été présentée par la doctrine comme constituant un moyen pour les entreprises sus-évoquées, de surmonter l'obstacle de l'immunité d'exécution des Etats en cause. L'auteur a cité P. LAGARDE, « Une notion ambivalente : l'émanation de l'Etat nationalisant », *Mélanges C.-A. Colliard, Pédone*, 1984, p. 539 et s. Voy. également, Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 1971, cette *Revue*, 1972. 310, note P. Bourel, *JCP* 1972. II. 16969, note D. Ruzié.

130. Mais, elle n'a pas pour autant disparu avec l'avènement d'une économie de libre-échange à laquelle l'Etat participe activement à travers les accords de développement économique évoqués précédemment.

131. Du verbe émaner, c'est-à-dire, exhaler, détacher, tirer son origine, l'émanation signifie, selon Larousse, l'action d'émaner ou le résultat de cette action. L'émanation de l'Etat pourrait donc signifier ce qui résulte de l'Etat, ses démembrements.

Il s'agit de structures ou entités constituées sous la forme soit de droit public, soit de droit privé. Celles-ci bénéficient, en principe et autant que l'Etat lui-même, de certains privilèges notamment, des immunités de juridiction et d'exécution, le cas échéant.

Dans l'affaire du naufrage du navire *Joola*, battant pavillon sénégalais et ayant fait 1.863 victimes, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « *la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné* »²¹³.

132. Mais, le fonctionnement de certains organes et entités de l'Etat peut révéler un dysfonctionnement, une absence d'autonomie permettant d'établir une tromperie des tiers, une fraude à leur qualité d'émanations de l'Etat.

133. C'est la découverte de la supercherie que révèle cette façade qui autorise le créancier à passer outre les privilèges éventuels des émanations de l'Etat, notamment, l'immunité d'exécution dont elles auraient pu bénéficier .

134. Ces entités non autonomes dans la réalité, ne demeurent pas moins la propriété de l'Etat, de sorte que, si l'Etat est insaisissable en vertu de son immunité d'exécution, cette dernière ne s'étend pas à ces entités, autorisant ainsi le créancier de l'Etat à se faire payer sur elles.

135. La reconnaissance de cette théorie par la jurisprudence permet de contourner les obstacles juridiques à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques.

²¹³ *Crim.*, 19 janvier 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 9, pourvoi n° 09-84.818, sur site Internet : https://www.courdecassation.fr/publications/26/rapport_annuel/36/rapport_2010_3866/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_3879/nal_proc_3898/procedure_penale_3899/immunit%C3%A9_19464.html

136. De ce point de vue, il est aisé de constater combien il peut être périlleux, complexe, compliqué et pourquoi pas, hasardeux d'établir la preuve de l'absence d'autonomie des émanations de l'Etat.

137. Car, c'est elles qui sont en cause. Comment prouver que bien qu'en étant une, les émanations de l'Etat sont en conflit avec les règles de leur constitution et de leur fonctionnement ? C'est là toute la question, et ce n'est certainement pas une exagération que de reconnaître que cela relève d'une véritable gageure.

138. Alors, plus les problèmes juridiques sont épineux, complexes, plus ils suscitent un intérêt presque passionné de la doctrine et de la jurisprudence. N'oublions pas que ces deux sources du droit ne sont pas astreintes à la même obligation juridique.

139. Alors que la doctrine, sous sa plume libre, analyse les phénomènes juridiques *a priori* et *a contrario*, la jurisprudence, sous la menace d'un déni de justice, se doit de trancher dans le vif, de donner une direction, peut-être erronée, mais une direction tout de même, dont la seule garantie est le double degré de juridiction. Ainsi, certains auteurs²¹⁴ ont explicité le phénomène de manière à ne pas se tromper dans ses subtilités.

140. Par exemple, Mathias AUDIT²¹⁵ affirme que l'émanation est certainement une notion, une théorie, voire une institution, mais c'est avant tout une règle, à la faveur de laquelle une condamnation peut être exécutée sur le patrimoine d'une personne morale formellement distincte du débiteur nominalelement désigné, c'est-à-dire l'Etat.

141. La mise en œuvre de cette règle intervient au moment précis où une mesure d'exécution forcée est diligentée, en ce qu'elle autorise le créancier à se départir du

²¹⁴ Nous citerons, notamment, J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* ; J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », Répertoire de procédure civile, spéc. « Théorie des émanations d'Etat », n°140 et s. ; RÈMOND-GOUILLOU, L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité, DMF 1992. 451 ; DE LA PRADELLE, L'arbitrage face aux immunités de juridiction et d'exécution : à propos du blocage des comptes en banque de missions diplomatiques et saisie d'un navire d'Etat affecté à une personne publique, Gaz. Pal. 2001. 954 ; M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », Revue critique de droit international privé 2008 p.303 ; Ph. DELEBECQUE, « Etat. Organisme d'Etat. Emanation de l'Etat. Caractérisation », RTD Com. 2008 p. 207 ; B. MOREAU, « Arbitrage international », Répertoire de droit commercial, 2016, spéc. n° 19.

²¹⁵ M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *op. cit.*, p. 3. La mise en œuvre de cette règle intervient au moment précis où une mesure d'exécution forcée est diligentée, en ce qu'elle autorise le créancier à se départir du débiteur tel qu'il résulte des termes de la décision de condamnation, fût-elle prononcée par une juridiction étatique ou par un tribunal arbitral. Autrement dit, c'est au cours de cette période située à la charnière de l'exequatur et de l'exécution et remarquablement identifiée par un auteur [D. FOUSSARD, « Entre exequatur et exécution forcée (de quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1998, p. 175] que la règle de l'émanation est susceptible de produire ses effets.

débiteur tel qu'il résulte des termes de la décision de condamnation, fût-elle prononcée par une juridiction étatique ou par un tribunal arbitral.

Autrement dit, c'est au cours de cette période située à la charnière de l'exequatur et de l'exécution et remarquablement identifiée par un auteur²¹⁶, que la règle de l'émanation est susceptible de produire ses effets.

142. La théorie de l'émanation, suivant les termes de Isabelle CORDIER²¹⁷, permet de passer outre à la personnalité juridique de l'organisme mis en cause, afin d'obliger l'Etat ou toute entité dépendant de lui à répondre de ses dettes ; « *de surmonter l'obstacle de l'immunité d'exécution des Etats en cause* »²¹⁸ et de faire payer sur les entités de l'Etat, les condamnations pécuniaires de ce dernier. Elle conduit à « *faire exécuter une décision de condamnation d'un Etat étranger sur le patrimoine d'une entité distincte de celui-ci mais dont on a pu établir qu'elle en constitue en réalité l'émanation* »²¹⁹.

Selon Mathias AUDIT²²⁰, le concept d'émanation concerne désormais tous les Etats quels qu'ils soient, et ses occurrences se sont même diversifiées. Outre le droit des immunités, on remarque notamment que le droit des investissements lui réserve désormais une place importante, y compris le droit maritime²²¹. La théorie des émanations de l'Etat a

²¹⁶ D. FOUSSARD, « Entre exequatur et exécution forcée (de quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1998, p. 175, cité par M. AUDIT, *Ibid.*, *op. cit.*

²¹⁷ I. CORDIER, « Armateur », octobre 2002 (actualisation : janv. 2015), *Répertoire de droit commercial*, Dalloz 2018. V. aussi, M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.)*, - 14 novembre 2007, *Société nationale des hydrocarbures c. Société Winslow B & T*, *RTD. com.* 2008, p. 207, obs. P. DELEBECQUE, *Revue critique de droit international privé* 2008 p. 303. P. LAGARDE, « Une notion ambivalente : l'« émanation » de l'Etat nationalisant », in *Etudes Cl.-A. Colliard*, Pedone, 1984, p. 539-558 ; *Cass. civ. 1^{re}*, 2 novembre 1971, cette *Revue*, 1972. 310, note P. BOUREL, *JCP* 1972. II. 16969, note D. RUZIE.

²¹⁸ P. LAGARDE, « Une notion ambivalente : l'émanation de l'Etat nationalisant », *Mélanges C.-A. COLLIARD*, Pedone, 1984, p. 539 et s., cité par G. KENFACK DOUAJINI, « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats », *Rev. Cam. De l'arb.*, n°30, Juil.-Août-Sept. 2005, p. 5.

²¹⁹ M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *Revue critique de droit international privé* 2008, p.303, *Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.)* - 14 novembre 2007, *Société nationale des hydrocarbures c. Société Winslow B & T*, *RTD. com.* 2008, p. 207, obs. P. DELEBECQUE, *Dalloz* 2018.

²²⁰ J.-M. LONCLE, J.-B. MOREL, « Les émanations des Etats et l'arbitrage CIRDI », *RDAI* 2008. 29-51 ; Y. Nouvel, « Les entités para-étatiques dans la jurisprudence du CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, 2006, p. 25-52, cités par, M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *op. cit.*

²²¹ V., notamment, I. CORDIER, « Armateur », *op. cit.*, p. 34, n°202 ; J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », *Répertoire de procédure civile*, décembre 2014 ; RÈMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, 1993, Pedone ; « L'émanation maritime » ou comment faire céder l'écran de la personnalité morale d'un armement d'Etat, *DMF* 1986. 333 ; L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité, *DMF* 1992. 451 ; *Forum arresti* : le jusan, *DMF* 1996. 787.

donné lieu à une application abondante permettant d'établir les critères pour leur identification.

Paragraphe 2.- Les critères d'identification des émanations de l'Etat

143. Un arrêt²²² de la Cour d'appel de Rouen du 20 juin 1996 donne trois conditions cumulatives permettant à une société ou entité créée par un Etat d'être qualifiée d'émanation de l'Etat.

D'abord, ladite entité doit avoir été investie par l'Etat d'une mission de service public ; ensuite, elle doit être sous la tutelle de l'Etat, qui nomme tous ses dirigeants ; et enfin, elle ne doit pas disposer d'un patrimoine propre, distinct de celui de l'Etat. Ce critère évoque la notion de confusion de patrimoine qu'on abordera *infra*.

Sur la base de ces critères, la Cour d'appel de Paris, dans une affaire Société Nationale des Pétroles du Congo (SNPC) contre S.A. *Walker International Holdings Ltd*²²³, a pu qualifier la SNPC d'émanation de l'Etat congolais, dans la mesure où une mission de service publique lui est dévolue, sous la tutelle et le contrôle économique et financier de l'Etat congolais.

Mais, les deux critères qui aujourd'hui prévalent, selon le professeur Mathias AUDIT²²⁴, sont l'absence d'indépendance fonctionnelle (A), d'une part, et la confusion de patrimoine (B), d'autre part.

A.- L'absence d'indépendance fonctionnelle

144. Il s'agit de la phénoménologie²²⁵ des émanations de l'Etat, en ce que les entreprises publiques qualifiées comme telles sont celles qui animent les activités

²²² M. HELAND (sous dir. de Monsieur le Professeur Pierre-Grégoire MARLY), « Restructuration de dette souveraine et défense contre les fonds vautours », Master II de Recherche en Droit financier, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2010-2011, p. 22.

²²³ Cour d'appel de Paris, 23 janvier 2003 (deux arrêts) et 3 juillet 2003, cités par M. HELAND *préc.*

²²⁴ M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *op. cit.*

économiques. Elles relèvent aussi bien du droit des affaires ou droit économique, que du droit des investissements. Qu'est-ce qui rend pathologiques ces émanations de l'Etat ? C'est l'absence d'autonomie des entreprises publiques, en dépit de leur personnalité morale.

145. Mais, la question est de savoir si l'Etat peut ne pas s'immiscer dans les activités de celles-ci ; ou alors, comment l'immixtion de l'Etat dans le fonctionnement de ces entreprises publiques constitue-t-elle une faute de nature à perdre les privilèges à la base de leur création ?

146. Plusieurs raisons peuvent conduire un Etat à s'immiscer dans la gestion et le fonctionnement de ses émanations. Il est vrai que cette immixtion s'apparenterait à une absence de confiance ou déni de capacité des dirigeants de ces structures à s'adapter aux enjeux contemporains ou conjoncturels de développement.

147. Mais, l'histoire de la faillite des entreprises publiques ne se fait plus compter. Des entreprises communautaires, comme l'ex *Air Afrique*, aux grandes entreprises nationales des Etats parties de l'OHADA, la faillite des entreprises publiques devient un mystère en dépit des solutions aussi efficaces, les unes que les autres, qu'illusionnent les dirigeants dans leurs programmes politiques de développement.

Ainsi, le cadre d'intervention de l'Etat dans le fonctionnement de ces entreprises peut se fonder sur les critères d'évaluation de leur performance. En d'autres termes, les orientations conjoncturelles pour parer à un enjeu économique ne constitueraient certainement pas une dépendance des bénéficiaires à l'égard de l'Etat.

148. Par contre, ces bénéficiaires ne peuvent pas servir de passe-droit, d'évitement des voies d'exécution à l'égard de l'Etat. Par-là, nous entendons les entreprises publiques, organismes dotés de la personnalité juridique, gérant une activité de production de biens ou de services, ce qui recouvre toutes les activités économiques, vendus contre un prix et soumis organiquement au pouvoir prépondérant d'une autorité publique²²⁶.

²²⁵ La phénoménologie est un courant philosophique qui se concentre sur l'étude des phénomènes, de l'expérience vécue et des contenus de conscience. Edmund Husserl est considéré comme le fondateur de ce courant, dans sa volonté de systématiser l'étude et l'analyse des structures des faits de conscience.

²²⁶ Cf. A. DELION, « Le droit des entreprises et des participations publiques », Collection Systèmes Finances Publiques, LGDJ, 2003, p. 29. V. aussi, Loi togolaise n°90-26 du 4 décembre 1990, portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques.

149. En droit OHADA, ces entreprises publiques sont constituées conformément à l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, dont l'article 1^{er} alinéa 1 dispose : « *Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique [...] est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme* ». Donc, une entreprise publique n'est pas une personne publique. Mais, une entreprise publique revêtant la forme d'un établissement public ne peut-elle être qualifiée de personne publique ? En effet, selon un auteur, une entreprise publique revêtant la forme d'un établissement public peut être qualifiée de personne publique, cette qualification l'emportant ainsi sur les activités industrielles et commerciales²²⁷. Pour certains auteurs, cette qualification peut paraître critiquable. Car, « *on pourrait contester qu'une personnalité de droit public soit attribuée à des institutions qui, profondément mêlées à la vie industrielle et commerciale, sont de véritables entreprises. L'exploitation d'activités industrielles et commerciales est en principe soumise au droit commun... Les privilèges du droit public paraissent injustifiés pour des personnes qui n'assurent pas un service public* »²²⁸. Pour d'autres²²⁹, la forme juridique de l'organisme est dénuée de pertinence. Ainsi, même un organisme non doté de la personnalité morale peut être qualifié d'émanation de l'Etat.

150. En matière d'exécution forcée, c'est le caractère artificiel²³⁰ de l'indépendance juridique et patrimoniale qui est stigmatisé. De l'avis de M. AUDIT, il ressort que, lorsqu'il s'agit de diligenter une mesure d'exécution sur des actifs n'appartenant pas à l'Etat ayant fait l'objet de la condamnation, il est bien évident que l'existence d'une personnalité morale distincte est en quelque sorte un présupposé à la reconnaissance éventuelle de la qualité d'émanation. Si l'organisme saisi, même

²²⁷ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*

²²⁸ Cf. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 15^e éd., 2005, p. 671, cités par F. M. SAWADOGO, in « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *op. cit.*

²²⁹ Cf. CJUE 22 juin 2017, aff. C.413.15, concl. de l'avocat général. C'est aussi l'avis de M. AUDIT. Ce dernier affirme que, en matière de droit des immunités ou de droit des investissements, un organisme distinct de l'Etat mais non doté de la personnalité morale pourra y être qualifié d'émanation.

²³⁰ M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *Revue critique de droit international privé* 2008 p.303. Selon l'auteur, la notion d'émanation ne se rattache pas réellement à la mesure de saisie proprement dite. Elle a plus directement trait à une question de fond : celle de la délimitation du patrimoine du débiteur. Elle tend à tisser un lien entre le patrimoine de l'Etat condamné par la décision ayant fait l'objet de l'exequatur et celui de l'organisme saisi.

bénéficiant d'une certaine autonomie, n'a pas de personnalité juridique distincte de celle de l'Etat, ses actifs relèvent en réalité du patrimoine de celui-ci.

151. Dès lors, il n'est d'aucune utilité de recourir à la notion d'émanation pour procéder à la saisie. C'est uniquement lorsque le patrimoine est juridiquement distinct de celui de l'Etat, et que l'on est en conséquence en présence d'une autre personnalité morale, que la question de l'émanation est susceptible de se poser.

152. En l'espèce, la Cour de cassation a déclaré que la Société SNH est un « *établissement public à caractère industriel et commercial prenant la forme d'une société dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière* »²³¹. Dans l'affaire *Société nationale des Pétroles du Congo* ayant donné lieu à un arrêt du 6 février 2007²³², il s'agissait également d'un établissement public à caractère industriel et commercial disposant d'une personnalité morale distincte de celle de l'Etat congolais²³³. La même situation se présente notamment lorsque sont en cause des banques centrales²³⁴ ou des sociétés d'armement²³⁵.

C'est après avoir établi que l'entité dont le patrimoine est concerné par la mesure d'exécution constitue bien une personnalité morale distincte de l'Etat lui-même que l'on cherchera alors à déterminer si l'on est ou non en présence de l'une de ses émanations.

Or, sur ce registre, on constate qu'à la différence de la démarche adoptée en matière d'immunités ou d'investissements, les critères retenus ne sont pas finalistes, mais organiques. La raison en est sans doute que dans ces deux dernières matières, c'est l'exercice d'une activité souveraine par l'entité publique visée qui permet de l'identifier à l'Etat lui-même et de lui octroyer le régime juridique particulier dont celui-ci bénéficie.

153. En matière d'exécution forcée, en revanche, c'est le caractère artificiel de l'indépendance juridique et patrimoniale que l'on souhaite stigmatiser en ayant recours à la

²³¹ Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 14 novembre 2007, *Société nationale des hydrocarbures c. Société Winslow B & T*, RTD. com. 2008, p. 207, obs. P. DELEBECQUE.

²³² Du 14 novembre 2007. - Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - Pourvoi n° 04-15388. - M. BARGUE, prés., M^{me} PASCAL, rapp., M. SARCELET, av. gén. - M. BOUTHORS, SCP THOMAS-RAQUIN et BENABENT, av.

²³³ Pour un autre ex. : Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, *Defrénois*, 1995. 747, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JDI* 1995. 645, note A. MAHIOU. Cf. M. AUDIT, op. cit.

²³⁴ Paris, 1^{er} septembre 2005, *Rev. arb.* 2006. 214, note M. Audit ; Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, *JDI* 2000. 45, note M. COSNARD ; *D. Aff.* 1999. 1364, obs. V. A.-R.

²³⁵ Paris, 23 mai 2002, *DMF* 2002. 711, note E. DIBAS-FRANCK ; Com. 23 novembre 1999, *Bull. civ.* IV, n° 204, p. 173.

notion d'émanation. Ce sont donc les liens organiques entre l'Etat et l'entité susceptible d'être qualifiée d'émanation qui sont examinés. Or, le seul contrôle exercé par l'Etat sur ladite entité ne permet pas de retenir cette qualification²³⁶, de même du reste, que la dévolution d'une mission de service public²³⁷.

154. Aussi, conviendrait-il d'aborder le critère complémentaire relatif à la confusion de patrimoine ou de dépendance ou absence d'autonomie des personnes morales à l'égard de l'Etat.

B.- La confusion de patrimoine

155. Le second critère d'identification d'une émanation de l'Etat est la confusion de patrimoine ou la dépendance ou l'absence d'autonomie à l'égard de l'Etat. Outre le droit des immunités, on remarque notamment, selon les termes de M. AUDIT, que le droit des investissements lui réserve désormais une place importante²³⁸, de même que le droit maritime²³⁹.

En effet, malgré l'évolution de la jurisprudence en matière d'exécution forcée contre l'Etat, laquelle a permis de distinguer les biens servant à l'activité *jure imperii* de l'Etat de ceux affectés à des activités *jure gestionis*, on observe que ces biens sont, pour la plupart, « isolés dans des structures bénéficiant d'une personnalité morale séparée, même si celle-

²³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 135, p. 110 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, préc. ; Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 69, p. 46 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n° 31, p. 20 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *JDI* 1989. 376, note Ph. Kahn ; Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, *JDI* 1988. 08, note Ph. KAHN, *RTD. civ.* 1988. 744, obs. J. MESTRE.

²³⁷ Cass. com. 1^{re} octobre 1997, cette *Revue*, 1997. 751, rapp. J.-P. RÉMERY ; Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 6, p. 5.

²³⁸ J.-M. LONCLE, J.-B. MOREL, « Les émanations des Etats et l'arbitrage CIRDI », *RDAI* 2008. 29-51 ; Y. Nouvel, « Les entités paraEtatiques dans la jurisprudence du CIRDI », in Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, 2006, p. 25-52.

²³⁹ Certains auteurs ont étudié spécifiquement la théorie de l'émanation maritime dont les conditions d'application sont les mêmes que celles de la théorie des émanations de l'Etat. Il s'agit de, notamment, I. CORDIER, « Armateur », *op. cit.*, p. 34, n°202. Voy. aussi, J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », *Répertoire de procédure civile*, décembre 2014 ; RÈMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, 1993, Pedone ; « L'émanation maritime » ou comment faire céder l'écran de la personnalité morale d'un armement d'Etat, *DMF* 1986. 333 ; L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité, *DMF* 1992. 451 ; *Forum arresti* : le jusan, *DMF* 1996. 787.

*ci est intégralement détenue par l'Etat »*²⁴⁰. Ainsi, même dans les activités *jure gestionis*, le patrimoine de l'Etat peut échapper aux voies d'exécution de droit commun²⁴¹.

156. Alors, « *Pour obtenir satisfaction, le créancier doit percer le voile de la personne morale* »²⁴², comme l'a affirmé le Professeur GAILLARD. Selon l'auteur, la Cour de cassation a fait un pas timide dans cette direction avec les arrêts *Société Nationale des Pétroles du Congo Holdings Ltd* du 6 février 2007 dans lesquels elle reconnaît que, dès lors qu'une société nationale n'est pas « *dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat et que son patrimoine se confon[d] avec celui de l'Etat* », elle doit être considérée comme une émanation de celui-ci et répondre des dettes de l'Etat »²⁴³.

157. Dans le même sens, Isabelle CORDIER indique quelques éléments de preuves pour percer le voile de la personnalité morale et atteindre l'Etat, tels que « *statuts des sociétés, mécanismes de financement, origine des capitaux, répartition des bénéfices, conditions de nomination et de révocation des dirigeants. [...] c'est au créancier de montrer qu'il y a confusion entre la société et l'Etat* »²⁴⁴. Ainsi, en matière maritime, « *il est envisageable de permettre, sous certaines conditions, la saisie conservatoire d'un navire appartenant à une autre société que celle qui doit répondre de la dette* »²⁴⁵. En

²⁴⁰ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*

²⁴¹ Cass. com. 23 nov. 1999, préc. *supra*, n° 201 ; C.A. Douai, 23 mai 2002, DMF 2002.711

²⁴² E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 17.

²⁴³ Voy. Cass. civ. 1re, 6 février 2007, *Société nationale des pétroles du Congo c. sté AF-CAP Inc*, *Rev. arb.*, 2007.483, note L. Franc-Menget. *Adde*, Paris 29 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003.1296, note Ch. JARROSSON, cité par E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 17-18.

²⁴⁴ I. CORDIER, « Armateur », octobre 2002 (actualisation : janv. 2015), *Répertoire de droit commercial*, Dalloz 2018. V. aussi, J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », *Répertoire de procédure civile*, décembre 2014, Dalloz 2018, p. 13, 140. Il n'est pas toujours dans l'intérêt du saisissant de saisir un navire appartenant à une émanation d'Etat, car il peut se heurter à l'immunité d'exécution (Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, DMF 1986. 346, obs. R. A. ; *Rev. crit. DIP* 1986. 718, note Mayer ; *JDI* 1987. 112, note Jacquet).

²⁴⁵ J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », *Répertoire de procédure civile*, décembre 2014, Dalloz 2018, p. 13, 130. L'auteur fait observer que les juges français sont très attachés au principe d'autonomie de la personne morale et n'acceptent qu'exceptionnellement de percer le voile social au sein d'un groupe de sociétés. V. réf. citée par l'auteur : Com. 23 nov. 1999, n° 97-18.916, D. 2000. Somm. 296, obs. MERCADAL ; DMF 2000. 719, obs. MOLFESSIS. – BONASSIES, *Le droit positif en 2000*, hors-série, DMF 2001, n° 46. La jurisprudence de la Cour de cassation est désormais fermement établie. La Haute juridiction a ainsi cassé un arrêt d'une cour d'appel qui s'était déterminée par des motifs impropres à caractériser la fictivité des sociétés dont les navires avaient été saisis en relevant notamment que celles-ci étaient des filiales à 100 % du débiteur (Com. 15 oct. 2002, DMF 2003. 756, obs. Simon, et p. 883, obs. de Richemont et Nicolas. – BONASSIES et DELEBECQUE, *Le droit positif en 2003*, hors-série, DMF 2004, n° 55, p. 51). Cet arrêt oblige les juges du fond à établir l'absence de patrimoine propre et ainsi le manque d'autonomie.

effet, les flottes ²⁴⁶ de certains Etats sont gérées par des sociétés juridiquement indépendantes de l'Etat et qui sont formellement propriétaires des navires²⁴⁷.

158. Alors, la question s'est posée de savoir s'il est possible de saisir le navire appartenant à une société pour les dettes d'un Etat au motif que cette société est une émanation de ce dernier, ou bien, si le créancier d'une société émanation d'un Etat peut saisir conservatoirement le navire appartenant à une autre société qui est, elle aussi, une émanation de ce même Etat. Certes, il n'est pas toujours dans l'intérêt du saisissant de saisir un navire appartenant à une émanation de l'Etat, car il peut se heurter à son immunité d'exécution²⁴⁸.

159. Mais, plusieurs arrêts de la Cour de cassation permettent d'affirmer que les juges français restent attachés au principe de l'autonomie de la personnalité morale et sont très exigeants pour permettre la saisie d'un navire au nom de la théorie de l'émanation d'Etat²⁴⁹.

Dans l'affaire du navire *Filaret*²⁵⁰, le créancier d'une société de droit roumain (*la Sté Prodexport*) avait procédé à la saisie conservatoire d'un navire appartenant à une autre société de droit roumain (*la Sté Navrom*).

La cour d'appel de Rouen avait estimé que la saisie était justifiée. L'argumentation des juges du fond était fondée sur l'absence d'autonomie des sociétés roumaines par

²⁴⁶ *Ibid.*, op. cit. : Un auteur (RÉMOND-GOUILLOU, Le navire : aventure juridique contemporaine, numéro spécial 50^e anniversaire, DMF 1999. 251, spéc. p. 252) a pu justement écrire que « la propriété d'un navire revêtant presque toujours désormais une forme sociale, le créancier ne se trouve plus en présence d'un propriétaire de navire, personne physique, mais d'une société, personne morale ; des constructions abstraites de plus en plus complexes regroupent les sociétés faisant écran entre débiteurs et créanciers maritimes. Du coup, maintes saisies conservatoires ressemblent à des jeux de piste où le créancier, perdu dans le maquis d'un groupe de sociétés, peine à identifier le lien entre son débiteur et le navire à saisir ». La réalité juridique contemporaine renvoie effectivement à une très grande complexité. De nombreux armateurs organisent leur activité en créant ce qu'il est convenu d'appeler des *single shipcompanies*, sociétés dont le patrimoine est composé d'un seul navire (CORBIER, La notion juridique d'armateur, 1999, PUF, p. 109 s.). La flotte d'un armateur est donc répartie entre les mains d'autant de sociétés qu'il existe de navires, ce qui revient à créer pour les besoins de l'exploitation de la flotte un véritable groupe de sociétés. Cette pratique permet à l'armateur de limiter les risques par le recours au principe de l'autonomie des personnes morales.

²⁴⁷ CORBIER, La notion juridique d'armateur, 1999, PUF, p. 135 s., cité par J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », op. cit.

²⁴⁸ Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, DMF 1986. 346, obs. R. A. ; Rev. crit. DIP 1986. 718, note MAYER ; JDI 1987. 112, note JACQUET ; réf. citées par J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », op. cit.

²⁴⁹ Cf. J.-B. RACINE et G. PAYAN, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », op. cit. : « même si certains arrêts rendus par des juges du fond ont fait appel au critère de l'apparence de communauté d'intérêts : Rouen, 28 nov. 1991, DMF 1992. 689 ».

²⁵⁰ Civ. 1^{re}, 6 juill. 1988, DMF 1988. 595, note Warot ; JDI 1989. 376, obs. KAHN.

rapport à l'Etat roumain. La Cour avait considéré que ces sociétés étaient de simples organismes gestionnaires, émanations de l'Etat qui les avaient créées²⁵¹.

Mais, la cassation a été prononcée au visa de l'ancien article 2092 du code civil (actuel art. 2284). La Cour de cassation rappelle que « *le droit de gage général qui résulte de ce texte au profit des créanciers ne porte que sur le patrimoine même du débiteur* ».

160. Dans une affaire similaire²⁵², un créancier de la société de droit angolais *Importang* avait pratiqué une saisie conservatoire d'un navire appartenant à la société de droit angolais *Secil Maritima*.

La cour d'appel de Rouen avait validé la saisie au motif que les deux sociétés étaient toutes deux contrôlées par la République d'Angola, qu'elles exerçaient des activités complémentaires et avaient des intérêts communs, dès lors que la société *Importang* gérât toutes les opérations d'importation de ce pays tandis que la société *Secil Maritima* avait le monopole de la conclusion des contrats d'affrètement pour l'ensemble de ces opérations.

L'arrêt est cassé une nouvelle fois au visa de l'article 2092 (anc.) du code civil. La Cour de cassation considère que « *le droit de gage général qui résulte de ce texte au profit des créanciers ne porte que sur le patrimoine même du débiteur, que par ailleurs le contrôle d'un Etat sur une personne morale, ainsi que la mission de service public qui lui est dévolue, ne suffisent pas à la faire considérer comme une émanation de l'Etat impliquant son assimilation à celui-ci et aux autres organismes placés dans la même situation qu'elle par rapport à cet Etat* ». La solution est identique à celle du 6 juillet 1988 précitée.

Par arrêt en date du 23 novembre 1999, la Cour de cassation a rappelé que « *l'allégation selon laquelle un Etat [en l'espèce l'Ukraine] a eu pour but, dans la création de sociétés d'armement, de limiter le gage de ses créanciers maritimes, ne démontre pas, par elle-même, que ces sociétés seraient fictives et ne constitueraient que des émanations de cet Etat, dès lors qu'elles possèdent un patrimoine propre* »²⁵³.

²⁵¹ La Cour avait notamment précisé que l'un des traits caractéristiques de l'économie des pays socialistes est que l'Etat est propriétaire de tous les biens et moyens de production, et que pour le monde extérieur, les navires battant pavillon roumain sont la propriété de l'Etat ; elle en avait tiré la conclusion que les sociétés d'Etat roumaines répondent des dettes les unes des autres.

²⁵² Com. 1^{er} oct. 1997, DMF 1998. 17, rapp. Rémerly, obs. Delebecque, Rev. crit. DIP 1997. 751, rapp. REMERY.

²⁵³ Paris, 23 mai 2002, DMF 2002. 711, obs. Dibas-Franck.

Cependant, en matière commerciale, la Cour de cassation a validé les mesures de saisie-attribution à l'encontre d'une société dont elle a retenu la qualification d'émanation de l'Etat, après avoir constaté qu'elle n'était pas « *dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat* » et que son patrimoine se confondait avec celui de l'Etat²⁵⁴.

Par opposition aux biens d'un Etat étranger ou de ses émanations en principe insaisissables, sauf exceptions, « *les biens appartenant à un organisme privé, personnalisé ou non, distinct de cet Etat, lorsqu'ils font partie d'un patrimoine que celui-ci a affecté à une activité principale relevant du droit privé, peuvent être saisis par tous les créanciers, quels qu'ils soient, de cet organisme* »²⁵⁵.

161. Dans l'affaire *Société nationale des pétroles du Congo*, la Première chambre civile de la Cour de cassation a posé de manière assez précise les critères devant conduire les juges du fond à reconnaître l'existence d'une émanation²⁵⁶.

162. Dans l'affaire *Elaine Farrell contre Alan Whitty, The Minister for the Environment, Ireland and the Attorney General Motor Insurers' Bureau of Ireland (MIBI)*²⁵⁷, Madame Eleanor SHARPSTON, avocat général à la CJUE²⁵⁸, a été amenée à fournir une définition de la notion d'émanation de l'Etat aux fins d'établir la responsabilité d'un Etat membre pour défaut de transposition correcte d'une directive et les conditions auxquelles un organisme privé peut être considéré comme une émanation de l'Etat.

La juridiction de renvoi a demandé à la Cour à être éclairée sur les questions, entre autres, s'il faut interpréter le critère établi au point 20 de l'arrêt [*Foster*], concernant ce qu'il y a lieu d'entendre par émanation d'un Etat membre, en ce sens que les éléments de ce critère doivent s'appliquer cumulativement ou indépendamment les uns des autres.

Il résulte des conclusions de l'avocat général, ce qui suit :

²⁵⁴ Cf. B. MOREAU, « Arbitrage international », Rép. de droit com., juin 2016, Dalloz, 2018 ; Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, n° 04-13.108, Rev. arb. 2007. 483, note L. Franc-Menget ; RTD com. 2008. 207, obs. DELEBECQUE, réf. citées par J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », op. cit.

²⁵⁵ *Ibid.*, op. cit. Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1985, n° 84-13.605, Sonatrach, JCP 1986. II. 20566, concl. Gulphe, note Synvet ; JDI 1986. 170, note Oppetit ; RCDIP 1986. 527, note Audit ; GADIP n° 66.

²⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2007, *RGDIP* 2007. 967, obs. Th. Haas ; *adde*, dans une affaire connexe, Juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Paris, 12 nov. 2001, *Sté SOCOTRA c/ Connecticut Bank of Commerce, RD banc, fin.*, mars-avril 2002, n° 70, réf. citées par M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », Revue critique de droit international privé 2008.

²⁵⁷ Cf. CJUE 22 juin 2017, aff. C.413.15, concl. de l'avocat général.

²⁵⁸ Cour de Justice de l'Union européenne.

- *la forme juridique de l'organisme en question est dénuée de pertinence ;*
- *il n'est pas nécessaire que l'Etat soit en mesure d'exercer un contrôle ou une direction journalière des opérations de cet organisme ;*
- *si l'Etat détient ou contrôle l'organisme en question, cet organisme devrait être considéré comme une émanation de l'Etat, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si d'autres critères sont remplis ;*
- *toute autorité municipale, régionale ou locale ou tout organisme équivalent doit automatiquement être considérée comme une émanation de l'Etat ;*
- *il n'est pas requis que l'organisme en question soit financé par l'Etat ;*
- *si l'Etat a, à la fois, confié à l'organisme en question la mission d'exercer un service public que l'Etat lui-même pourrait, autrement, devoir exercer directement, et doté cet organisme d'une forme de pouvoirs additionnels pour lui permettre de remplir sa mission de manière effective, l'organisme en question doit, en toute hypothèse, être considéré comme une émanation de l'Etat.*

163. Ces conclusions sont en harmonie avec l'évolution jurisprudentielle de la théorie des émanations de l'Etat dont se dégagent, à la fois, le critère de la dépendance fonctionnelle et celui de la confusion de patrimoines.

164. Ainsi donc, la dépendance fonctionnelle et la confusion de patrimoine constituent les critères d'identification d'une émanation de l'Etat. Certains fonds spéculatifs²⁵⁹ se sont fait une spécialité du rachat de dettes étatiques qu'ils tentent ensuite, de réaliser partout dans le monde, notamment en ayant recours à la notion d'émanation.

165. En définitive, l'exécution des sentences arbitrales administratives contre les émanations de l'Etat apparaît comme une riposte à l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA. Cependant, la théorie des émanations de l'Etat est à distinguer de la théorie de l'apparence et du principe de l'unité de l'Etat, notions qui lui sont voisines.

²⁵⁹ M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *op. cit.* L'auteur a cité, R. Thominet, « Faut-il interdire au créancier d'un Etat étranger d'avoir accès aux juridictions françaises ? », *D.* 2007. Chron. 1897. Les fonds spéculatifs sont qualifiés parfois de « fonds vautours ».

Section 2.- Les notions voisines des émanations de l'Etat

166. La théorie de l'apparence (Paragraphe 1) et le principe de l'unité de l'Etat (Paragraphe 2) ont une certaine proximité avec la notion d'émanation de l'Etat.

Paragraphe 1.- La théorie de l'apparence

167. La théorie de l'apparence est une théorie juridique, adoptée par la jurisprudence tant en France qu'en Belgique, qui permet de produire des effets de droit à une situation contraire à la réalité. Appliquée principalement en matière de mandat, l'apparence vise à assurer la sécurité des transactions et la protection des tiers de bonne foi, trompés par une apparence²⁶⁰.

168. Cette théorie exige la réunion de trois, voire quatre conditions :

- *Une situation contraire à la réalité ;*
- *Une croyance légitime du tiers ;*
- *Un risque de préjudice dans le chef du tiers ;*
- *Une imputabilité de l'apparence au titulaire véritable.*

169. La théorie de l'apparence se base sur un adage latin connu : *error communis facit jus*, signifiant « une erreur commune fait le droit ». Il suffit au créancier d'établir que le débiteur se comporte comme le véritable propriétaire²⁶¹. À celui-ci de faire, alors, la preuve de son indépendance juridique, financière et de direction²⁶².

170. Certes, la confusion, est une dérogation à la théorie de l'apparence. Mais, elle se rapproche de la théorie des émanations en ce qu'il s'agit d'abord de sociétés commerciales dotées de personnalité juridique distincte de l'Etat.

²⁶⁰ A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, vol. 1 et 2, Atelier national de reproduction des thèses (ANRT), 2011, 1436 p.

²⁶¹ T. com. Saint-Nazaire, 31 oct. 1985, DMF 1988.558.

²⁶² Cass. com. 11 mars 1986, DMF 1987.363 ; T. com. Nantes, 22 mai 1984 et T. com. Cherbourg, 24 nov. 1986, DMF 1988.562.

171. En tout état de cause, bien que comportant quelques similitudes avec la théorie des émanations de l'Etat, la théorie de l'apparence ne saurait trouver application en droit public. Comme la théorie de l'apparence, le principe de l'unité de l'Etat contient quelques similitudes avec la théorie des émanations de l'Etat.

Paragraphe 2.- Le principe de l'unité de l'Etat

172. Après avoir défini le principe de l'unité de l'Etat (A), nous aborderons ses applications (B).

A.- Notion d'Etat unitaire

173. Un Etat unitaire est, par définition, un « *Etat qui ne comporte sur son territoire qu'une seule organisation juridique et politique dans laquelle on retrouve les attributs de souveraineté* »²⁶³. Il repose sur le principe à la fois de l'unité et de l'indivisibilité.

174. Alors que l'indivisibilité se rapporte aux collectivités territoriales en ce qu'il ne peut exister de pouvoir normatif autonome au profit de celles-ci, le « *principe de l'unité implique à la fois l'unité géographique (élément constitutif de l'Etat), l'unité institutionnelle (des institutions identiques), et l'unité culturelle (peuple français, langue française), de l'Etat* »²⁶⁴.

175. C'est le principe selon lequel « *le comportement de tout organe de l'Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat* »²⁶⁵. Il résulte de l'analyse de D. CARREAU²⁶⁶

²⁶³ En pratique, un tel système serait difficile à faire fonctionner, et notamment sur de vastes territoires. Certains aménagements apparaissent donc nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de ces Etats : un équilibre entre une trop forte centralisation et une décentralisation totale doit être trouvé. C'est ainsi que la majorité des Etats a connu une évolution qui les a conduits à décentraliser l'exercice du pouvoir. Ainsi, les collectivités territoriales ont acquis de nombreuses compétences, plus ou moins larges selon les Etats. Malgré cela, les collectivités restent soumises au contrôle du pouvoir central et à l'unique constitution, ce qui garantit l'unité de l'Etat. Cf. <http://hyp3rion.free.fr/Cours/DROIT/L2/COURS%20CONSTIT%20S3/1Etat%20unitaire.pdf> site Internet :

²⁶⁴ E. GUERIN, « Les personnes publiques », *op. cit.*

²⁶⁵ Cf. Avis consultatif de Cour internationale de justice du 29 avril 1999, § 62, cité par D. CARREAU, « Etat », sept. 2010, Dalloz, in « § 2 - Principe de l'unité de l'Etat au regard du droit international ». L'auteur affirme que la Commission du droit international (CDI) a suivi la même voie dans son projet de convention

que la souveraineté de l'Etat, par définition indivisible, entraînait immanquablement « l'unité » dudit Etat au regard du droit international.

176. Cette conception organique de l'Etat, fondée sur le critère de la « souveraineté », permet au droit international de ne connaître que le seul sujet disposant de cet attribut de puissance publique et de ne pas avoir à tenir compte de l'organisation et de la division des pouvoirs que les constitutions internes peuvent prévoir.

177. L'auteur affirme que « *dès que le problème s'est posé d'un acte, fait ou omission contraire au droit international émanant d'un organe quelconque de l'Etat, c'est à ce dernier qu'il a été attribué en raison précisément de ce principe de l'unité de l'Etat qui n'a cessé d'être reconnu comme étant de nature coutumière* »²⁶⁷. Dans une décision du 04 avril 2013, la Cour d'appel administrative de Versailles a affirmé que « *le principe d'unité de l'Etat s'oppose à ce que, pour déterminer l'identité de la personne qui a la qualité de partie perdante, une distinction soit utilement établie entre les services déconcentrés du ministère de l'économie et des finances et l'administration centrale de ce même ministère* »²⁶⁸.

Ainsi, le principe de l'unité de l'Etat ne s'applique pas que pour retenir la responsabilité internationale de l'Etat ; il s'applique aussi en matière interne. Mais, comme l'affirme D. CARREAU, ce principe n'est pas d'un maniement aisé. Car, comment déterminer si la conduite d'entités ayant une personnalité juridique propre, comme celle d'une agence gouvernementale ou une entreprise publique, peut être attribuée à l'Etat lui-même ?

sur la responsabilité internationale des Etats (V. art. 4, et annuaire de la CDI de 2001 pour d'autres commentaires).

²⁶⁶ D. CARREAU, *ibid.*, op. cit., n°100.

²⁶⁷ *Ibid.*, op. cit., a cité la sentence *El Triunfo* du 8 mai 1902, *Claim of the Salvador commercial company*, RSA, vol. XV, p. 467, où les arbitres affirmèrent : « There can be no doubt that a State is responsible for the acts of its rulers, whether they belong to the legislative, executive or judicial department of the government, so far as the facts are done in their official capacity » (il ne peut y avoir aucun doute qu'un Etat est responsable des actes de ses dirigeants, que ceux-ci relèvent de l'ordre législatif, exécutif ou judiciaire, pour autant qu'ils aient été effectués en leur capacité officielle) (p. 477).

²⁶⁸ Cour Administrative d'Appel de Versailles, 6ème chambre, 04/04/2013, Inédit au recueil Lebon, Lextenso.

B.- Critères de détermination

178. Il résulte de la jurisprudence arbitrale du CIRDI²⁶⁹ que des tribunaux arbitraux ont utilisé deux critères principaux pour déterminer si la conduite d'entités ayant une personnalité juridique propre, telles qu'une agence gouvernementale ou une entreprise publique, pouvait être attribuée à l'Etat lui-même.

179. Le premier critère, dit « *structurel* », comporte l'analyse de la personnalité juridique, de l'organisation et du contrôle de ladite entité : il s'agit là d'apprécier son *autonomie*²⁷⁰ réelle par rapport à l'Etat.

180. Quant au deuxième critère, dit « *fonctionnel* », il s'attache aux buts et objectifs, aux missions et aux prérogatives de cette même entité : il s'agit là d'apprécier *in concreto* si l'Etat n'a pas agi par *délégation*²⁷¹ ou *personne interposée*. L'auteur affirme que « *Si, au vu de l'un ou l'autre de ces tests (ils sont en effet alternatifs et non cumulatifs), ladite entité peut être rattachée à l'Etat à titre « structurel » ou « fonctionnel », ce sera alors ce dernier qui sera poursuivi et dont la responsabilité sera engagée* »²⁷².

²⁶⁹ Voy. à titre d'exemple cité par D. CARREAU, op. cit., le cas des *affaires Maffezini c/ Espagne* du 25 janv. 2000 [aff. n° ARB/97/7] et *Salini c/ Maroc* du 23 juill. 2001 [aff. n° ARB/00/4, § 62, JDI 2002. 196].

²⁷⁰ L'autonomie désigne la capacité d'un objet, individu ou système à se gouverner soi-même, selon ses propres règles. Dans d'autres cas, elle fait référence aux propriétés d'une entité qui est capable de fonctionner de manière indépendante, sans être contrôlée de l'extérieur ou sans des apports (matériels, énergétiques, etc.) en provenance de l'extérieur. Voy. Dictionnaire Larousse (consulté le 5 juin 2016).

²⁷¹ La délégation de pouvoirs, est un acte juridique par lequel une personne/autorité (le délégant) se dessaisit d'une fraction des pouvoirs qui lui sont conférés et les transfère à une personne/autorité subordonnée (le délégataire). Cet acte juridique a pour objet de transférer la responsabilité pénale correspondante aux missions ainsi confiées au délégataire. Si à l'origine cette pratique était mal considérée par les juges, y voyant une stratégie permettant au chef d'entreprise de se dégager de sa responsabilité, désormais, celle-ci est considérée comme étant un signe extérieur de bonne gestion. En effet, de même que la réglementation applicable en droit du travail se densifient, on assiste à l'essor de structures économiques complexes aux organigrammes diffus rendant la détermination de l'employeur responsable difficile. Aussi la délégation est un moyen de faire peser la responsabilité pénale sur les personnes qui, proches du terrain, sont effectivement en mesure de veiller au respect des règles en vigueur.

Cf. site Internet : http://www.guide-employeur.fr/data/mpage_zoom_guide_employeur.pdf

²⁷² D. CARREAU, « Etat », op. cit.

181. A titre résiduel, au cas où aucun de ces deux critères ne serait présent, il demeure possible de rattacher à l'Etat des comportements de ses ressortissants qui auraient agi selon ses « *instructions...directives ...ou contrôle* »²⁷³.

182. Donc, une absence d'indépendance à l'égard de l'Etat peut conduire à retenir la responsabilité de ce dernier. Un exemple récent de cette dernière approche et de son utilité est fourni par une sentence arbitrale CIRDI du 8 octobre 2009 dans *l'affaire EDF (Services) Ltd contre Roumanie*²⁷⁴.

183. Faute d'avoir pu qualifier d'organes d'Etat les organismes roumains incriminés au vu des critères traditionnels « *structurels* » ou « *fonctionnels* » (Sent., § 191-198), les arbitres jugèrent, après une analyse minutieuse de leur comportement, qu'ils avaient en réalité agi en fonction des « *instructions* » données par le ministre responsable du secteur et qui, au demeurant, en supervisait le fonctionnement, ce qui justifiait l'attribution à la Roumanie de leurs actions fautives à l'égard de leur cocontractant étranger (Sent., § 199-214).

184. Le critère structurel qui permet l'application du principe d'unité de l'Etat et le principe de l'autonomie de la personne morale ont, en réalité, le même objectif en ce qu'ils visent la faïtière des organismes aussi bien publics que privés : l'Etat, pour les organes de l'Etat, et société mère, pour les filiales.

185. Le critère fonctionnel qui vise notamment, la délégation de pouvoirs, confirme cet objectif du principe d'unité de l'Etat. Car, la délégation est une décision de la faïtière, de l'autorité supérieure qui transfère une partie de ses pouvoirs à un subordonné.

186. Le principe de l'unité de l'Etat consiste donc à attribuer à l'Etat, tout acte, fait ou omission contraire au droit international émanant de l'un quelconque de ses organes, mais, à condition que cet organe soit dépendant (absence d'indépendance) de cet Etat d'un point de vue soit structurel, soit fonctionnel.

187. La théorie des émanations de l'Etat produit un effet contraire, en ce qu'elle permet, non pas d'appeler l'Etat au paiement des dettes de l'une de ses émanations, mais à obtenir sur cette dernière, le paiement des dettes de l'Etat.

²⁷³ Voy. projet de convention sur la responsabilité internationale des Etats cité *supra*, n° 102, art. 8, in D. CARREAU, « Etat », *op. cit.*

²⁷⁴ V. site internet CIRDI.

Conclusion du Chapitre 2.-

188. En définitive, l'objet du présent chapitre a été de démontrer que les personnes morales distinctes des personnes publiques de l'OHADA que l'on peut tenir du paiement des condamnations pécuniaires de ces dernières, en exécution des sentences arbitrales administratives, sont identifiables suivant la théorie des émanations de l'Etat.

189. Donc, la théorie des émanations de l'Etat n'est à confondre ni avec la théorie de l'apparence, ni avec le principe de l'unité de l'Etat dont les résultats ne conduisent pas à mettre en œuvre contre les organes et entités de l'Etat, des mesures d'exécution desdites sentences.

190. En d'autres termes, la possibilité de recouvrer les condamnations pécuniaires des personnes publiques sur les émanations de l'Etat constitue une véritable alternative à l'immunité d'exécution dont bénéficient ces personnes publiques.

191. Les émanations de l'Etat sont des entreprises publiques, c'est-à-dire, des personnes morales de droit privé, propriétés de l'Etat. Elles sont dotées de la personnalité morale, de sorte qu'elles n'ont pas à répondre des condamnations pécuniaires qui ne les concernent pas²⁷⁵ ; c'est le principe de l'autonomie de la personne morale.

192. Cependant, l'altération de ce principe par l'absence d'indépendance fonctionnelle²⁷⁶ de ces émanations à l'égard de l'Etat, et la confusion du patrimoine²⁷⁷ de ces dernières avec celui de cet Etat permet d'écarter le principe de l'autonomie de la personne morale. Ce qui, par conséquent, justifierait la validation des mesures d'exécution à l'égard de ces émanations de l'Etat pour des condamnations pécuniaires de ce dernier.

²⁷⁵ Paris, 7 juin 1969, Clerget c/ Représentation commerciale de la république démocratique du Vietnam ; JCP 1969. II. 15954, concl. Fortier, note Ruzié ; JDI 1969. 894, note Pinto.

²⁷⁶ Cf. A. DELION, « Le droit des entreprises et des participations publiques », Collection Systèmes Finances Publiques, LGDJ, 2003, p. 29. V. aussi, Loi togolaise n°90-26 du 4 décembre 1990, portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques.

²⁷⁷ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 17.

193. En tout état de cause, il n'est pas aisé d'en arriver, comme l'affirmait le Professeur GAILLARD²⁷⁸, à percer le voile de la personnalité morale, à découvrir la supercherie que révèle l'apparente personnalité morale des émanations de l'Etat.

194. C'est pourquoi, comme ce dernier, Isabelle CORDIER a suggéré qu'il appartient au créancier de l'Etat « *de trouver des éléments matériels suffisamment probants - statuts des sociétés, mécanismes de financement, origine des capitaux, répartition des bénéfices, conditions de nomination et de révocation des dirigeants - pour percer le voile de la personnalité morale et atteindre l'Etat. [...] c'est au créancier de montrer qu'il y a confusion entre la société et l'Etat* »²⁷⁹.

²⁷⁸ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 17.

²⁷⁹ I. CORDIER, « Armateur », octobre 2002 (actualisation : janv. 2015), Répertoire de droit commercial, Dalloz 2018. V. aussi, J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », Répertoire de procédure civile, décembre 2014, Dalloz 2018, p. 13, 140. Il n'est pas toujours dans l'intérêt du saisissant de saisir un navire appartenant à une émanation d'Etat, car il peut se heurter à l'immunité d'exécution (Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, DMF 1986. 346, obs. R. A. ; Rev. crit. DIP 1986. 718, note Mayer ; JDI 1987. 112, note Jacquet).

Conclusion Titre 1.-

195. D'une manière générale, l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA est une étape importante de la phase préparatoire des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA. Elle permet d'envisager l'extension des mesures d'exécution de ces sentences aux émanations de l'Etat.

196. En outre, l'identification de ces débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA permet de déterminer la loi applicable à l'exequatur et à l'exécution effective desdites sentences et d'apprécier la *favor arbitri* des juridictions compétentes.

197. Cependant, les personnes publiques de l'OHADA étant régies par un double régime juridique en raison de leur appartenance, à la fois, à l'OHADA et à l'UEMOA/CEMAC, dont les règles sont d'application directe au sein des Etats membres de ces organisations communautaires, rend incertaine l'applicabilité systématique du Règlement général sur la comptabilité publique.

198. C'est pourquoi, il est nécessaire d'envisager l'harmonisation du statut de personne publique, matière commune à l'OHADA et à l'UEMOA. Cette harmonisation pourrait consister, comme nous l'avons proposé au chapitre 1 ci-dessus, à étendre l'aptitude des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage, aux règles de gestion et d'utilisation des deniers publics.

199. Donc, les mêmes personnes publiques de l'OHADA autorisées à compromettre en arbitrage, au sens de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, seront les mêmes auxquelles s'appliqueront le Règlement général sur la comptabilité publique, en l'occurrence, les règles d'utilisation des deniers publics, au sens de l'article 1 alinéa 1 de la Directive de l'UEMOA.

200. Par ailleurs, l'extension des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA aux émanations de l'Etat a l'avantage « *d'assurer aux sentences arbitrales rendues à l'encontre des Etats leur pleine efficacité, conformément*

aux vœux exprimés par la Cour de cassation dans son arrêt Creighton du 6 juillet 2000 »

²⁸⁰.

201. En somme, les personnes morales tenues du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA relèvent autant du droit public que du droit privé ; ce qui renforce la solvabilité de l'Etat dans ses relations avec les investisseurs et opérateurs économiques.

202. A l'issue de l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, il sera ensuite, question de l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA, comme étape ultime pour clôturer la phase préparatoire des mesures d'exécution desdites sentences.

²⁸⁰ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 17. Voy. aussi I. CORDIER, « Armateur », octobre 2002 (actualisation : janv. 2015), Répertoire de droit commercial, Dalloz 2018. V. aussi, J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », Répertoire de procédure civile, décembre 2014, Dalloz 2018, p. 13, 140.

TITRE 2.- L'EXEQUATUR DES SENTENCES ARBITRALES IMPLIQUANT LES PERSONNES PUBLIQUES DE L'OHADA

203. L'exequatur des sentences arbitrales de l'OHADA²⁸¹, dont l'exécution forcée est envisagée dans l'un quelconque des Etats parties de l'OHADA, est régi par l'article 30 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, lorsque ces sentences relèvent du droit commun de l'arbitrage OHADA, et par l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, lorsque lesdites sentences sont rendues sous l'égide du Centre d'arbitrage de la CCJA.

204. Mais, le droit de l'arbitrage OHADA ne contient aucune règle en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA. Ainsi, ni l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ni le Traité de l'OHADA instituant le Règlement d'arbitrage de la CCJA, n'ont envisagé l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA.

205. L'exequatur de ces sentences par la CCJA²⁸², au sens de l'article 32 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage²⁸³ et des articles 30.3 et 30.5 du Règlement d'arbitrage de la CCJA²⁸⁴, n'est fondé que sur ces dispositions, bien que ces

²⁸¹ A l'exception de celles relevant de l'article 34 AUA lequel dispose : « Les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte uniforme sont reconnues dans les Etats Parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables et, à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues par les dispositions du présent Acte uniforme ».

²⁸² Voy., notamment, CCJA, Arrêt n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c. Etat du Bénin ; CCJA, Arrêt n° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c. Société Commune de Participation et Patrice TALON ; CCJA, Arrêt n° 160/2016 du 1^{er} décembre 2016, aff. Compagnie Malienne pour le Développement des Textiles dite CMDT, Groupement des Syndicats de Producteurs de Coton et Vivriers du Mali dit GSCVM c. Société Inter Africaine de Distribution dite IAD ; CCJA, Arrêt n° 027/2017 du 02 mars 2017, aff. Etat du Mali et Société des Télécommunications du Mali SA dite SOTELMA SA c. SEAQUEST-INFOTEL MALI S.A (SQIM S.A.).

²⁸³ Art. 32 al. 1 AUA : « La décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ».

²⁸⁴ Art. 30.3 RA CCJA : « Si l'exequatur est refusé, la partie requérante peut saisir la Cour dans les quinze (15) jours de la notification du rejet de sa requête ». Art. 30.5 RA CCJA : « L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants : 1.) Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; 2.) Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; 3.) Lorsque le

dernières ne s'entendent « *comme emportant dérogation aux principes régissant la répartition des compétences entre les ordres de juridiction en ce qui concerne les voies de recours contre une sentence arbitrale* »²⁸⁵.

206. Alors, la question se pose de savoir si les juridictions administratives des Etats parties de l'OHADA sont compétentes pour l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA ; si l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage ne serait pas synonyme de l'abolition de la compétence des juridictions administratives en matière de contrôle des sentences arbitrales administratives.

En l'absence d'une formation administrative au sein de la CCJA pour l'exequatur de ces sentences, ces juridictions, dans l'ordre juridique interne des Etats parties de l'OHADA, demeurent-elles compétentes bien que les sentences en cause sont fondées sur des contrats administratifs soumis aux règles impératives du droit public ?

207. En droit comparé, la compétence des juridictions administratives est fondée :

*« lorsque le contrat [litigieux] relève d'un régime administratif d'ordre public et que le recours implique, par suite, un contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public [...] relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique »*²⁸⁶.

En effet, lorsque les contrats à l'origine des sentences arbitrales administratives sont soumis aux règles impératives du droit public²⁸⁷, l'exequatur de ces sentences relève de la compétence des juridictions administratives²⁸⁸.

208. L'objectif de ces règles ne s'inscrit-il pas dans l'engagement préambulaire des Etats parties de l'OHADA lequel consiste à « *établir un courant de confiance en*

principe de la procédure contradictoire n'a pas été respectée ; 4.) Si la sentence est contraire à l'ordre public international ».

²⁸⁵ C.E., 09 nov. 2016, aff. Société Fosmax A. c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

²⁸⁶ C.E., 09 nov. 2016, aff. Société Fosmax A. c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

²⁸⁷ En droit béninois, les règles impératives du droit public sont régies par, notamment, la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics et la Loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé, la loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin.

²⁸⁸ C.E., 09 nov. 2016, n°388806, publié au recueil Lebon, aff. Société Fosmax A. c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; C.E., 20 juillet 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique »²⁸⁹ ?

209. Il faut remarquer que les juridictions administratives, de manière générale, assurent déjà la mission de protection de l'administré tout en veillant à la bonne marche de l'Administration²⁹⁰.

En outre, la compétence de ces juridictions, en matière de contentieux des contrats administratifs²⁹¹, est coutumière des justiciables francophones de l'OHADA, de sorte que l'affirmation de leur compétence dans les textes régissant l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA ne pourrait que contribuer au développement de l'arbitrage administratif de l'OHADA.

210. Aussi, l'objet du présent titre est-il de démontrer que l'absence de règle spécifique sur la compétence des juridictions administratives, en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA, constituerait un obstacle au développement de la pratique de l'arbitrage administratif, et donc, une méfiance des investisseurs et opérateurs économiques en la capacité des Etats parties de l'OHADA à garantir la protection des investissements.

211. C'est pourquoi, l'enjeu de cette démonstration est de mentionner la compétence des juridictions administratives pour l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA dans la loi applicable.

²⁸⁹ Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008. Sur l'image des Etats africains en matière d'exécution des sentences CIRDI, voy. M. Asouzu, cité par M. OKILASSALI, « La participation des Etats africains à l'arbitrage du CIRDI », Rev. Cam. De l'arb., n°13, Avril-Mai-Juin 2001, p. 12, note ironiquement [...] que « la plus grande contribution des Etats africains, en ce sens [*en matière d'exécution des sentences arbitrales*], consiste à résister aux décisions de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues contre lesdits Etats... ».

²⁹⁰ M. GJIDARA, « Le cinquantenaire des tribunaux administratifs : images d'hier et d'aujourd'hui », issu de Petites affiches, 17/06/2005, n°120, p. 3 : « Toute l'histoire du droit administratif [*français*] est marquée par les efforts du juge administratif en vue de mieux contrôler l'administration, c'est-à-dire pour protéger l'administré des excès de pouvoir, tout en veillant à la bonne marche de l'administration ».

²⁹¹ R. CHAPUS, « Droit administratif général », Tome 1, 15^e éd., Montchrestien 2001, pp. 761-766, n°972 et s. (sur la compétence de la juridiction administrative) ; pp. 544-545, n°719 (sur les critères de détermination des contrats administratifs) ; p. 1183 et s., n° 1360 et s. (sur le régime des contrats administratifs).

212. Mais, l'exequatur de ces sentences ne pose pas que le problème de compétence des juridictions administratives ; il y a aussi celui de l'intensité du contrôle du juge de l'exequatur au regard du principe de l'autonomie de l'arbitre²⁹².

213. Alors, comment la mention des règles de compétence des juridictions administratives dans les lois du lieu d'exécution peut-elle contribuer au développement de la pratique de l'arbitrage administratif de l'OHADA ? Quelle est l'intensité du contrôle²⁹³ du juge de l'exequatur de l'OHADA ? La violation d'une règle d'ordre public pourrait-elle justifier une révision au fond des sentences arbitrales administratives ?

Ces questions posent le problème des règles matérielles (Chapitre 1) et des règles procédurales régissant l'exequatur des sentences arbitrales administratives (Chapitre 2) en droit OHADA.

²⁹² Th. CLAY, « Jusqu'où ira le contrôle des sentences arbitrales par le juge ? », intervention du Professeur Th. CLAY au Dîner-débat organisé par l'Association Française de l'Arbitrage, publiée le 18/06/2018. Cf. site Internet : https://www.jss.fr/Jusqu'ou_ira_le_controle_des_sentences_arbitrales_par_le_juge_-1299.awp

²⁹³ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 163, n°218 et s. Voy. aussi, M. AUDIT, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », *Cah. Arb.* 2015, p. 235 ; L. Jeager, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2015, p. 253. Dans l'arrêt CCJA n°103

Chapitre 1.- Les règles matérielles d'exequatur des sentences administratives

214. Les règles matérielles régissant l'exequatur des sentences arbitrales administratives mettent en exergue les lois du lieu d'exécution et les règles de contrôle desdites sentences. On les distingue des principes fondamentaux de la procédure arbitrale²⁹⁴ et des règles procédurales d'exequatur desdites sentences, que nous aborderons dans les chapitres qui suivront celui-ci.

215. L'objet de ce chapitre est donc, de démontrer que l'exequatur des sentences arbitrales n'est pas qu'une question procédurale ; c'est d'abord la reconnaissance des législations nationales auxquelles les conventions internationales et les traités attribuent la responsabilité de faciliter l'exécution desdites sentences sur leur territoire.

216. L'enjeu de cette démonstration est que le régime juridique d'exequatur de ces sentences intègre les règles matérielles mettant en exergue, aussi bien, la compétence des lois du lieu d'exécution desdites sentences, que les juridictions administratives.

217. Le problème qui se pose alors, est de savoir, comme évoqué ci-dessus, quelle sera l'intensité du contrôle²⁹⁵ de ces juridictions en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives.

218. Quel est le fondement d'une révision au fond de ces sentences lorsqu'une sentence arbitrale est prétendue contraire à l'ordre public ? Afin de répondre à ces questions, nous aborderons, ci-après, les lois du lieu d'exécution (Section 1) et les règles de contrôle (Section 2) des sentences arbitrales administratives.

²⁹⁴ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 393, n°587 et s., sur les principes fondamentaux de procédure applicables à tout arbitrage. Voy. également, G. KAUFMANN-KOHLER, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth.

²⁹⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 163, n°218 et s. Voy. aussi, M. AUDIT, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », *Cah. Arb.* 2015, p. 235 ; L. Jeager, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2015, p. 253.

Section 1.- Les lois du lieu d'exécution des sentences arbitrales

219. Les lois du lieu d'exécution des sentences arbitrales sont celles qui s'appliquent à l'exequatur desdites sentences. L'exequatur apparaît ainsi comme une sorte d'habilitation des sentences arbitrales dans un ordre juridique étatique où l'exécution de ces dernières est envisagée.

220. Donc, on ne saurait utilement envisager de détacher l'exequatur de l'ordre juridique étatique où l'exécution desdites sentences aura lieu, de même que l'exequatur ne peut être considéré comme une formalité inutile²⁹⁶ dans la mesure où il demeure l'entrée en contact avec cet ordre juridique étatique²⁹⁷.

221. Mais, la validité de l'exequatur dépend, soit d'une décision judiciaire, soit d'un acte administratif conformément aux dispositions des conventions internationales ou des traités et des législations nationales applicables.

222. En somme, l'exequatur des sentences arbitrales est fondé sur les lois du lieu où l'exécution de ces dernières est envisagée. Comment en est-on arrivé là ? En quoi l'habilitation des législations internes est-elle indispensable ?

223. En outre, il convient de faire remarquer que les lois du lieu d'exécution ne portent pas que sur l'exequatur des sentences arbitrales, mais aussi, sur la juridiction compétente lorsque l'exequatur dépend d'une décision judiciaire. Il en est ainsi des sentences arbitrales dont le contrat litigieux est soumis aux règles impératives du droit public.

224. Alors, après avoir présenté le fondement des lois du lieu d'exécution des sentences arbitrales administratives (Paragraphe 1), nous aborderons ensuite, les règles impératives du droit public (Paragraphe 2) qui constituent un paradoxe du droit de l'arbitrage OHADA.

²⁹⁶ M. R. AZALOU, « L'exequatur dans l'espace OHADA : de la nécessité à l'inutilité », Thèse, Université de Perpignan, 2013.

²⁹⁷ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 48.

Paragraphe 1.- Le fondement des lois du lieu d'exécution

225. L'application des lois du lieu d'exécution est fondée sur les résolutions de Wiesbaden et d'Oslo (A). Mais, en raison de l'insécurité juridique et judiciaire de ces résolutions, un mécanisme d'exception de droit public a prévu de les écarter.

226. Ainsi, l'exequatur d'une sentence arbitrale impliquant une personne publique sera fondé, non pas sur le droit public dont relève cette personne publique, mais, sur la loi du lieu où l'exécution de cette sentence est envisagée. Ce mécanisme d'exception de droit public est intégré dans les conventions internationales (B) et transposé dans les législations nationales (C).

A.- Les résolutions de Wiesbaden et d'Oslo et le mécanisme d'exception d'ordre public

227. En principe, les personnes publiques étrangères relèvent de leur droit national d'origine²⁹⁸, en vertu du principe de la territorialité du droit public²⁹⁹. Ainsi, l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques devrait se fonder sur les règles nationales de ces dernières applicables en la matière.

228. C'est ce qui résulte de l'adoption, par l'Institut de droit international, lors de sa session de 1975 tenue à Wiesbaden, de la résolution « *concernant l'application du droit public étranger* », et lors de celle d'Oslo en 1977, relative à la résolution « *concernant les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public* »³⁰⁰. Ainsi, « *lorsqu'un Land allemand se présente devant*

²⁹⁸ M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 303, Dalloz 2018.

²⁹⁹ P. MAYER, « Le rôle du droit public en droit international privé », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986, Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) pp. 467-485 ; doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.1986.2427> https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_2_2427

³⁰⁰ Voy. P. MAYER, *op. cit.*, p. 467-468.

une juridiction française, il est identifié du point de vue institutionnel et juridique selon les termes du droit allemand qui le régit. Du reste, il en va de même pour l'Etat fédéral allemand lui-même. Lorsqu'il se présente devant les organes français, sa constitution et son organisation sont celles que prévoit le même droit allemand »³⁰¹.

Mais, le contenu de ces normes n'étant pas connu d'avance, il n'est pas exclu que celles-ci contiennent des dispositions susceptibles de heurter les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for.

229. Dès lors, il est impératif de prévoir un mécanisme permettant d'empêcher qu'un effet soit donné à ces règles. Ce mécanisme est celui de l'exception d'ordre public, au sens du droit international privé. Ainsi, une loi de droit public étranger peut être évincée en raison de son contenu, par le mécanisme de l'exception d'ordre public³⁰².

230. Universellement connue en droit international privé comparé, l'exception d'ordre public est une technique d'éviction de la règle ou de la décision étrangère. Il s'agit dès lors d'un concept particulier d'ordre public, à distinguer très clairement de l'ordre public du droit interne.

231. Elle est aussi définie comme « *un mécanisme de protection de l'ordre public du for contre l'application de la loi étrangère compétente, ou contre la réception d'une décision étrangère si celles-ci apportent un résultat choquant au regard des principes fondateurs de la société du for* »³⁰³. L'exception d'ordre public déroge à la compétence de principe du droit public dont l'application relève d'une règle du for « *portant exception à la compétence de principe du droit public d'origine de l'Etat et de la personne publique concernée* »³⁰⁴.

³⁰¹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 4. V. aussi la note E. PATAUT sur « L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (COM(2009)154) ».

³⁰² *Ibid.*, *op. cit.*, p. 468. V. Civ. 14 avr. 1934, 5. 1935, 1, 201, note NIBOYET, estimant que « le caractère rétroactif d'une loi fiscale étrangère ne saurait être invoqué devant les tribunaux français à rencontre des nationaux français ».

³⁰³ Cf. site Internet : http://idc.u-paris2.fr/sites/default/files/resume_coline_lecam_mayou.pdf

³⁰⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 4. Monsieur AUDIT affirme qu'il en est également ainsi, par exemple, de l'interdiction de compromettre de certaines personnes publiques. Par principe, cette interdiction relève de leur droit public d'origine (J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, 1^{re} éd., 2007, n° 1069). Dès lors, lorsque la jurisprudence *Galakis* est mise en œuvre à l'égard de personnes publiques étrangères, il s'agit plus exactement d'écarter la compétence de principe de leur droit public d'origine au profit d'une règle française ne leur permettant pas de revenir sur leur consentement à l'arbitrage (par ex. : Paris, 24 février 1994, *Ministère tunisien de l'équipement*, *Rev. arb.* 1995. 275, note Y.

Elle est reconnue par les conventions internationales en matière d'exécution des sentences arbitrales en raison de l'essor de la pratique de l'arbitrage comme mode normal de résolution des litiges, aussi bien, en matière du commerce international, qu'en matière d'investissements internationaux³⁰⁵. Ces conventions ont permis de « *réduire les disparités entre les différentes lois nationales en matière d'arbitrage* »³⁰⁶. Ainsi, « *Le premier pas entrepris dans cette perspective a été d'élaborer un ensemble de conventions internationales dans le but d'uniformiser ce droit. Un tel mouvement a été amorcé par l'élaboration de la Convention de Genève de 1923 sur les sentences arbitrales et a abouti à la création de deux autres conventions d'une importance très marquée dans le domaine de l'arbitrage. Il s'agit, en premier lieu de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales étrangères et, en second lieu, de la Convention de Washington de 1965 portant création du CIRDI* »³⁰⁷.

232. En tout état de cause, le mécanisme d'exception d'ordre public a le mérite, en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives, d'avoir abouti à la reconnaissance de l'applicabilité de la loi du pays où l'exécution est envisagée.

233. Ce mécanisme a été intégré dans les conventions internationales, instruments utilisés en droit international pour décrire des déclarations formelles de principes que doivent ratifier des Etats pour obtenir une force obligatoire et ainsi devenir de véritables traités internationaux.

GAUDEMET). L'article 177, alinéa 2, de la LDIP suisse relève exactement du même registre ; il vise également à imposer en la matière les conceptions du for.

³⁰⁵ Mais, le recours à l'arbitrage n'est pas lié au développement du commerce international ; il remonte à une époque bien plus lointaine. Dans une première étape, l'arbitrage est né sous la forme d'une justice primitive durant l'Antiquité (CLAY (Th.), *L'arbitre*, Dalloz, 2001 p.10 et s.), puis a évolué au fil des siècles pour représenter un mode moderne de règlement des litiges. Dans ce sens, René DAVID note que « L'arbitrage est une institution très ancienne mais jusqu'au milieu du XIXème siècle il n'a guère été pratiqué, dans les rapports entre particuliers que pour résoudre des conflits entre des gens appelés à vivre ensemble ou soucieux de maintenir entre eux de bonnes relations : membres d'une même famille, voisins, associés. » (David (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982, p.1). Cf. I. CHABBI, « La mondialisation du droit de l'arbitrage : La contribution de la loi-type de la CNUDCI », Thèse, 2011, UCA, p. 16.

³⁰⁶ I. CHABBI, *op. cit.*, p. 17.

³⁰⁷ *Ibid.*, *op. cit.*

B.- L'intégration de l'exception d'ordre public dans les conventions internationales

234. L'exception d'ordre public est intégrée dans la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales étrangères (1) et la Convention de Washington de 1965 portant création du CIRDI (2).

1.- La Convention de New York

235. La Convention de New York³⁰⁸ du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique, conformément à son article I(1), à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution desdites sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales.

236. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

237. Le champ d'application de cette convention n'est pas défini en fonction de l'arbitrabilité subjective et objective du litige. Seule, la nature de la sentence est en cause, car, il s'agit de sentences arbitrales étrangères, lesquelles, en dépit de l'objet du litige, peuvent impliquer aussi les personnes publiques. Donc, la Convention de New York est applicable à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères impliquant les personnes publiques de l'OHADA.

L'article III de cette Convention dispose :

³⁰⁸ La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958 (la Convention de New York), est considérée comme le traité de droit international privé qui connaît le plus grand succès. Plus de 140 pays y sont parties. Il ressort des quelques 1 400 décisions judiciaires signalées dans l'annuaire *Yearbook : Commercial Arbitration* qu'il est fait droit aux demandes d'exécution d'une sentence arbitrale dans près de 90% des cas. La Convention a ouvert la voie à l'adoption en 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui a connu un énorme succès et en 1985 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (modifiée en 2006). C'est probablement principalement grâce à la Convention de New York que l'arbitrage est le mode de règlement des différends commerciaux internationaux le plus souvent choisi. V. Albert Jan van den Berg, « Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », cf. site Internet : http://legal.un.org/avl/pdf/ha/crefaa/crefaa_f.pdf

« Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, [...] ».

Cette disposition traduit l'extension de la Convention de New York à la *lex fori*³⁰⁹. Il s'agit ainsi, d'une répartition de compétence législative entre cette Convention et la loi du lieu d'exécution de la sentence.

A cet effet, alors que l'article IV de ladite Convention prévoit les pièces devant accompagner la demande d'exequatur, l'article V énumère les conditions dans lesquelles la reconnaissance et l'exécution de ladite sentence peuvent être refusées. Ces conditions sont intangibles et ne peuvent faire l'objet de modification par la législation nationale.

238. Mais, l'accueil dans l'ordre juridique étatique de la sentence, dont les conditions de reconnaissance et d'exécution ont ainsi été prévues par la Convention de New York, est assuré par la juridiction compétente désignée par la loi.

En d'autres termes, le juge étatique saisi aux fins d'exequatur d'une sentence arbitrale administrative étrangère se contentera de vérifier la conformité de la requête d'exequatur avec les dispositions des articles IV et V de la Convention de New York. L'apport de la législation nationale n'aura été que de désigner la juridiction compétente pour rendre la décision d'exequatur.

239. En définitive, l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère est fondé, d'abord, sur la Convention de New York ou les accords multilatéraux et bilatéraux applicables³¹⁰, et ensuite, sur la loi du pays où l'exécution de ladite sentence est envisagée.

240. C'est une répartition de compétence législative mettant la sécurité judiciaire des sentences arbitrales étrangères au cœur du mécanisme de l'exception d'ordre public,

³⁰⁹ Loi nationale du tribunal saisi. Un tribunal statue « *lege fori* » s'il applique à un litige, pour résoudre un conflit de lois, la loi de l'Etat à la souveraineté duquel il est soumis ». V. GUINCHARD, Serge (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques*, Paris : Dalloz, 2014, BU Droit, Economie, Gestion : cote 340.03 ; v. aussi, ROLAND, Henri, *Locutions latines du droit français*, Paris : Litec, 1998, BU Droit, Economie, Gestion : cote 340.03 ROL.

³¹⁰ L'article VII(1) de la Convention de New York du 10 juin 1958 dispose : « Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ».

par laquelle la Convention définit les conditions de reconnaissance et d'exécution desdites sentences, alors que la loi du lieu d'exécution en définit la juridiction compétente.

Cette répartition de compétence législative entre l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies et les 193 Etats membres à la date de la présente étude, traduirait l'un des buts des Nations Unies consistant à « *Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux [...]* »³¹¹.

241. D'une manière générale, cette coopération internationale reconnaît la place prépondérante de « *la souveraineté des Etats et la vigueur de son affirmation dans le domaine judiciaire* », comme l'a affirmé le Professeur FOUCHARD³¹². C'est dans ce schéma de coopération internationale que s'inscrit également la Convention de Washington.

2.- La Convention de Washington

242. A l'instar de la Convention de New York, la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats reconnaît également l'applicabilité de la loi du lieu d'exécution des sentences arbitrales.

243. Elle a institué le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans le but « *d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention* »³¹³.

Elle dispose, en son article 54(1) que :

³¹¹ Art. 1(3) Charte des Nations Unies, cf. site Internet : <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/chapter-1>

³¹² Ph. FOUCHARD, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », Rev. arb. 1997, n°3, p. 350. Cf. site Internet : <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/FOUCHARD-1997-La-porte%cc%81e-internationale-de-lannulation-de-la-sentence-arbitrale-dans-son-pays-dorigine.pdf>

³¹³ Art. 1 (2) Convention de Washington du 18 mars 1965.

« Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés ».

Le paragraphe 54(3) ajoute : *« L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder ».*

244. L'application de la loi du lieu d'exécution est renforcée par l'article 55 de ladite convention aux termes duquel *« Aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger »*. Cet article renvoie ainsi à l'applicabilité de la loi du lieu d'exécution relativement à l'immunité d'exécution de l'Etat contre lequel ladite exécution est envisagée.

245. En dépit de la mise en place d'un système uniforme d'exequatur des sentences arbitrales rendues sous l'égide du CIRDI, en son sein, l'article 54(2) de la Convention de Washington dispose que *« Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels »*.

Là également, c'est la souveraineté des Etats qui est ainsi reconnue et respectée. Ainsi, la mise en œuvre des sentences arbitrales dans un pays donné est fondée sur la loi applicable de ce pays. C'est pourquoi nous avons envisagé d'aborder la transposition du mécanisme de l'exception d'ordre public dans les législations nationales.

C.- La transposition de l'exception d'ordre public dans les législations nationales

246. Ce n'est plus une surprise ; les conventions internationales étudiées ci-dessus comportent des renvois à la législation nationale pour les procédures à observer à l'occasion de l'exécution des sentences arbitrales.

247. Il en est de même de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté dans le cadre de la mise en place du Traité de l'OHADA. L'article 25, alinéa 2 de cet Acte uniforme dispose que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un recours en annulation porté devant la juridiction compétente dans l'Etat partie.

248. Dans la même perspective de reconnaître la place souveraine des Etats en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères ou non, l'article 30 du même Acte uniforme dispose que les sentences arbitrales ne sont susceptibles d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat Partie.

Ces dispositions montrent toute l'importance de la loi du lieu de l'exécution, la loi nationale sans laquelle les conventions internationales et communautaires seront sans effet.

249. Elles ont donc été favorablement accueillies dans les législations nationales des Etats parties de l'OHADA, notamment, le droit béninois à travers la Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes. Elle précise, en son article 1168, la juridiction compétente en matière d'exequatur des sentences arbitrales, et en son article 1170, celle devant laquelle peuvent être portés les recours en annulation.

250. Il faut noter que le Code des procédures du 28 février 2011 vient combler un vide législatif en matière de procédure d'arbitrage OHADA. En effet, en matière d'arbitrage dans la plupart des Etats parties de l'OHADA avant l'adoption de ce Code, les justiciables étaient confrontés à l'inexistence de norme de procédure devant permettre à l'arbitrage de fonctionner.

251. Historiquement³¹⁴, les lois votées en France pendant la période coloniale devaient d'abord faire l'objet d'une décision d'extension avant qu'elles soient applicables dans les colonies. Dans le cadre de l'arbitrage, la loi française du 31 décembre 1925

³¹⁴ Cf. P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage OHADA, dix ans après l'Acte uniforme », in *Revue de l'arbitrage du Comité Français de l'Arbitrage*, 2010-n°3, pages 469 et s.

validant la clause compromissoire pour les litiges entre commerçants, avait été étendue dans les colonies. Mais, le livre III du Code de procédure civile français de 1806, consacré à l'arbitrage, n'avait pas été étendu à ces colonies dont faisait partie le Bénin, créant ainsi un vide législatif pour le fonctionnement de l'arbitrage.

252. Après l'indépendance, le Bénin, contrairement à d'autres Etats parties de l'OHADA³¹⁵, a perpétué ce vide législatif dans la mesure où, affirme le Professeur P. MEYER, « aucune législation spécifique sur l'arbitrage n'avait été mise en vigueur »³¹⁶.

253. Malgré l'avènement du Traité de l'OHADA en 1993 et de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage en 1999, dont les dispositions renvoient à l'accomplissement de certaines formalités relatives à l'arbitrage devant, soit l'« *autorité nationale désignée par l'Etat* », soit le « *juge compétent de l'Etat-partie* », ce vide législatif sur la procédure de l'arbitrage n'a pu être comblé à temps. La loi nationale devant compléter l'Acte uniforme n'a été adoptée, par exemple au Bénin, qu'en 2008 et promulguée en 2011, alors qu'« aucune imprévisibilité [ne devrait exister] quant au juge compétent »³¹⁷.

254. La question était, en effet, de savoir qui est cette « *autorité nationale désignée par l'Etat* » ou ce « *juge compétent de l'Etat-partie* ». Néanmoins, une solution prétorienne avait été trouvée à cette question à l'occasion d'un arbitrage *ad hoc* qui s'est déroulé à Cotonou. En effet, lors d'un recours en annulation contre la sentence issue de cet arbitrage, on a noté que, alors que le Tribunal de première instance s'est déclaré compétent, la compétence de la Cour d'appel a été invoquée par certains plaideurs au motif

³¹⁵ Ces Etats avaient, à l'occasion de la réforme de la procédure civile, introduit des dispositions, plus ou moins complètes, relatives à l'arbitrage. La plupart du temps, ces dispositions étaient, soit fort inspirées du droit français de l'arbitrage antérieur aux réformes intervenues dans ce pays en 1981, soit tout à fait incomplètes. Il s'agit du Gabon (Art. 972 à 993 du Code de procédure civile gabonais du 2 février 1977), du Sénégal avant la réforme du droit de l'arbitrage de 1998 (Art. 795 à 820 du Code de procédure civile sénégalais du 30 juillet 1964), du Tchad (Art. 370 à 383 de l'ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation d'un Code de procédure civile au Tchad), du Togo (Art. 275 à 290 du Code de procédure civile togolais du 15 mars 1982) et du Congo (Art. 310 de la loi n° 51-83 du 21 avril 1983 réglant la procédure civile, commerciale et administrative. Néanmoins, il faut noter que cet article ne règle en rien la procédure arbitrale. Il ne fait qu'affirmer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales). Mais, au cours des années 1990, certains Etats avaient modernisé leur législation sur l'arbitrage. Il s'agissait de la Côte d'Ivoire (Loi n° 93-671 du 3 août 1993 relative à l'arbitrage. V. L. Idot, « La loi ivoirienne n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1994.783), du Mali (Art. 879 à 942 du Code de procédure civile malien du 28 juin 1994) et du Sénégal (Loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur les contrats relatifs au règlement des litiges qui ajoute un 3^e livre au Code des obligations civiles et commerciales ; décret n° 98-492 du 5 juin 1998 qui abroge le livre VI de la deuxième partie du Code de procédure civile pour le remplacer par des articles numérotés de 795 à 819-95. V. F. CAMARA, « Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère », *Rev. arb.*, 1999.45). Voy. P. MEYER, *op. cit.*, pages 4 et s.

³¹⁶ P. MEYER, *op. cit.*, pages 4 et s.

³¹⁷ O. LE BOT, « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », *op. cit.*, p. 1.

que « *le recours en annulation contre une sentence arbitrale revêtue de l'autorité de la chose jugée relève de la Cour d'appel* ».

Mais, la CCJA, dans un arrêt du 17 juillet 2008, a tranché la question en affirmant qu'en « *droit processuel, toutes les fois qu'un texte particulier n'attribue pas à une juridiction déterminée la connaissance exclusive de certaines matières, ladite connaissance de celles-ci échoit aux juridictions de droit commun* ».

Cette solution n'était que l'application de l'article 49 de la loi 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin aux termes duquel « *les tribunaux de première instance sont juges de droit commun en matière pénale, civile, commerciale, sociale et administrative* ».

255. Les dispositions du nouveau Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes sur la procédure de l'arbitrage étaient donc très attendues afin de mettre un terme aux spéculations qui avaient cours sur la compétence juridictionnelle en matière d'annulation et d'exequatur des sentences arbitrales.

256. En dépit de cette évolution législative, les personnes publiques sont encore laissées pour compte ; car, ni l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ni les législations nationales, en l'occurrence celle du Bénin en la matière, ne contiennent, comme sus-évoqué, aucune règle sur l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA.

257. En tout état de cause, l'applicabilité des lois du lieu d'exécution pour l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques a entraîné une disparité entre les différentes lois nationales³¹⁸. Il faut remarquer qu'à l'ère de la globalisation du droit³¹⁹, cette disparité est d'abord portée par la Convention de New York en son article V³²⁰, et ensuite, par les législations nationales qui ont trouvé en la reconnaissance de la souveraineté des Etats l'occasion d'une concurrence législative³²¹.

³¹⁸ Cf. I. CHABBI, « La mondialisation du droit de l'arbitrage : La contribution de la loi-type de la CNUDCI », Thèse, 2011, UCA, p. 17.

³¹⁹ J.-B. AUBY, « La globalisation, le droit et l'Etat », 2^{ème} éd., LGDJ, Lextenso, p. 17.

³²⁰ Conformément à cet article, plusieurs Etats peuvent se réclamer compétents en vertu, soit de la loi applicable aux parties, soit de la loi à laquelle les parties ont subordonné la convention d'arbitrage, soit de la loi du pays d'après laquelle la sentence a été rendue, soit de la loi du pays dans lequel la sentence a été rendue.

³²¹ C'est le cas, par exemple, de la plupart des Etats dont les législations nationales diffèrent souvent les unes des autres. Paris, Place de l'arbitrage internationale n'a pas été ainsi reconnue sans une politique de faveur à l'arbitrage de l'Etat français et de ses juridictions. V. dans ce sens, J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 2, n°3.

Mais, cette concurrence législative a-t-elle été exploitée dans le but de constituer une véritable attractivité des investissements ou est-elle juste l'expression d'une prérogative de puissance publique ?

258. Somme toute, la loi du lieu d'exécution a un double fondement : les conventions internationales et les lois nationales. Mais, il est paradoxal de constater qu'en dépit de son importance pour la détermination de la compétence des juridictions administratives, en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives, les règles impératives du droit public ne relèvent pas du droit OHADA.

Paragraphe 2.- Le paradoxe des règles impératives du droit public

259. Les règles impératives du droit public permettent de déterminer la compétence des juridictions administratives à l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques.

Elles ne consistent donc pas seulement à régir des contrats administratifs ; les juridictions administratives sont compétentes pour l'exequatur des sentences arbitrales administratives lorsque « *le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public [...]* »³²².

Nées des relations entre l'Etat et les investisseurs et opérateurs économiques (A), ces règles ne figurent pourtant pas au nombre des matières harmonisées par le Traité de l'OHADA³²³ (B), en dépit de l'extension de l'arbitrage interne aux personnes publiques de l'OHADA.

³²² J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 160, n°215. T. confl., 17 mai 2010, D. 2010, p. 2633, note S. LEMAIRE ; AJDA 2010, p. 1564, note P. CASSIA. V. aussi M. LAAZOUZI, « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois. A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 653 ; M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM) », *Rev. arb.* 2010, p. 253 ; C.E., 20 juillet 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

³²³ Art. 1 et 2, Traité OHADA, du 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

A.- Des règles nées des relations avec l'Etat

260. Les règles impératives du droit public sont des règles relevant de la souveraineté de l'Etat. Ce sont des règles qui, comme les contrats de marchés publics³²⁴, de partenariat et de délégation de service public régissant les relations entre l'Etat et les investisseurs ou opérateurs économiques, dans le cadre, soit de l'occupation du domaine public³²⁵, soit de la commande publique³²⁶, prescrivent des conditions de forme particulières pour des types de contrats spécifiques³²⁷.

Ces règles sont dites impératives en ce qu'on ne peut y déroger. Elles s'imposent à tous, en raison de leur caractère d'ordre public. En ce sens, elles s'opposent aux règles supplétives auxquelles les parties peuvent déroger par convention.

Les clauses en contradiction avec une règle impérative sont nulles ; mais, cette nullité est relative. En effet, la partie qui est protégée par une règle impérative pourrait renoncer expressément à la protection légale pour autant qu'elle soit consciente des

³²⁴ Un marché public est un contrat administratif conclu à titre onéreux entre un organisme public et un fournisseur ou un prestataire pour répondre aux besoins d'un organisme public en matière de travaux, de fournitures ou de services. Dans l'affaire SMAC c/ Ryanair, le contrat régissant les relations entre les deux parties est constitutif d'un marché public de services. Cf. M.-Ch. de MONTECLER, « Le juge administratif face à une sentence arbitrale en matière de marchés publics », *Dalloz Actualité* (<http://www.dalloz-actualite.fr>), 25 avr. 2013 : le Conseil d'Etat estime que « l'ensemble contractuel », liant le SMAC à Ryanair, « conçu pour répondre aux besoins de la personne publique moyennant un prix versé à son cocontractant, est constitutif d'un marché public de services au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics ».

³²⁵ En droit français, un contrat d'occupation du domaine public est un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée, autorisant cette dernière à occuper à titre temporaire une partie du domaine public : c'est par exemple le cas des terrasses des cafés sises sur les trottoirs. L'article L. 2125-1 de l'Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques est complété par un dernier alinéa ainsi rédigé : « Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement ».

³²⁶ Art. L2, Ord. n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique dispose : « Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières ». L'expression « commande publique », est apparue en doctrine avant d'être reprise dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics par le décret du 7 mars 2001. (E. TALAPINA, « Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe », *op. cit.*, p. 326).

³²⁷ Il en est ainsi, notamment, en droit béninois, de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics et de la Loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé.

conséquences de sa renonciation et après la survenance d'un évènement qui justifie la protection.

Il en est ainsi de l'immunité d'exécution³²⁸ que nous aborderons *infra* dans la deuxième partie de la présente étude. Les personnes qui en bénéficient peuvent y renoncer en matière d'arbitrage³²⁹. Donc, en présence de règles impératives du droit public, les personnes publiques peuvent renoncer à leur immunité d'exécution³³⁰ afin de se mettre au niveau de l'investisseur privé.

261. Le Professeur J.-B. RACINE précise que sont visés les contrats les plus importants et les plus courants en matière administrative³³¹. Les règles impératives du droit public ne s'étendent donc pas à tous les contrats administratifs.

En effet, les règles impératives du droit public régissent des contrats administratifs mis en place dans le cadre spécifique de la promotion des investissements et des activités économiques.

Elles ne sont pas inconnues des Etats parties de l'OHADA ; mais, elles ne relèvent pas du champ d'action du Traité de l'OHADA dont le domaine de compétence ne couvre que le droit des affaires alors que sont en cause le droit public des affaires.

262. Alors, si l'admission des personnes publiques de l'OHADA n'a fait aucun lien avec les règles impératives du droit public des affaires, ce lien devrait exister au niveau de chacun des Etats parties de l'OHADA pour, aussi bien, l'exequatur que pour l'exécution effective des sentences issues de ce type d'arbitrage.

³²⁸ Art. 30, al. 1 AUPSRVE.

³²⁹ KOHEN, « La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l'immunité des États », Mélanges Jacquet, 2013, LexisNexis, p. 201. La Cour de cassation l'a admise. Elle a même décidé que la renonciation à l'exécution pouvait résulter de l'engagement d'exécuter une sentence arbitrale contenue dans le règlement d'arbitrage, en l'occurrence celui de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (Civ. 1re, 6 juill. 2000, no 98-19.068, Bull. civ. I, no 207 ; JCP 2001. II. 10512, note KAPLAN et CUNIBERTI ; JDI 2000. 1046, note PINGEL-LENUZZA ; Rev. arb. 2001. 114, note LEBOULANGER ; RTD com. 2001. 409, obs. LOQUIN).

³³⁰ Civ. 1re, 28 mars 2013, nos 10-25.938, 11-13.323 et 11-10.450 [3 arrêts], D. 2013. 1728, note Martel ; RDC 2013. 1485, obs. Laazouzi ; RTD civ. 2013. 437, obs. Perrot ; JDI 2013, comm. 10, rapport Maitrepierre, note Cuniberti ; Rev. crit. DIP 2013. 671, note Muir Watt ; RGDIP 2013. 194, avis Chevalier. La Cour de cassation française a énoncé un principe plus large selon lequel les Etats ne peuvent renoncer à leur immunité d'exécution sur les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques que de manière écrite, expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie. Cette solution a été remise en cause par un arrêt qui énonce que « le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution » (Civ. 1re, 13 mai 2015, no 13-17.751, JCP 2015. 759, note LAAZOUZI ; Procédures 2015 comm. 228, note WEILLER).

³³¹ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 160, n°215.

263. Ainsi, la mise en place d'une formation administrative spéciale pour l'exequatur de ces sentences arbitrales devrait se justifier davantage au niveau des Etats parties de l'OHADA qu'au niveau de la CCJA.

264. De la même façon, l'exception d'immunité d'exécution devrait également ressortir des lois nationales, plutôt qu'au niveau des actes uniformes du Traité de l'OHADA, ces questions relevant de la souveraineté des Etats.

265. Donc, les règles impératives du droit public des affaires permettent de donner à l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage toute son efficacité en ce que l'objectif de cette dernière ne se limite pas qu'à la participation de ces personnes à un arbitrage, mais aussi et surtout, à donner effet aux sentences arbitrales qui les condamneraient.

266. La question pourrait se poser de savoir pourquoi donner une telle importance à ces règles. Comme nous l'avons évoqué ci-avant, les règles impératives du droit public relèvent du droit public des affaires étudié par Sophie NICINSKI³³² pour analyser les relations entre l'Etat et les opérateurs économiques, dont les contentieux relatifs, notamment, à l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA, constituent l'objet de la présente étude.

267. Comme les règles impératives du droit public, le droit public des affaires est le droit des relations entre l'administration et les opérateurs économiques. Il regroupe ce que l'on appelle communément le droit public économique (administration de l'économie et entreprises publiques) et le droit de la commande publique³³³.

268. Selon Sophie NICINSKI, le droit public des affaires repose sur « *trois piliers, que sont les trois positions de l'administration vis-à-vis du monde économique, les trois corpus de règles constituant le droit public des affaires* »³³⁴. Les trois piliers du droit public des affaires, selon les termes de Sophie NICINSKI, se présentent comme suit :

- a. *Tout d'abord, l'administration réglemente, influence, oriente, dirige ou protège le marché et ses opérateurs économiques. C'est la régulation de l'économie, qui renvoie aux prérogatives de l'administration pour limiter, encadrer l'accès au marché, définir sa structure, réglementer son*

³³² S. NICINSKI, « Droit public des affaires », L.G.D.J., Précis Domat Droit public, 5^e éd., 09/2016.

³³³ *Idem.*

³³⁴ *Ibid., op. cit.*

fonctionnement, préserver son caractère concurrentiel et aider les opérateurs.

- b. Ensuite, l'Etat ou les autres personnes publiques peuvent être eux-mêmes opérateurs fournisseurs de biens et de services sur le marché. Cette participation au marché est régie par le régime juridique applicable au secteur public, composé d'entreprises publiques.*
- c. Enfin, les personnes publiques, en position de demandeurs sur le marché, engagent une relation de collaboration avec les opérateurs économiques, pour satisfaire leurs besoins. Cette collaboration est régie par le droit de la commande publique au sens large, incluant le régime des contrats immobiliers ayant un objet économique.*

269. La présente étude s'intéresse au troisième pilier relatif aux personnes publiques en position de demandeurs sur le marché. Dans cette position, l'Etat engage une relation de collaboration avec les opérateurs économiques pour satisfaire ses besoins.

Cette collaboration est régie par le droit de la commande publique au sens large, c'est-à-dire, les règles impératives de droit public « *relatives à l'occupation du domaine public, [...] aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* »³³⁵. Ces règles sont de deux ordres : celles qui sont relatives au domaine public et celles qui régissent la commande publique³³⁶.

270. Ainsi, l'Etat, dans sa position de demandeur sur le marché, s'engage envers les partenaires privés étrangers³³⁷, mais également locaux, par divers types de contrats³³⁸, notamment, les accords d'investissements, contrats d'Etat³³⁹ encore qualifiés d'accords de développement économique³⁴⁰.

³³⁵ P. DELVOLLE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », *op. cit.*, p. 7.

³³⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 8.

³³⁷ Les partenaires privés étrangers sont, comme le précise D. C. SOSSA, des investisseurs privés étrangers, connus aussi sous la dénomination d'opérateurs économiques étrangers. Il s'agit en général, d'entreprises multinationales ou transnationales dont les capitaux peuvent d'ailleurs être détenus par des personnes publiques mais avec un statut d'entreprise privée. Cf. D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Ohadata*, D-10-50, p. 7.

³³⁸ V. les différentes formes juridiques de ces contrats dans D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Ohadata*, D-10-50, p. 24 et s.

³³⁹ Sur la notion de contrat d'Etat, v., entre autres pour la doctrine récente, Sandrine Chaillé de Néré, « Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé », Préface de Jean-Pierre Laborde, Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, n°102 et s., citée par D. C. SOSSA, « L'extension de

271. Alors, si les Etats parties de l'OHADA ont été admis à compromettre en arbitrage, ce n'est ni pour le premier, ni pour le deuxième pilier du droit public des affaires, mais uniquement pour le troisième pilier relatif à la commande publique au sens large, c'est-à-dire, la participation de l'Etat aux opérations du commerce international³⁴¹, non pas en tant qu'entreprise publique (dont le régime juridique est de droit privé), mais en tant que personne publique ou personne morale de droit public ; tout simplement, l'Etat demandeur de capitaux sur le marché.

272. On constatera d'ailleurs, que les règles impératives du droit public contiennent des offres permanentes à l'arbitrage, lesquelles ne constituent pas de simples disponibilités des personnes publiques de l'OHADA à participer à un arbitrage, mais, à donner effet aux sentences arbitrales qui les condamneraient dans l'intérêt des besoins de capitaux qui les ont conduites à se tourner vers le marché.

273. Aussi, les règles impératives du droit public sont-elles déterminantes pour l'exequatur des sentences arbitrales administratives en ce que, d'une part, les contrats soumis à ces règles relèvent d'un régime administratif d'ordre public³⁴², d'autre part, ce régime fonde la compétence des juridictions administratives³⁴³ et détermine l'étendue du contrôle de ces juridictions³⁴⁴.

l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », Ohadata, D-10-50, p. 6.

³⁴⁰ Sur la notion d'accord de développement économique, voy. D. C. SOSSA, *op. cit.*, notamment la sentence Texaco (California Asiatic Oil Company (Calasiatic) et Overseas Petroleum Company (Topco) c. Gouvernement de la République Arabe Libyenne (Fond, 19 janvier 1977, JDI 1977.350) où, après avoir relevé que les accords d'investissements constituent « une nouvelle catégorie d'accords entre Etats et personnes privées : les accords de développement économique », l'arbitre unique, René Jean Dupuy a précisé qu'ils sont caractérisés par leur objet « particulièrement ample », « ils ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter à un pays en voie de développement des investissements et une assistance technique, notamment dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales ou dans la construction d'usines... », leur longue durée impliquant « une étroite collaboration entre l'Etat et son cocontractant » et des « installations durables » et leur objectif de coopération. Voy. aussi, E. I. Nwogugu, « Legal Problems of Foreign Investments », 153 RCADI (1976-5), p. 167 ; J. N. Hyde, « Economic Development Agreement », 101 RCADI (1962-I), p. 271 ; Detlev F. Vagts »Transnational Business Problems », Mineola, N. Y., The Foundation Press Inc. 1986 (University Casebook Series) ; Didier Lamèthe, « Les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation. (Esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud) », JDI 1992.87.

³⁴¹ J.-M. JACQUET, « L'Etat, opérateur du commerce international », JDI, 1989, p. 657 et s.

³⁴² T. confl., 17 mai 2010, C3754, Publié au recueil Lebon, aff. Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c. Fondation Letten F. Saugstad ; Conseil d'Etat, 19/04/2013, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited : « Considérant, [...] que les marchés publics sont au nombre des contrats qui relèvent d'un régime administratif d'ordre public » ; C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

³⁴³ T. confl., 17 mai 2010, aff. Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c.

274. En tout état de cause, depuis l'arrêt *INSERM*³⁴⁵, les règles impératives du droit public ont joué un rôle prépondérant dans le développement de la pratique de l'arbitrage administratif français.

Ces règles ne figurant pas au nombre de celles relevant du droit OHADA, la question se pose de savoir si la CCJA est compétente lorsqu'un recours dirigé contre une sentence arbitrale administrative de l'OHADA « *implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public [...] relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* ».

B.- Des règles ne relevant pas du droit OHADA

275. L'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage est paradoxale, dans la mesure où le droit OHADA ne régit pas les relations entre personnes publiques et personnes privées dans le sens du droit public des affaires. Le droit OHADA n'est limité qu'au domaine du droit des affaires, comme évoqué tantôt, et ne s'étend pas aux règles impératives du droit public.

Ces dernières ont été, en France, les catalyseurs de l'incertitude qui caractérisait, comme en droit de l'arbitrage OHADA, le régime juridique de l'arbitrage en droit administratif. Elles sont « *relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* »³⁴⁶.

Fondation Letten F. Saugstad ; v. également, C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; T. confl., 24 avr. 2017, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

³⁴⁴ Sur l'étendue du contrôle du Conseil d'Etat sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international, v. C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; v. également C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

³⁴⁵ V. en ce sens, J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 162, n°218 : C.E. 19 avr. 2013, D., 2013, p. 1445, note P. CASSIA. Rev. Arb. 2013, p. 761, note M. LAAZOUZI ; Cah. Arb. 2013, p. 1083, note L. JAEGER et N. CHAHIB NOURAI ; Gaz. Pal. 30 mai 2013, n°150, p. 18, obs. M. GUYOMAR ; Dr. Adm., n°7, p. 29, note F. BRUNET ; JCP 2013, 748, note S. LEMAIRE.

³⁴⁶ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 160, n°215. T. confl., 17 mai 2010, D. 2010, p. 2633, note S. LEMAIRE ; AJDA 2010, p. 1564, note P. CASSIA. V. aussi M. LAAZOUZI, « L'impérativité,

276. Par ailleurs, la jurisprudence française s'est fondée sur ces mêmes règles pour déterminer, comme évoqué ci-avant, la compétence des juridictions administratives pour l'exequatur des sentences issues d'un arbitrage administratif et l'étendue du contrôle de celles-ci.

Cette solution a été retenue par l'arrêt *INSERM*³⁴⁷, confirmée par l'arrêt *SMAC*³⁴⁸ et confortée par l'arrêt *FOSMAX*³⁴⁹, lorsque « *le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique* »³⁵⁰.

Ce lien entre arbitrage administratif et contrats soumis aux règles impératives du droit public n'a pas été établi par le droit OHADA. L'extension de l'arbitrage à tous les contrats administratifs³⁵¹ n'a pas tenu compte de la spécificité de l'arbitrage administratif.

277. Au regard de la diversité des contrats administratifs³⁵² couverts par le droit de l'arbitrage OHADA, il y a lieu de distinguer les contrats soumis aux règles impératives du droit public, c'est-à-dire les contrats permettant d'assurer à l'Etat un apport de capitaux, du reste des contrats administratifs. En effet, si le régime juridique des contrats administratifs soumis aux règles impératives du droit public est désormais certain au regard de la jurisprudence française précitée, il y a lieu de les distinguer du reste des contrats administratifs, donc, des contrats administratifs ne relevant pas des règles

l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois. A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *Inserm c/ Fondation Saugstad* », Rev. crit. DIP 2010, p. 653 ; M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire *INSERM*) », Rev. arb. 2010, p. 253.

³⁴⁷ V. en ce sens, J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 162, n°218 : C.E. 19 avr. 2013, D., 2013, p. 1445, note P. CASSIA. Rev. Arb. 2013, p. 761, note M. LAAZOUZI ; Cah. Arb. 2013, p. 1083, note L. JAEGER et N. CHAHIB NOURAI ; Gaz. Pal. 30 mai 2013, n°150, p. 18, obs. M. GUYOMAR ; Dr. Adm., n°7, p. 29, note F. BRUNET ; JCP 2013, 748, note S. LEMAIRE.

³⁴⁸ CE, 19 avril 2013.

³⁴⁹ CE Ass., 9 novembre 2016, *Fosmax LNG* ; C.E., 20 juillet 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

³⁵⁰ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 160, n°215. T. confl., 17 mai 2010, D. 2010, p. 2633, note S. LEMAIRE ; AJDA 2010, p. 1564, note P. CASSIA. V. aussi M. LAAZOUZI, « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois. A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *Inserm c/ Fondation Saugstad* », Rev. crit. DIP 2010, p. 653 ; M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire *INSERM*) », Rev. arb. 2010, p. 253 ; C.E., 20 juillet 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

³⁵¹ Cf. art. 2 al. AUA.

³⁵² C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, 2009, n°23.

impératives du droit public, même si ces deux types de contrats sont, par ailleurs, soumis au principe de séparation entre juridiction judiciaire et juridiction administrative³⁵³.

278. Au sens de l'article 2, alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la spécificité des contrats dont les litiges sont arbitrables semble sans intérêt ; tous les contrats administratifs seraient arbitrables.

279. L'expression employée par le législateur OHADA à cet effet est « *quelle que soit la nature juridique du contrat* ». Or, comme nous venons de le voir, l'arbitrabilité des contrats administratifs ne peut être fondée simplement sur le fait que l'une des parties contractantes est une personne publique.

280. Et, le droit de l'arbitrage OHADA est un droit spécifiquement dédié au droit des affaires que l'extension aux personnes publiques devrait conduire à l'application du droit public des affaires.

281. Alors, si la compétence des juridictions administratives devrait être retenue sur le fondement du principe de la répartition de compétence entre juridiction judiciaire et juridiction administrative, elle devrait l'être davantage lorsque « *le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique* »³⁵⁴.

282. Historiquement³⁵⁵, le principe de répartition de compétence entre juridiction judiciaire et juridiction administrative, fondé en droit français par le dualisme juridictionnel, trouve son origine dans la loi des 16 et 24 août 1790 selon laquelle les « *fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives* » et de son corollaire interdisant aux juges, « *à peine de forfaiture, [de] troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions* ».

³⁵³ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », PUF, 2016, Paris, p. 150, n°214.

³⁵⁴ *Ibid*, *op. cit.*, p. 160, n°215.

³⁵⁵ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'évolution du contentieux administratif », 2017, synthèse d'actualité : août 2018. V. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, RFDA 1990. 698, étude G. VEDEL : « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel [...] relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif ».

Interdiction qui a dû être mal respectée, selon JULIEN-LAFERRIERE³⁵⁶, puisqu'il a fallu la rappeler, par le décret du 16 fructidor an III (1795) sous forme de « *défenses itératives faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit* ».

283. Selon le Professeur CHAPUS³⁵⁷, trois conséquences résultent du caractère d'ordre public des règles de compétence de la juridiction administrative :

- *d'une part, il n'est pas possible de déroger par voie conventionnelle à l'ordre des compétences ;*
- *d'autre part, si une partie à un litige porté devant la juridiction administrative l'estime incompétente, elle est en droit d'invoquer son incompétence en tout état de la procédure ;*
- *enfin, le juge administratif, estimant que l'ordre administratif n'est pas compétent, peut et doit relever d'office son incompétence (si aucune partie ne l'a invoquée) en tout état également de la procédure.*

284. Les données du problème de la compétence de la juridiction administrative évoquées ci-avant par le Professeur CHAPUS, appellent les trois précisions suivantes :

- *d'abord, la juridiction administrative a un caractère national. Ainsi, il appartient au juge administratif de déterminer ce que doivent être les conséquences, notamment quant à la responsabilité encourue par l'Etat, de ses manquements à ses obligations.*
- *ensuite, la compétence de la juridiction administrative est fondée sur le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.*
- *enfin, la détermination de la compétence de la juridiction administrative pose le problème de la liaison entre la compétence et le fond. Ainsi, « Selon que la compétence appartient à la juridiction administrative ou aux tribunaux judiciaires, le litige est jugé par application des règles du droit administratif ou des règles du droit privé ».*

³⁵⁶ F. JULIEN-LAFERRIERE, *op. cit.*

³⁵⁷ R. CHAPUS, « Droit administratif général », Tome 1, 15^e éd., Montchrestien 2001, p. 761-762, n°972.

285. Cependant, la nature juridique du contrat régissant les relations entre Etat et personne morale de droit privé n'est pas toujours évidente à caractériser. Dans l'affaire Benin Control SA contre Etat du Bénin, un débat a opposé publicistes et privatistes sur la question de savoir si ce contrat était de droit public ou de droit privé³⁵⁸.

286. Mais, le Professeur R. CHAPUS apporte sa lumière à cette question et concilie l'une et l'autre des positions scientifiques en présence. Il affirme à cet effet, que le contrat en cause peut être considéré comme un acte de gestion publique, et cela en raison, soit de ses clauses, soit de son objet, soit de son régime³⁵⁹.

287. Dans le cas d'espèce, le contrat en cause contenant une clause d'arbitrage CCJA, la conséquence du débat sur la nature juridique de ce contrat était de savoir si le contrôle de la sentence devrait relever de la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Cependant, il faut noter que cette sentence étant issue, non pas d'un arbitrage de droit commun, mais d'un arbitrage CCJA, les recours contre ladite sentence sont portés devant la CCJA³⁶⁰ elle-même, au sens des dispositions de l'article 29 et suivants du Règlement d'arbitrage révisé de la CCJA du 23 novembre 2017.

288. En tout état de cause, les Etats parties de l'OHADA ont la responsabilité de restaurer la confiance des investisseurs³⁶¹ par l'efficacité des textes régissant l'arbitrage administratif de l'OHADA ; car, le contrat administratif dont le contentieux est évoqué ci-dessus est soumis aux règles impératives du droit public.

289. Ainsi, en considérant que le recours à l'arbitrage est un consentement des personnes publiques à abandonner une partie de leurs prérogatives, en acceptant d'être

³⁵⁸ C. DAGBEDJI, « Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales », Thèse, Lyon, 2018, p. 29, n° 60.

³⁵⁹ Selon la formule synthétique du TC 20 janvier 1986, Coop. agricole de l'Arne, p. 446, DA 1986 n°155, cité par R. CHAPUS, « Droit administratif général », Tome 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, p. 548-549, n°721.

³⁶⁰ CCJA, Arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin.

³⁶¹ M. ASOUZU, cité par M. OKILASSALI, « La participation des Etats africains à l'arbitrage du CIRDI », Rev. Cam. De l'arb., n°13, Avril-Mai-Juin 2001, p. 12, note ironiquement [...] que « la plus grande contribution des Etats africains, en ce sens [*en matière d'exécution des sentences arbitrales*], consiste à résister aux décisions de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues contre lesdits Etats... ».

jugées par des personnes physiques de droit privé, il n'en est pas de même lorsqu'un recours est exercé contre la sentence rendue³⁶².

290. L'aptitude des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage, au sens de l'article 2, alinéa 2 de l'Acte uniforme, ne semble pas avoir pris en compte ces implications sous-jacentes à la pratique d'un arbitrage administratif.

291. Le problème du caractère moniste du droit de l'arbitrage OHADA ne se pose donc pas en termes d'unicité de la jurisprudence OHADA, mais, de l'efficace de ce type d'arbitrage laquelle conduira, sans aucun doute, à un dualisme juridictionnel, si on considère la nécessité de doter la phase de contrôle des sentences arbitrales administratives de règles spécifiques.

292. En droit français, dont la plupart des Etats parties de l'OHADA ont hérité, le principe, en matière d'arbitrage administratif, est à la prohibition du recours à l'arbitrage des personnes publiques. Principe général du droit public français³⁶³, cette prohibition est régie par l'article 2060 du Code civil³⁶⁴, en dépit des dérogations³⁶⁵ qui y ont été apportées au regard, là encore, de la position de demandeur de l'Etat sur le marché des capitaux.

³⁶² C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG : « Par décision du 3 décembre 2015, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a saisi le Tribunal des conflits de la question de compétence en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015. Celui-ci, par une décision du 11 avril 2016, a jugé que le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale ressortissait à la compétence de la juridiction administrative » ; Sur l'étendue du contrôle du Conseil d'Etat sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international, v. C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; v. également C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

³⁶³ Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage (dénommé Rapport Labetoulle du nom de son président) en date du 13 mars 2007 élaboré dans le cadre d'une réflexion sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux. Sur le principe général du droit public français relatif à l'interdiction des personnes publiques d'avoir recours à l'arbitrage, v. Concl. Gazier sur CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677, D.1958.517 ; C.E. Avis 6 mars 1986, n°339710, GACE n°15 ; CE 29 octobre 2004, Sueur et autres, Leb. p. 393, concl. Casas.

³⁶⁴ Ibid. Depuis la loi du 5 juillet 1972 ; auparavant l'interdiction de compromettre était tirée de la combinaison des articles 1004 et 83 du code de procédure civile de 1806 (C.E. Avis 14 août 1823, cité in Leb. 1824 p.633 ; C.E. 17 novembre 1824, Ouvrard c/ Ministre de la guerre, Leb. p.631 ; CE 23 décembre 1887, de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Leb. p.842 ; C.E. Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677).

³⁶⁵ Suivant le Rapport Labetoulle précité, certaines de ces dérogations ont visé des personnes publiques précisément identifiées ou des catégories de personnes publiques : le législateur a ainsi autorisé expressément la SNCF (Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, art. 25), la Poste (Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, art. 28) et RFF (Loi n°97-135 du 13 février 1997, art. 3) à recourir à l'arbitrage ; la loi du 9 juillet 1975 a, pour sa part, ouvert la possibilité au Gouvernement d'autoriser par décret certaines catégories d'établissements publics industriels et commerciaux à compromettre (Loi n°75-596 du 9 juillet 1975, modifiant l'article 2060 du code civil. V. le décret n°2002-56 du 8 janvier 2002 autorisant à compromettre des établissements publics à caractère industriel et commercial (secteur des mines et secteur de l'électricité et du gaz)). D'autres

293. Pourtant, la question de la compétence du juge administratif pour le contrôle des sentences arbitrales administratives n'a pas été occultée, comme en droit de l'arbitrage OHADA ou dans certaines législations nationales en la matière.

294. Certes, la solution française à la compétence juridictionnelle en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives, est jurisprudentielle. Elle affirme avec force la souveraineté de l'Etat français lorsque le contrat administratif en cause est soumis à une règle impérative du droit public pour reconnaître la compétence de la juridiction administrative.

295. C'est ainsi que, dans le cadre d'un contrat conclu entre personne publique et entreprise privée, un litige est survenu relativement à l'exécution ou à la rupture du contrat, et un arbitrage est intervenu³⁶⁶. Une sentence arbitrale a été rendue et la question s'est posée de savoir si celle-ci est justiciable du juge administratif.

296. A cette question, le Conseil d'Etat a répondu affirmativement, s'agissant d'une sentence se rapportant à un arbitrage interne, si le contrat en cause présente un caractère administratif³⁶⁷.

297. La réponse du Conseil d'Etat est également positive, s'agissant d'un arbitrage international (c'est-à-dire relatif à un contrat mettant en jeu les intérêts du

dérogations ont concerné certains types de litiges : notamment ceux relatifs à la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux (Loi du 17 avril 1906, article 69 ; art. 132 du code des marchés publics), ceux relatifs à l'exécution de contrats conclus entre des collectivités publiques et des sociétés étrangères « pour la réalisation d'opérations d'intérêt national » (Loi n°86-972 du 19 août 1986, art. 9 (intéressant la réalisation du parc Eurodisney)), ceux relatifs aux fouilles en matière d'archéologie préventive (Art. L 523-10 du code du patrimoine ; décret n°2004-490 du 3 juin 2004, art. 47 à 52), ceux relatifs aux contrats de partenariat (Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, art. 11). Par ailleurs, le recours à l'arbitrage a, depuis longtemps, été organisé spécialement par plusieurs traités internationaux relatifs à des ouvrages transfrontaliers (Ainsi, par exemple, pour le tunnel du Mont-Blanc (articles 16 et 17 de la convention franco-italienne du 14 mars 1953, publiée par le décret n°60-203 du 20 février 1960) ; pour le tunnel sous la Manche (article 19 du Traité signé à Cantorbéry le 12 février 1986 concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, publié par le décret n°87-757 du 9 septembre 1987) ; pour la ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne (article 10 de l'accord de Madrid du 10 octobre 1995, publié par le décret n°98-98 du 16 février 1998)). En outre, le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques cède pour le règlement des litiges mettant en cause « les intérêts du commerce international » (TC 19 mai 1958, *Myrton Steamship*, Leb. p.473 ; Cass. Civ. I 14 avril 1964, *ONIC* ; Cass. Civ. I 2 mai 1966, *Trésor public c/Galakis*. Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, art. 2).

³⁶⁶ O. Le BOT, « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », *Cah. Arb.* 2015, p. 243

³⁶⁷ V. p. ex. CE, Sect., 3 mars 1989, *Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)*, n° 79532, Lebon p. 69, concl. Guillaume et (*a contrario*) CE, 21 juil. 1972, *Sté « entreprise Ossude »*, n° 78563, Lebon. V. également P. DELVOLLE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », *RFDA* 2010, p. 973.

commerce international³⁶⁸), si ce contrat relève de l'un des quatre contrats administratifs visés par l'arrêt INSERM³⁶⁹, à savoir : marchés publics, conventions de délégation de service public, contrats de partenariat, conventions d'occupation du domaine public³⁷⁰. Cette position de la jurisprudence française est consacrée par une décision du 24 avril 2017 du Tribunal des conflits³⁷¹ confirmée, tout récemment, par le Conseil d'Etat³⁷².

298. La teneur des faits, dans cette affaire SMAC du 24 avril 2017, est la suivante. Le syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) et les sociétés *Ryanair Limited* et *Airport Marketing Services Limited* avaient conclu deux conventions ayant pour objet le développement d'une liaison aérienne régulière entre les aéroports de *Londres-Stansted* et d'Angoulême.

299. Après avoir résilié unilatéralement ces deux conventions, *Ryanair* a saisi la *London Court of International Arbitration (LCIA)* conformément à la clause d'arbitrage prévue dans ces conventions ; parallèlement, SMAC saisissait le Tribunal administratif de Poitiers du même litige.

300. Le Tribunal arbitral s'est déclaré compétent par une sentence avant dire droit du 22 juillet 2011, puis a admis la validité de la résiliation par une sentence du 18 juin 2012. La Cour d'appel de Paris, saisie en appel de l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence du 18 juin 2012, a soulevé le conflit de compétence et saisit le Tribunal des conflits, qui a jugé que :

« lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, il appartient en principe à la

³⁶⁸ L'article 1504 du Code civil définit l'arbitrage international comme celui « qui met en cause des intérêts du commerce international ». Tel est le cas, selon la jurisprudence judiciaire, de tout contrat comportant une transaction transfrontalière, c'est-à-dire lorsque des biens, des services ou des paiements traversent des frontières pour son exécution (v. p. ex. Civ. 1re, 30 mars 2004, Bull. civ. I, n° 97).

³⁶⁹ TC, 17 mai 2010, INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad, n° 3754, Lebon, p. 580.

³⁷⁰ Ce sont les contrats qui, selon l'arrêt INSERM, relèvent « d'un régime administratif d'ordre public ». Ils représentent quasiment toute l'activité contractuelle internationale de l'administration. Il en résulte que la compétence judiciaire, présentée comme le principe par l'arrêt INSERM, ne jouera en fait que rarement (elle portera essentiellement sur des contrats purement financiers, comme dans l'arrêt INSERM).

³⁷¹ TC, 24 avr. 2017, *Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited*, n° C 4075, publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000034478477>

³⁷² C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

juridiction judiciaire, statuant dans les conditions prévues au titre II du livre IV du code de procédure civile, d'une part, de connaître d'un recours formé contre la sentence si elle a été rendue en France et, d'autre part, de se prononcer sur une demande tendant à ce que la sentence, rendue en France ou à l'étranger, soit revêtue de l'exequatur ; que, toutefois, dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative (nous soulignons) »³⁷³.

301. En somme, on ne saurait parler de l'arbitrage administratif sans envisager la compétence des juridictions administratives lorsque le contrat litigieux est soumis aux règles impératives du droit public. Cette carence du droit OHADA a des conséquences sur les règles de contrôle des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

Section 2.- Les règles de contrôle des sentences arbitrales

302. Les règles de contrôle des sentences arbitrales déterminent la compétence du juge de l'exequatur, son contrôle et l'intensité de ce contrôle. Le juge de l'exequatur des sentences arbitrales a pour mission de contrôler la conformité desdites sentences avec les motifs, cas ou moyens de refus d'exequatur de ces sentences prévus par la loi. Mais, le rejet d'un recours en annulation d'une sentence confère l'exequatur à celle-ci³⁷⁴.

³⁷³ V. dans le même sens que T. confl., 17 mai 2010, aff. Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c. Fondation Letten F. Saugstad, C.E., 19 avr. 2013, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited ; C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; T. confl., 24 avr. 2017, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

³⁷⁴ C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG : « Le rejet de la requête des sociétés Tecnimont SpA et TCM FR SA confère l'exequatur à la sentence arbitrale (n° 22883/GR) rendue à Paris le 24 juin 2020 par le tribunal arbitral composé sous l'égide de la Chambre de commerce internationale ».

303. Donc, la mission de l'arbitre ne consisterait pas uniquement à trancher un litige³⁷⁵. Il doit veiller à l'efficacité de la sentence en y anticipant ces motifs d'annulation ou de refus d'exequatur. Le contrôle du juge d'exequatur consisterait ainsi à juger la mission de l'arbitre, c'est-à-dire, la sentence qu'il a rendue.

304. Mais, le contrôle ne consiste pas en une révision au fond de la sentence³⁷⁶. Le Conseil d'Etat a affirmé que ce contrôle « *doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée [...], mais sur la solution donnée au litige* »³⁷⁷. La Haute juridiction administrative française marque ainsi son attachement « *au sacro-saint principe de la prohibition de la révision au fond* »³⁷⁸.

305. Donc, le juge de l'annulation n'a pas le pouvoir de réviser la décision au fond. La Cour d'appel a pu légalement décider que les arbitres, en déclarant la résiliation d'un contrat fondée, s'étaient conformés à leur mission³⁷⁹. Ainsi, comme l'a réaffirmé le Professeur Th. CLAY, la formule de la cour ne varie pas : « *il n'appartient pas au juge de l'annulation de contrôler le fond de la décision attaquée* »³⁸⁰.

306. En somme, le contrôle des sentences arbitrales met en jeu la survie de l'arbitrage³⁸¹. C'est pourquoi, il est apprécié au regard des méthodes d'examen employées et de la nature du contrôle. Mais, ces méthodes d'examen des sentences arbitrales ne constituent pas des barrières infranchissables lorsque le contrôle met en cause, notamment, des mauvaises pratiques, des violations complaisantes de l'ordre public, de la corruption, du blanchiment, de la fraude. Le juge, dans ces cas non limitatifs, semble autorisé à aller

³⁷⁵ M. BOUCARON-NARDETTO, « Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage », Thèse, Université de Nice Sophia Antipolis, 2011, p. 316-317, n°378. V. aussi E. LOQUIN, « Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1038, 2009, n° 1. Le pouvoir juridictionnel est défini comme « *l'aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même, à trancher un litige par application des règles de droit ; [...]* » (L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7e éd., Paris, LexisNexis, 2011, p. 71, n° 106, référence citée par M. BOUCARON-NARDETTO, « Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 303) ; c'est le pouvoir « *qui a été conféré au juge – en général, et non à un juge particulier – de trancher les litiges en appliquant la règle de droit* » (V° « Compétence », par Ph. THÉRY, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, cité par M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*

³⁷⁶ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 559, n° 888.

³⁷⁷ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

³⁷⁸ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 163, n° 218.

³⁷⁹ 1^{ère} Civ. - 29 juin 2011, pourvoi n°10-16-680, BICC n°751 du 15 novembre 2011 et Legifrance. Cf. aussi site Internet : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/recours-en-annulation-arbitrage.php>

³⁸⁰ Cf. site Internet : https://www.jss.fr/Jusqu'ou_ira_le_controle_des_sentences_arbitrales_par_le_juge_-1299.awp

³⁸¹ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 559, n° 888.

au-delà d'une simple vérification de conformité, en l'occurrence, lorsque sont impliqués les biens et deniers publics.

307. Dans cette perspective, l'étude des règles de contrôle des sentences arbitrales nous amènera à présenter, tout d'abord, le contrôle du juge de l'exequatur (Paragraphe 1), ensuite, l'étendue de ce contrôle (Paragraphe 2), et enfin, l'émergence de la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA (Paragraphe 3).

Paragraphe 1.- Le contrôle du juge de l'exequatur

308. Le contrôle du juge de l'exequatur est l'exercice du pouvoir juridictionnel de ce dernier sur la sentence arbitrale. Ce pouvoir juridictionnel appartient à toute personne investie de l'autorité de trancher un litige³⁸². Mais, la compétence de le faire (de juger) relève d'un juge spécifique.

309. Ainsi, autant la convention d'arbitrage est attributive de compétence à l'arbitre³⁸³, autant la loi est attributive de celle du juge étatique. Il conviendra donc, de distinguer, ci-après, le pouvoir (A) de la compétence (B) du juge de l'exequatur. Le recours à ce dernier consiste à contrôler la mission de l'arbitre³⁸⁴, la sentence constituant la réalisation de celle-ci. C'est une compétence *ratione materiae* que le droit OHADA ne semble pas avoir attribué à la CCJA (C) en matière de sentences arbitrales administratives.

A.- Le pouvoir du juge de l'exequatur

310. Le pouvoir est une notion polysémique résultant d'actes juridiques. Aussi, le pouvoir peut-il résulter soit d'un acte juridictionnel, soit d'un acte non-juridictionnel. Dans

³⁸² J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 4, n°7. L'auteur affirme, à juste titre, que le pouvoir de juger n'est pas une prérogative exclusivement réservée à l'Etat et à ses autorités.

³⁸³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 226, n°290.

³⁸⁴ *Ibid.* V. aussi, Ph. THERY, « Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé) », Thèse, Université de Paris II, 1981, n°19, p. 20. Spécifiquement sur *La distinction entre compétence et pouvoir de juger*, v. M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 303, n°363.

sa conception non-juridictionnelle, le pouvoir³⁸⁵ désigne le document par lequel la personne qui mandate convient avec une autre, le mandataire, de lui donner une compétence pour réaliser un acte juridique à sa place. On dit "pouvoir", "mandat" ou "procuration" et quelquefois, bien que ce mot se réfère à une autre institution juridique, "délégation".

311. Le pouvoir donné par écrit résulte d'un acte sous signature privée ; en revanche, si l'acte juridique en vue duquel il est donné, doit être rédigé par acte authentique, le pouvoir doit être donné par acte notarié. Le pouvoir peut être "général" ou "spécial", c'est-à-dire pour accomplir une action déterminée.

312. Dans ce dernier cas, il est question de pouvoir "ad hoc". Par exemple lorsque la procédure est orale, les parties peuvent se faire représenter devant le Tribunal par un de leurs proches, ou pour les entreprises, par un membre de leur personnel, mais à condition que ce dernier dispose d'un pouvoir spécial. Ce type de pouvoir est non-juridictionnel. Il n'attribue pas à son titulaire, le pouvoir de juger, et n'entre donc pas dans le cadre de la présente étude.

313. Dans sa conception juridictionnelle, le pouvoir a été défini « *comme la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui* »³⁸⁶.

C'est « *l'aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même, à trancher un litige par application des règles de droit ; elle n'implique aucune comparaison entre l'aptitude respective de deux ou plusieurs juridictions* »³⁸⁷. Ce pouvoir est « *celui qui a été conféré au juge – en général, et non à un juge particulier – de trancher les litiges en appliquant la règle de droit* »³⁸⁸. Alors, le pouvoir juridictionnel est celui qui permet à un tribunal arbitral comme à un juge étatique de trancher un litige.

³⁸⁵ C'est aussi « la capacité légale de faire une chose, d'agir pour un autre dont on a reçu un mandat... ». Cf. site Internet <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Pouvoir.htm>

³⁸⁶ N. MATHEY, « Représentation », *Rép. Droit civ.*, Juillet 2017, Dalloz : E. GAILLARD, « La notion de pouvoir en droit privé », préf. G. CORNU, 1985, Economica, n° 214 s. – V. égal. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 1982, préf. D. HUET-WEILLER, Bibl. dr. privé, t. 172, LGDJ, n° 161 s. – A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, p. 57 s. – Comp. avec P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur la transformation du droit privé des rapports contractuels*, 2004, Bibl. dr. privé, t. 408, LGDJ, n° 16 s., qui définit le pouvoir comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui.

³⁸⁷ L. CADIET et E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 71, n° 106, cité par M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 303, n° 363.

³⁸⁸ V° « Compétence », par Ph. THÉRY, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture*

314. De manière spécifique, le pouvoir du juge de contrôle du pouvoir juridictionnel de l'arbitre est un pouvoir exclusif attribué à un juge étatique d'exercer un droit de contrôle sur l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

Ce pouvoir a pour but d'assurer la protection de l'administré, en ce qu'il permet au juge étatique de veiller à la bonne application de la loi régissant l'arbitrage, en général, et l'arbitrage administratif, en particulier.

De ce point de vue, il convient de noter que les articles 25 alinéa 1, et 30 de l'Acte uniforme donnent pouvoir au juge étatique de connaître des recours en annulation et des demandes d'exequatur des sentences arbitrales. Ce pouvoir est à distinguer de la compétence du juge de l'exequatur.

B.- La compétence du juge de l'exequatur

315. La confusion est vite entretenue entre pouvoir et compétence du juge de l'exequatur. Ainsi, « *Un juge ne peut être saisi d'une cause que dans la mesure où les dispositions sur l'organisation judiciaire et celles qui fixent les règles de procédure lui donnent le pouvoir de la juger* » ; ce pouvoir, c'est la "compétence"³⁸⁹.

Celui qui entend introduire un procès doit d'abord se demander quel est l'ordre de juridiction, administratif ou judiciaire, auquel appartient le tribunal qui sera amené à statuer sur le recours en annulation de sentence arbitrale qu'il entend introduire.

Cette conception, d'un point de vue procédural, se dédouble en compétence d'attribution ou compétence matérielle dite "compétence *ratione materiae*"³⁹⁰, et en compétence territoriale, encore désignée sous le terme "compétence *ratione loci*"³⁹¹.

juridique, op. cit., cité par M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*

³⁸⁹ Cf. site Internet <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/competence.php>

³⁹⁰ C'est l'aptitude (à connaître d'une affaire) déterminée par l'ordre auquel appartient la juridiction (tribunal civil ou juridiction répressive), par le degré de la juridiction (juge d'appel ou de première instance), par la nature de la juridiction (commerciale, prud'homale) et celle des affaires (divorce, filiation, etc.). Voy. G. CORNU (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, 7^{ème} édition, Paris, PUF, 2005, v° « Compétence ». C'est la compétence d'attribution, en latin *ratione materiae*, qui énonce que telle matière relève du domaine de tel tribunal.

³⁹¹ C'est l'aptitude (à connaître d'une affaire) déterminée par des critères géographiques : domicile ou résidence d'une partie, situation de l'immeuble litigieux, lieu du délit, etc. Voy. Gérard CORNU (Association

316. Par exemple, « *Le litige qui a trait à la réparation par une collectivité publique des conséquences dommageables de l'accident de service survenu à l'un de ses agents titulaires à l'occasion de l'exercice de ses fonctions n'entre pas dans le champ du régime de droit commun de l'indemnisation des accidents de travail institué par le code de la sécurité sociale. Il relève de la compétence de la juridiction de l'ordre administratif et ce, alors même que l'accident a été causé par un véhicule* »³⁹². Par définition, la compétence est « *essentiellement une notion fonctionnelle, qui permet, lorsque plusieurs organes sont investis d'un pouvoir identique, de désigner celui qui va l'exercer concrètement* »³⁹³. Bien que subtile, la notion de compétence permet de faire aisément la différence avec le pouvoir. En dépit de leur différence, il y a un lien qui établit une sorte de complémentarité entre les deux notions qui ressort très clairement à l'analyse suivante : « *Qu'un litige survienne, le juge est institué pour trancher en appliquant la règle de droit. Il faut un juge ; mais quel juge ? Le plus souvent en effet, le juge n'est pas unique. Il faut choisir. C'est, traditionnellement, à ce processus d'intervention du juge que l'on relie la notion de compétence* »³⁹⁴.

317. Afin d'opérer cette répartition de l'exercice du pouvoir juridictionnel entre les différentes juridictions, BOUCARON-NARDETTO³⁹⁵ a identifié différents critères à explorer, notamment, la matière litigieuse, les personnes en cause, le montant du litige, la volonté des parties, la localisation géographique des parties ou de certains éléments du litige. A ces critères, faudrait-il envisager la nature du litige et les règles de fond applicables.

318. En somme, la compétence permet de désigner l'organe juridictionnel qui pourra *exercer concrètement son pouvoir juridictionnel relativement à un litige déterminé*. V. CONSTANTINESCO, en comparant le pouvoir et la compétence, affirme que le

Henri Capitant), Vocabulaire juridique, 7^{ème} édition, Paris, PUF, 2005, v° « Compétence ». C'est la compétence territoriale, en latin *ratione loci*, qui détermine le tribunal devant être saisi d'une affaire en fonction de critères de localisation géographique (en règle générale, lieu du domicile du défendeur).

³⁹² *Ibid.* Cf. site Internet <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/competence.php> : Tribunal des conflits, 8 juin 2009, n° de pourvoi : 09-03697, BICC n°712 du 1^{er} décembre 2009 et Légifrance. V. aussi Tribunal des conflits, 21 mai 2001, n° 3249, Bull. 2001, T. et la rubrique "Tribunal des Conflits".

³⁹³ V° « Compétence », par Ph. THÉRY, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

³⁹⁴ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, op. cit., pp. 8-9, n° 10, cité par M. BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p. 302, n° 363.

³⁹⁵ M. BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p. 302, n° 363.

pouvoir (*Zuständigkeit*) est « le droit (ou le devoir) d'exercer une action »³⁹⁶ tandis que la compétence (*Kompetenz*) est « le droit à ce pouvoir »³⁹⁷.

319. On pourrait dire que la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir, tandis que le pouvoir est l'attribution, ou la somme d'attributions autorisées par le droit de la compétence. La méconnaissance de cette opposition entre pouvoir et compétence a plongé la doctrine dans de grandes difficultés pour penser le phénomène large de la délégation³⁹⁸.

320. Le renvoi du contrôle des sentences arbitrales de droit commun à la compétence des juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA, au sens de l'article 30 de l'Acte uniforme, est une sorte de territorialisation des décisions d'exequatur des sentences arbitrales dont le contrôle relève de la compétence de la CCJA, en vertu des articles 30.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA et 32 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Mais, la question est de savoir si le droit OHADA a envisagé la compétence *ratione materiae* de la CCJA en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives.

C.- La non-attribution de la compétence *ratione materiae* à la CCJA

321. Les carences du droit de l'arbitrage OHADA semblent s'étendre à la compétence de la CCJA en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives. Hormis les dispositions de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, il n'est prévu nulle part, de disposition relative à la compétence de la CCJA en la matière, encore moins celle des juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA.

322. L'article 25, alinéa 2 dudit Acte uniforme relatif au recours en annulation des sentences arbitrales et l'article 30 se rapportant à l'exequatur desdites sentences renvoient l'exercice du pouvoir juridictionnel, en ces matières, à la compétence des

³⁹⁶ V. CONSTANTINESCO, « Compétences de l'Union européenne », – juin 2011 (actualisation : avr. 2017), Dalloz.

³⁹⁷ *Ibid.*, *op. cit.*

³⁹⁸ *Ibid.*, *op. cit.*

juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA. En application de ces articles, les législations nationales des Etats parties de l'OHADA ont été actualisées et ont désigné les juridictions compétentes en matière de recours en annulation et d'exequatur des sentences arbitrales.

Il en est ainsi de la Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, de la République du Bénin. Cette loi a intégré de nouveaux chapitres relatifs d'une part, à la procédure de l'arbitrage, et d'autre part, à l'apposition de la formule exécutoire sur les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Aux termes de l'article 1168 de cette loi, « [...] *les demandes d'exequatur des sentences arbitrales sont portées devant le président du tribunal*³⁹⁹ *du lieu où l'exécution sera entreprise* ». Quant à l'article 1170, il dispose : « *Le recours en annulation [...] est porté devant la cour d'appel du siège de l'arbitrage par voie d'assignation* ».

323. En ce qui concerne l'apposition de la formule exécutoire, elle est effectuée par le greffier en chef de la cour d'appel de Cotonou. Il s'agit d'une formalité administrative et n'attribue au greffier en chef de la cour d'appel aucune compétence juridictionnelle. Les sentences arbitrales concernées sont celles rendues par la CCJA (Art. 1171 de la Loi précitée). En ce qui concerne, par exemple, les sentences CIRDI, l'apposition de la formule exécutoire est effectuée par la Cour suprême.

324. Au regard du droit béninois en matière de désignation de la juridiction compétente relativement à l'annulation et à l'exequatur des sentences arbitrales, le silence du droit de l'arbitrage OHADA à l'égard des personnes publiques a sans doute, influé sur les législations nationales des Etats parties de l'OHADA ; ce qui ne contribue

³⁹⁹ Aux termes de l'article 39 de la Loi n° 2001-37 portant organisation judiciaire en République du Bénin, le président du tribunal est le chef de la juridiction. A ce titre, il :

- préside toutes les audiences de son choix ;
- fixe les attributions des juges du siège ;
- distribue les affaires et surveille le rôle ;
- pourvoit au remplacement à l'audience d'un juge empêché, il est l'ordonnateur du budget de la juridiction il contrôle le fonctionnement du greffe de la juridiction.

En outre, avec l'accord du procureur de la République, il :

- convoque l'assemblée générale du tribunal ;
- surveille la discipline de la juridiction ;
- fixe le règlement intérieur du tribunal ;
- assure le fonctionnement du service de statistique du tribunal ;
- établit 'un rapport annuel, le fait adopter en assemblée générale du tribunal et l'adresse au président de la cour d'appel.

manifestement pas au développement de l'arbitrage administratif en dépit de la croissance des contrats publics.

325. Il s'agit d'une insécurité juridique qui, pour se conformer aux objectifs du Traité de l'OHADA, nécessiterait une révision aussi bien du droit de l'arbitrage OHADA que des législations nationales subséquentes. Car, les attributions des juridictions administratives n'ont pas évolué avec l'admission des personnes publiques à l'arbitrage⁴⁰⁰.

326. La nature particulière des personnes publiques⁴⁰¹ n'est-elle pas déterminante en arbitrage ? L'unicité des règles applicables à la procédure arbitrale devrait-elle ou s'étend-elle à l'exequatur des sentences issues de ce type d'arbitrage ?

327. En effet, certains arbitrages, en particulier certains grands arbitrages intervenus en matière pétrolière⁴⁰², accréditent l'idée d'une thèse de la spécificité irréductible de l'arbitrage administratif en raison de la présence d'un Etat. L'arbitrage spécifique du CIRDI⁴⁰³ est né de la reconnaissance par la communauté internationale de

⁴⁰⁰ Aux termes de l'article 53 de la Loi n° 2001-37 portant organisation judiciaire en République du Bénin, les tribunaux de première instance, en matière administrative, connaissent en premier ressort du contentieux de tous les actes émanant des autorités administratives de leur ressort. Relèvent de ce contentieux :

- 1°) les recours en annulation pour excès de pouvoir des décisions des autorités administratives ;
- 2°) les recours en interprétation des actes des mêmes autorités sur renvoi des autorités judiciaires ;
- 3°) les litiges de plein contentieux mettant en cause une personne morale de droit public sauf les exceptions prévues par la loi ;
- 4°) les réclamations des particuliers pour les dommages causés par le fait personnel des entrepreneurs concessionnaires et régisseurs de l'administration ;
- 5°) le contentieux fiscal. V. aussi, l'art. 818, Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes.

⁴⁰¹ Cf. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 150, n°200 et s. Sur la question de savoir si les personnes publiques peuvent participer à des procédures d'arbitrage, le Professeur RACINE affirme que cette question est généralement désignée sous l'appellation d'arbitrabilité subjective, « en référence à la nature particulière appelées à être parties à une convention d'arbitrage ».

⁴⁰² Cf. P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage OHADA », *op. cit.*, p. 40, n° 74. Il affirme que la sentence la plus célèbre dans ce domaine reste celle rendue par l'arbitre unique dans l'affaire opposant Texaco-Calasiatic au Gouvernement libyen (J.D.I., 1977, p. 350 et s.). Voy. aussi la sentence Liamco du 12 avril 1977 (Rev. Arb., 1980, p. 132 et s.).

⁴⁰³ P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », *op. cit.*, p. 72, n° 116. Sur cette convention, voy. Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, Pedone, 1969 ; G. R. DELAUME, « Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). La pratique du CIRDI », J.D.I., 1982, p. 775 et s. ; P. H. OUAKRAT, « La pratique du CIRDI », D.P.C.I., 1987, p. 273 et s. Voy. les chroniques des sentences arbitrales du CIRDI au J.D.I. commentées par E. GAILLARD. V. aussi CCJA, 17 avr. 2014, Etat du Mali c/ CFAO, Cah. de l'Arb., n°3, du 1/11/2015, p. 561, note A. NGWANZA. V. à ce sujet, H. FOUILLET, « Le Consentement de l'Etat à l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », cf. site Internet : <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/11/Le%20consentement%20de%20l'Etat%20%c3%a0%20l'arbitrage%20CIRDI.pdf>

V. aussi, A. PINNA, « Réflexions sur l'arbitrage forcé », PLACARD gp132399.sgm GAZETTE DU PALAIS, p. 1. L'auteur définit l'arbitrage forcé comme la situation dans laquelle la loi impose (ce qui n'est

cette nature spécifique des personnes publiques. Le droit français de l'arbitrage s'inscrit également dans cette reconnaissance de la spécificité de l'arbitrage administratif⁴⁰⁴.

328. En matière interne, l'arbitrage n'est admis en droit public français que sous certaines conditions, notamment, la nécessaire application de la loi française, ce qui exclut (nous soulignons bien), comme l'affirme le Professeur RACINE, « *l'application d'un droit étranger, ainsi que le recours à l'amicable composition* »⁴⁰⁵.

329. De toute manière, la loi française est applicable à un recours en annulation lorsque le siège de l'arbitrage se situe sur le territoire français. Elle l'est également à l'occasion d'une demande d'exequatur dans la perspective d'une exécution forcée sur le territoire français.

330. Des conséquences de la nécessaire application de la loi française, c'est l'exclusion de l'amicable composition qui constitue une réelle différence avec l'arbitrage de droit commun. Cette exclusion est assez juste pour raisons, notamment, de transparence et de lutte contre la corruption.

pas le cas du droit de l'arbitrage OHADA) aux plaideurs une juridiction d'exception et décide d'appliquer à celle-ci, au moins partiellement, le régime de l'arbitrage volontaire. En d'autres termes, soit l'une, soit les deux parties ne disposent pas du choix de recourir à l'arbitrage et ce qui compte pour qu'il y ait arbitrage forcé c'est la disparition de la liberté des plaideurs du choix du principe même de l'arbitrage, peu importe qu'ils puissent retrouver une emprise sur la procédure, notamment par la nomination des arbitres. De cela il résulte, comme il a été démontré, que l'arbitrage forcé ne peut pas s'analyser comme un arbitrage au sens propre du terme, mais doit être qualifié de juridiction d'exception. V. Ch. Jarrosson, *op. cit.*, no 14-26 ; du même, Les frontières de l'arbitrage, *Rev. arb.* 2001, 5. V. aussi, F. Rigaux, Souveraineté des Etats et arbitrage transnational, *Mélanges B. Goldman, Litec*, 1983, p. 262, spéc. n°5. Déjà, G. Ballardore Pallieri, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, *RCADI*, vol. 51, 1935, nos 287 et s., spéc. p. 312 et s.

⁴⁰⁴ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 150, n°200 et s. En matière interne, l'art. 2060 al. 1 du Code civil dispose : « On ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics [...] ». Mais, cette interdiction de principe reçoit quelques exceptions à l'alinéa 2 du même article en ces termes : « Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». Voy. aussi, A. Mestre, « Les établissements publics industriels et commerciaux et le recours à l'arbitrage (l'apport de l'article 7 de la loi du 9 juillet 1975) », *Rev. Arb.* 1976, p. 3. Le Professeur RACINE a ajouté également, pour une affirmation d'un principe d'interdiction de compromettre applicable même aux établissements publics industriels et commerciaux, v. Cons. d'Etat, 13 déc. 1957, D. 1957, p. 517, *Concl. Gazier*, note Lhuillier ; D. 1958, p. 699, note J. Robert ; JCP 1958, II, 10800, note Motulsky, reproduits in *Ecrits II*, *Ecrits et notes sur l'arbitrage*, préf. Cl. Reymond, Dalloz, 2010, p. 103 ; AJDA 1958, II, p. 91, *chron.*, Fournier et Braibant ; *Rev. Arb.* 1958, p. 20. En revanche, en matière internationale, la règle prohibitive contenue depuis 1972 à l'article 2060 du Code civil est écartée dans la sphère internationale. Initialement dégagée dans le cadre du commerce maritime, la solution s'applique à toutes les formes du commerce international au sens de l'article 1504 CPC. Par ailleurs, la règle est indifférente à la nature du contrat litigieux. La cour d'appel de Paris a en effet, décidé qu'il importait peu que le contrat soit administratif ou non (Paris, 15 juin 2006, *Rev. Arb.* 2006, p. 864).

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 154, n°207 et s. V. M. AUDIT, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. Arb.* 2004, p. 541.

331. En matière internationale, il faut remarquer que, malgré le libéralisme du régime de l'arbitrage international impliquant les personnes publiques, la spécificité de l'arbitrage administratif s'est affirmée sur le terrain de la compétence juridictionnelle⁴⁰⁶.

Mais, au contraire, d'autres arbitrages, selon le Professeur MEYER⁴⁰⁷, ne paraissent tirer aucune conséquence particulière résultant de la participation d'un Etat à l'arbitrage. La jurisprudence CCI permet ainsi de constater, selon le même auteur, que de nombreux litiges, opposant l'Etat et une personne privée étrangère sont dénoués devant les juridictions arbitrales de l'institution sans spécificité par rapport au contentieux opposant deux personnes privées.

332. Le droit uniforme africain de l'arbitrage, selon les termes du Professeur MEYER, paraît se rallier à la dernière conception en ce qu'il ne contient qu'une seule règle qui envisage le cas particulier de l'arbitrage dans lequel un Etat, ou un établissement public, est présent.

Il s'agit de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage lequel aurait pour effet de « banaliser » la présence de l'Etat à l'arbitrage. L'auteur conclut en disant qu'il n'est pas impossible d'induire que le législateur africain a considéré que ce type d'arbitrage relevait du droit commun de l'arbitrage privé⁴⁰⁸.

Mais, la question qui se pose est de savoir si le droit commun de l'arbitrage privé est applicable à l'exécution des sentences arbitrales administratives alors que sont en cause des règles du droit public.

333. Il convient de rappeler que l'arbitrage est une institution commune au droit privé et au droit public⁴⁰⁹. Il est régi par des principes fondamentaux de procédure applicables à tout arbitrage⁴¹⁰ de droit privé et de droit public.

⁴⁰⁶ C.E., 19 avr. 2013, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited.

⁴⁰⁷ P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », éd. Bruylant, 2002, p. 40, n° 74 et s.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ M. BOUCARON-NARDETTO, « Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage », Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2011, p. 23, n°12. Pour une étude commune au droit international privé et public, l'auteur de cette thèse a cité J. RIDEAU, *L'arbitrage international (public et commercial)*, Paris, Armand Colin, 1970. Les traces de l'arbitrage international public sont anciennes : cf. notamment S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000.557 ; D. ROEBUCK, « *Cleopatra Compromised : Arbitration in Egypt in the First Century BC* », 2008, 74, *Arbitration*, 3, 263 ; VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, « L'arbitrage dans la Grèce antique, époques archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000.9 ; Q. D. NGUYEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 964, n° 525.

334. Cependant, s'il est aisé de cerner le régime juridique de l'exécution des sentences issues d'un arbitrage de droit privé⁴¹¹, celui de l'exécution des sentences issues d'un arbitrage de droit public, c'est-à-dire, l'arbitrage de droit administratif, « *est assez incertain* »⁴¹².

En effet, la question se pose de savoir s'il faut appliquer, comme l'a affirmé le Professeur RACINE, « *les règles du Code de procédure civile ou bien [s'il y a] un régime particulier de l'arbitrage administratif* »⁴¹³.

335. Lorsqu'on analyse les différentes étapes d'un processus arbitral telles qu'identifiées par CUPERLIER⁴¹⁴, l'application des règles du droit public semble s'imposer à l'exequatur et à l'exécution effective des sentences arbitrales administratives.

Ce qui nous amène à penser que le droit commun de l'arbitrage privé ne devrait s'appliquer qu'aux deux premières étapes du processus arbitral, à savoir, la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage et la participation à l'arbitrage ; l'exequatur de la sentence et son exécution proprement dite nécessitant l'application de règles du droit public.

336. En somme, la compétence *ratione materiae* de la CCJA, en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives, est inexistante ou n'a pas été

⁴¹⁰ Cf. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 393, n° 587 et s. sur les principes fondamentaux de procédure applicables à tout arbitrage. Voy. également, G. KAUFMANN-KOHLER, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth. L'auteur affirmait qu'on a transposé à des litiges mixtes de droit commercial et de droit international public, une méthode de règlement des différends destinée initialement à la résolution de litiges commerciaux opposant deux opérateurs privés. Bien que cette méthode ait fait ses preuves, il se trouve que la composante essentielle de l'intérêt public n'y a pas été intégrée. En évoquant la question de l'intérêt public, l'auteur plaide pour la transparence par opposition à la confidentialité de l'arbitrage commercial. Ce qui permet d'envisager les spécificités de l'arbitrage impliquant les personnes publiques.

⁴¹¹ En fonction du type d'arbitrage (CCJA ou arbitrage droit commun), l'exécution d'une sentence issue d'un arbitrage de droit privé est régie, au Bénin, par le Titre IV du Traité de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes de la République du Bénin.

⁴¹² Cf. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 162, n° 218.

⁴¹³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 162, n° 218.

⁴¹⁴ O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in M. AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. J.-B. AUBY), Bruylant 2011. L'auteur a identifié quatre étapes du processus d'arbitrage : la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, la participation à l'arbitrage, l'exequatur de la sentence et son exécution proprement dite. La reddition de la sentence n'a pas été considérée comme l'une des étapes. Mais, dans la présente étude, cette étape nous paraît importante au regard des limites du pouvoir juridictionnel des arbitres à l'égard des personnes publiques. On note que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, examiné *supra*, règle les deux premières étapes en son article 2, alinéa 2, et reste muet à propos des trois dernières étapes, celles relatives à l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA.

envisagée par le droit de l'arbitrage OHADA. Cependant, les décisions accordant ou refusant l'exequatur rendues par la CCJA en matière de sentences arbitrales administratives, ce que nous aborderons dans le chapitre suivant, traduisent la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA. C'est l'étendue du contrôle du juge de l'exequatur des sentences arbitrales administratives.

Paragraphe 2.- L'étendue du contrôle du juge de l'exequatur

337. « *Jusqu'où ira le contrôle des sentences arbitrales par le juge ?* » Lorsque le contrôle, au lieu de se limiter à « *la solution donnée au litige* »⁴¹⁵, s'étend à « *la qualification que les arbitres ont donnée* »⁴¹⁶, ne sommes-nous pas en présence d'une révision au fond de la sentence ? C'est à cette évolution du contrôle du juge de l'exequatur que le Professeur Th. CLAY a été invité à répondre au cours d'un dîner débat en 2018⁴¹⁷. Cette question est importante pour son actualité et l'est davantage pour les Etats parties de l'OHADA dont le droit de l'arbitrage n'a pas envisagé de règle spécifique à l'exequatur des sentences arbitrales administratives.

338. Selon l'orateur, « *De la lecture des cinquante-quatre arrêts rendus en matière d'arbitrage par la Cour d'appel de Paris depuis le 1^{er} janvier 2016, il ressort des interrogations sur l'évolution des méthodes d'examen des sentences arbitrales ainsi que sur la nature du contrôle des sentences arbitrales* »⁴¹⁸.

En effet, les méthodes d'examen de ces sentences basées, en principe, sur le contrôle superficiel prévu par les textes semblent faire place à de nouvelles pratiques. Il en est de même de la nature du contrôle qui semble remettre en cause le principe de l'autonomie de l'arbitrage. Mais, en dépit de la menace à la survie de l'arbitrage qu'entraîneraient ces nouvelles pratiques d'examen des sentences arbitrales et la nature de leur contrôle, est-ce

⁴¹⁵ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

⁴¹⁶ Th. CLAY, « Jusqu'où ira le contrôle des sentences arbitrales par le juge ? », intervention du Professeur Th. CLAY au Dîner-débat organisé par l'Association Française de l'Arbitrage, publiée le 18/06/2018. Cf. site Internet : https://www.jss.fr/Jusqu'ou_ira_le_controle_des_sentences_arbitrales_par_le_juge_-1299.awp

⁴¹⁷ *Ibid.*, op. cit.

⁴¹⁸ *Ibid.*, op. cit. : il y aurait une tendance qui laisse entendre que le contrôle du juge sur les sentences arbitrales s'affermirait et que ce mouvement ne serait pas terminé. Le taux élevé du nombre d'annulation est une donnée moins pertinente que les causes d'annulation.

une raison pour que l'arbitrage devienne le siège des mauvaises pratiques, de violation complaisante de l'ordre public, de la corruption, du blanchiment, de la fraude, etc. ?

339. Le temps du « laisser faire » semble désormais révolu⁴¹⁹. Lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre une sentence arbitrale administrative, le Conseil d'Etat doit s'assurer, le cas échéant d'office, de :

- la licéité de la convention d'arbitrage ;
- la régularité des conditions dans lesquelles ladite sentence a été rendue ; et
- la non-contrariété de cette sentence à l'ordre public⁴²⁰.

340. Ce contrôle constituerait-il une révision au fond de ladite sentence ? La révision au fond d'une sentence arbitrale constituerait-elle une menace pour l'autonomie de l'arbitrage, pour ne pas dire, comme le Professeur Th. CLAY, « *sa survie* »⁴²¹ ? Quelles sont les méthodes d'examen et la nature du contrôle des sentences arbitrales administratives de la CCJA en matière d'exequatur de ces sentences ?

341. Nous tenterons de répondre à ces questions en abordant, d'une part, le contrôle du pouvoir juridictionnel de l'arbitre (A), et d'autre part, les domaines couverts par ce contrôle (B).

A.- Le contrôle du pouvoir juridictionnel de l'arbitre

342. Tout part, en effet, de l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Donc, ne pas l'inclure dans la présente analyse peut être une banalisation de sa mission d'arbitre, en ce moment où le développement de la pratique de l'arbitrage administratif mériterait d'être soutenu.

343. La sentence arbitrale est rendue par l'arbitre avant de devenir la matière du contrôle du juge étatique. Certains auteurs voudraient bien se passer de ce contrôle. Même

⁴¹⁹ Th. CLAY, *op. cit.*

⁴²⁰ Sur l'étendue du contrôle du Conseil d'Etat sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international, v. C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; v. également C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

⁴²¹ Cf. site Internet : https://www.jss.fr/Jusqu'ou_ira_le_controle_des_sentences_arbitrales_par_le_juge_-1299.awp

si cela est envisageable au regard des arbitrages spécifiques, comme celui du CIRDI et du Centre d'arbitrage de la CCJA, l'arbitrage de droit commun conserve un volet juridictionnel dont le contrôle ne doit pas aboutir à « *une reprise en main de l'arbitrage par le juge étatique* »⁴²².

344. Le pouvoir juridictionnel de l'arbitre est indépendant des actes qui l'ont investi en qualité d'arbitre, notamment, la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre⁴²³. Il s'agit de savoir ce qu'il est permis ou non à un arbitre de faire dont le non respect est sanctionné par le juge étatique soit par l'annulation ou par le refus d'exequatur de sa sentence.

Il se définit « *par le fait d'être habilité à prononcer une décision mettant fin à un litige ; cela peut se dire, en effet, d'un arbitre* »⁴²⁴ : « *l'arbitre se voit reconnaître par la loi un pouvoir juridictionnel, [...] c'est-à-dire le pouvoir de trancher un litige qui lui est soumis en disant le droit, ou l'équité [...], et de rendre une décision appelée sentence [...] qui s'imposera aux parties* »⁴²⁵. Ce pouvoir ne se confond ni avec la validité et l'existence de la convention d'arbitrage ni avec l'investiture, a précisé M. BOUCARON-NARDETTO⁴²⁶.

345. Le pouvoir juridictionnel de l'arbitre comporte certaines nuances en fonction du niveau d'instruction du dossier. Selon le Professeur J.-B. RACINE, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre distingue, les pouvoirs de l'arbitre relatifs à la procédure arbitrale, des pouvoirs relatifs au contrat⁴²⁷ ; ou bien, la *jurisdictio* (pouvoir de dire le droit), de l'*imperium*⁴²⁸, c'est-à-dire, l'*imperium mixtum*⁴²⁹ (la *jurisdictio* étant considérée

⁴²² *Ibid.*, *op. cit.*

⁴²³ Voy. J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 227, n° 291 et s.

⁴²⁴ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, t. 217, p. 319, cité par M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316.

⁴²⁵ V° « Compétence-compétence », in O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Rennes, PUR, Didact Droit, 2011, cité par M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 316, n° 377. V. sur la question de l'investiture de l'arbitre, J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 227, n°291 et s.

⁴²⁷ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préface B. OPPETIT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1987, p. 219, n° 457, cité par M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316.

⁴²⁸ Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p. 247, n° 6. L'*imperium*, « le pouvoir de commandement et de contrainte », il est défini plus précisément comme l'« ensemble des prérogatives appartenant à l'Etat, liées à sa souveraineté, exercées dans les limites de son territoire, et concernant ses pouvoirs de commandement ou de contrainte de juridiction » (*Ibid.*, p. 278, n° 81), in M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316, n°377.

⁴²⁹ C'est le pouvoir de prononcer une mesure conservatoire ou provisoire ou d'enjoindre à produire un élément de preuve à peine d'astreintes. E. LOQUIN, « L'arbitre et l'astreinte », *Rev. arb.*, 1993.296 ; Ch.

comme « une part de l'*imperium* »⁴³⁰), de l'*imperium merum* et de l'*imperium summum*⁴³¹. En outre, contrairement au juge étatique, lequel ne peut juger qu'en droit⁴³², l'arbitre peut juger aussi bien en droit qu'en amiable composition⁴³³.

Ce pouvoir, résultant des dispositions de l'article 15 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage⁴³⁴, s'exerce à l'occasion de la reddition⁴³⁵ des sentences arbitrales dont l'objectif est de veiller à l'efficacité desdites sentences par l'évitement de tout risque d'annulation⁴³⁶ ou de refus d'exequatur.

JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », *op. cit.*, pp. 271-274. Anciennement reconnu par la jurisprudence (CA Paris, 24 mai 1991, *Rev. arb.*, 1992. 636, obs. J. PELLERIN), qualifié de « *prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel* » (CA Paris, 7 oct. 2004, *Rev. arb.* 2005.735, note E. JEULAND), le pouvoir de prononcer des astreintes est reconnu par les articles 1467 al. 2 et 1468 al. 1 CPC. V. M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316.

⁴³⁰ M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316.

⁴³¹ Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p. 245 ; D. CHEKROUN, « L'*Imperium* de l'arbitre », *APD*, 2009, t. 52, p. 135. V. M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316.

⁴³² Mais, il conviendrait de nuancer cette affirmation. V. J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 83, n° 90 et p. 505, n° 794.

⁴³³ M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.* p. 317 : C'est, en substance, le cœur de la définition du pouvoir de juger, celle de statuer sur le fond du litige. L'article 1478 CPC, reprenant l'ancien article 1474 CPC, met en évidence deux modalités distinctes du pouvoir juridictionnel, modalités principales du droit de l'arbitrage : statuer en droit ou en amiable composition. V. aussi E. LOQUIN, « Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1038, 2009, n° 1 : « [l]'article 1474 du Code de procédure civile pose les règles qui régissent les pouvoirs des arbitres pour trancher le fond du litige ». En application de l'article 1474 du Code de procédure civile, lorsque des personnes décident dans leur contrat ou dans une convention de recourir à l'arbitrage en cas de litige les opposant, elles peuvent donner à l'arbitre ou aux arbitres le pouvoir de statuer " comme amiables compositeurs ". Cf. site Internet :

<https://www.juritravail.com/lexique/Amiablecompositeur.html>

⁴³⁴ L'art. 15, al. 1 et 2 AUA, dispose « Le tribunal arbitral tranche le fond du différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. A défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte, le cas échéant, des usages du commerce international. Il peut également statuer en amiable compositeur lorsque les parties lui ont conféré ce pouvoir ». V. en droit français, l'art. 1478 CPC, lequel dispose que « [l]e tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition ». C'est, en substance, comme l'affirme M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 317, le cœur de la définition du pouvoir de juger, celle de statuer sur le fond du litige. V. en ce sens, E. LOQUIN, « Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1038, 2009, n° 1 : « [l]'article 1474 du Code de procédure civile pose les règles qui régissent les pouvoirs des arbitres pour trancher le fond du litige ».

⁴³⁵ M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, p. 316. L'auteur affirme qu'une fois l'instance arbitrale achevée par la reddition de la sentence, les contrôles étatiques retrouvent alors leur légitimité. Un seul mot d'ordre guide la matière : ne pas perturber l'engagement et la poursuite de l'instance arbitrale par une quelconque contestation de la convention d'arbitrage, ou tout autre grief. Le même mouvement a été constaté avant nous pour l'ordre public, qui s'est déplacé du stade de la convention d'arbitrage vers la sentence. L'objectif est de préserver l'efficacité et l'utilité de l'institution arbitrale, en neutralisant toutes tentatives de perturbation émanant des parties. V. aussi J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, avant-propos de L. BOY, préface Ph. FOUCHARD, Paris, LGDJ, 1999.

⁴³⁶ Par définition, l'annulation est un recours exceptionnel destiné à assurer une protection contre la violation de principes fondamentaux du droit qui régissent la procédure. Le recours en annulation d'une sentence

346. En somme, la sentence arbitrale, acte juridictionnel (dont le contenu échappe au bon vouloir des parties)⁴³⁷, est l'œuvre constatant l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

347. Le contrôle du juge de l'exequatur portant sur le produit du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, la question se pose de savoir si la mission de l'arbitre ne serait pas comparable à celle d'un juge administratif.

348. Dans l'hypothèse où le contrôle de cette sentence relèverait de la compétence de ce dernier, l'arbitre devrait, en principe, faire en sorte de prendre en compte dans sa décision les domaines couverts par ce juge.

B.- Les domaines couverts par le contrôle du juge d'exequatur

349. S'agissant du contrôle des sentences arbitrales en droit public, aucune règle spécifique n'a été adoptée. Le contrôle du juge compétent est d'origine jurisprudentielle. En droit français, le Conseil d'Etat affirme que *« lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public »*⁴³⁸.

350. On peut donc déduire de cette jurisprudence française que le contrôle des sentences arbitrales en droit public porte sur, d'une part, la licéité de la convention d'arbitrage (1), d'autre part, la régularité des conditions dans lesquelles la sentence a été rendue (2), et enfin, la non-contrariété de ladite sentence à l'ordre public (3).

arbitrale est un recours exceptionnel destiné à assurer une protection de ladite sentence contre la violation de principes fondamentaux régissant la procédure arbitrale. Cf. site Internet :

<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Post-Award-Remedies-Convention-Arbitration.aspx>

⁴³⁷ Contra, V. HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », Rev. arb. 2015, p. 3, cité par J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », 1^{ère} éd., PUF, 2016, p. 8, n° 17.

⁴³⁸ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

1.- Sur la licéité de la convention d'arbitrage

351. La licéité de la convention d'arbitrage⁴³⁹ est l'une des conditions de validité des sentences arbitrales. Elle s'entend de l'acceptation de cette dernière par la partie à laquelle on l'oppose. « *De la même manière que les règles impératives d'ordre public doivent être contrôlées, la licéité de la clause compromissoire doit l'être* »⁴⁴⁰.

352. Conformément à l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et à l'article 29.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, le premier motif d'annulation d'une sentence arbitrale, lequel figure encore à l'article 30.5 dudit Règlement comme premier cas de refus d'exequatur est de savoir « *si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée* ».

353. Statuer sans convention d'arbitrage est un défaut ou une absence de convention d'arbitrage. L'absence de convention d'arbitrage peut être, par exemple, une question d'inefficacité, laquelle peut se mesurer par rapport aux parties ou par rapport au litige tranché par les arbitres.

354. La nullité de la convention d'arbitrage suppose un vice affectant sa formation. Ce vice peut résulter d'un défaut de conditions tenant aux parties, à l'arbitrabilité du litige ou encore aux conditions de forme.

355. S'agissant d'un vice affectant la formation de la convention d'arbitrage et tenant aux parties à ladite convention, la CCJA⁴⁴¹ a, à juste titre, relevé que l'absence de preuve du consentement de l'une des parties impliquait l'absence de convention d'arbitrage. En l'espèce, la CCJA⁴⁴² a jugé qu'en l'absence de convention arbitrale écrite, le consentement verbal à l'arbitrage de l'une des parties n'avait pas pu être établi.

⁴³⁹ J.-P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Travaux du Comité français de droit international privé Année 1994 11 pp. 75-119, cf. site Internet : https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1994_num_11_1991_1203 ; P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », Bruylant Bruxelles, 2002, pp. 252-253, n°435 ; J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 161, n°216, Table ronde organisée le 7 décembre 2010 par l'Institut d'études de droit public de la Faculté de Sceaux, JCP, A 2011, 2040 ; v. aussi table ronde du 6 février 2014, organisée par la Revue du droit public et le Centre de Recherches en Droit Administratif (CRDA) de l'Université Panthéon-Assas, RDP 2014, n° 3, p. 603.

⁴⁴⁰ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 161, n°216.

⁴⁴¹ CCJA, arrêt n°039/2014, 17 avr. 2014.

⁴⁴² CCJA, arrêt n°039/2014, 17 avr. 2014.

356. Quant à l'expiration de la convention d'arbitrage, elle recouvre l'expiration du délai d'arbitrage. La conséquence de l'expiration du délai d'arbitrage est la nullité de la sentence qui aurait été rendue alors que le délai a expiré et n'a pas été prorogé.

357. Dans un arrêt du 30 septembre 2008, la Cour d'appel du Centre du Cameroun relève que le délai d'arbitrage du règlement d'arbitrage du GICAM est de six mois et que la sentence querellée a été rendue au-delà de ce délai. Dans cet arrêt, ce motif d'annulation est constitué du non-respect de sa mission par le tribunal arbitral alors qu'il est un moyen spécifique d'annulation des sentences arbitrales⁴⁴³.

358. En droit de l'arbitrage français, le motif de « *tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée* » est libellé « *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent* (art. 1492-1° et 1520-1° CPC) »⁴⁴⁴. Avant la réforme de janvier 2011, les textes mentionnaient comme cas d'ouverture le fait que l'arbitre avait statué « *sans convention d'arbitrage ou sur convention d'arbitrage nulle ou expirée* », comme en droit de l'arbitrage OHADA.

359. Dans tous les cas, l'élément essentiel est la portée du contrôle du juge de l'annulation sur la compétence des arbitres. Ce contrôle, selon le Professeur RACINE, est total⁴⁴⁵. La Cour de cassation a ainsi décidé que « *le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage [...]* »⁴⁴⁶.

Donc, l'objectif sous-jacent du motif d'annulation, « *le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée* », prévu à l'article 26

⁴⁴³ Cf. commentaire Code vert de l'OHADA, sous art. 12 et 26 AUA ; CA Centre (Cameroun), arrêt n°52/civ., 6 févr. 2008 : Ohadata J-10-249.

⁴⁴⁴ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 584, n° 942. L'auteur a cité D. MOURALIS, « Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations », *Cah. Arb.* 2012, p. 167. Sur le principe de compétence-compétence, v. M. BOUCARON-NARDETTO, « Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage », Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2011.

⁴⁴⁵ *Ibid*, *op. cit.*, p. 583, n° 937 et s.

⁴⁴⁶ *Ibid*, *op. cit.*, p. 585, n° 942 ; Civ. 1, 6 oct. 2010, JCP 2010, 1028, note P. CHEVALIER ; *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. TRAIN ; D. 2010, p. 2943, obs. Th. CLAY ; JCP 2010, 1286, n° 6, note J. ORTSCHIEDT ; LPA 23 févr. 2011, p. 6, obs. A. de KEYSER ; *Gaz. Pal.* 8 févr. 2011, p. 14, obs. D. BENSUADE. V. J.-B. RACINE, « *Review of Arbitrators' Jurisdiction under French Law : the Lessons of Abela Case (Cour de cassation, October, 6, 2010)* », *Cah. Arb.* 2011, p. 443.

de l'Acte uniforme, est l'appréciation de la compétence ou de l'incompétence du tribunal arbitral⁴⁴⁷.

360. En tout état de cause, dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales en droit public, il appartient à la juridiction administrative compétente, ou au Conseil d'Etat (en France) de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage (C.E., 09 nov. 2016), qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

361. A l'issue de ce contrôle, le Conseil d'Etat, s'il constate l'illégalité du recours à l'arbitrage, notamment du fait de la méconnaissance du principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sauf dérogation prévue par des dispositions législatives expresses (ce qui n'est pas le cas des personnes publiques de l'OHADA en vertu de l'article 2 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage) ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, prononce l'annulation de la sentence arbitrale et décide soit de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître, soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral.

362. Mais, s'il constate que le litige est arbitral, il peut rejeter le recours dirigé contre la sentence arbitrale ou annuler, totalement ou partiellement, celle-ci. Cependant, il ne peut ensuite régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties.

363. A défaut de stipulation en ce sens ou d'accord des parties sur ce point, il revient à ces dernières de déterminer si elles entendent de nouveau porter leur litige contractuel devant un tribunal arbitral, à moins qu'elles ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent.

⁴⁴⁷ Pour davantage d'éléments sur cette question, voy. M. BOUCARON-NARDETTO, « Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage », Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2011, p. 19-20.

2.- Sur l'irrégularité des procédures

364. Une sentence arbitrale, selon le Conseil d'Etat⁴⁴⁸, ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que :

- si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;
- s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité ;
- s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée ;
- s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ; ou
- s'il n'a pas motivé sa sentence.

365. Nous regrouperons ces conditions d'irrégularité d'une sentence arbitrale de manière suivante à présenter, d'une part, la compétence du tribunal arbitral et sa composition irrégulière (a), d'autre part, le défaut de motivation de la sentence arbitrale (b), et enfin, la mission du tribunal arbitral et le non-respect du principe du contradictoire (c).

a)- La compétence du tribunal arbitral et sa composition

366. Comme évoqué ci-dessus⁴⁴⁹, un tribunal arbitral déclaré à tort compétent ou incompétent et un tribunal irrégulièrement composé figurent au nombre des conditions d'irrégularités d'une sentence arbitrale impliquant les personnes publiques.

Sur la compétence du tribunal arbitral, le Conseil d'Etat a jugé que « *les requérantes ne peuvent utilement soutenir devant le Conseil d'Etat que le tribunal arbitral, en s'estimant libre de faire toutes constatations de fait et de droit relativement aux questions en débat devant lui, tenant à la validité et au contenu des travaux effectués en régie, et en condamnant le groupement STS à payer des intérêts moratoires à compter du quarante-cinquième jour suivant l'émission des factures acceptées, aurait méconnu la chose jugée par la sentence arbitrale précédemment rendue, le 13 février 2015, dans le cadre du même*

⁴⁴⁸ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

⁴⁴⁹ *Ibid. op. cit.*

litige. En statuant ainsi sur la demande qui lui était soumise, le tribunal arbitral ne s'est pas, à tort, reconnu compétent »⁴⁵⁰.

En ce qui concerne la composition irrégulière du tribunal arbitral ou de la désignation irrégulière de l'arbitre unique, il s'agit, selon le Conseil d'Etat, d'un vice pouvant affecter la personne d'un arbitre (par exemple, la capacité, l'impartialité, l'indépendance, la neutralité) qui ne remplirait pas les conditions fixées par la volonté des parties, le règlement ou la loi de procédure applicable à l'arbitrage.

367. L'appréciation d'un défaut dans la personne d'un arbitre peut renvoyer à la loi personnelle de l'arbitre. Il faudra alors vérifier comment cette loi remplit une condition fixée par la volonté des parties, le règlement d'arbitrage ou la loi de procédure. L'irrégularité peut aussi affecter la procédure de constitution de la juridiction arbitrale.

368. Certes, cette procédure repose sur la volonté des parties, mais ceci suppose que cette volonté soit respectée. Il faut, en outre, que le principe d'égalité de droits des parties trouve à s'appliquer dès la phase de constitution du tribunal arbitral.

369. L'irrégularité peut, enfin, concerner le tribunal arbitral une fois qu'il est constitué. Tel est, par exemple, le cas d'un tribunal arbitral qui n'est pas constitué d'un ou de trois arbitres. A cet effet, la CCJA⁴⁵¹ a été saisie d'un recours contre un arrêt de la cour d'appel d'Abidjan du 21 avril 2000 qui avait confirmé une sentence arbitrale, lequel était fondé sur la composition irrégulière du tribunal arbitral, car, deux des trois arbitres étaient les avocats des parties.

370. Mais, la CCJA n'a pu se prononcer sur ce moyen, car l'instance arbitrale avait été engagée avant la mise en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Le recours a donc été déclaré irrecevable, cet arbitrage n'étant pas soumis à l'Acte uniforme.

371. Ensuite, la CCJA a jugé que le fait pour un centre d'arbitrage de constituer un tribunal arbitral alors que ledit centre n'est pas celui qui a été conventionnellement désigné par les parties, entraîne une composition irrégulière du tribunal arbitral et par voie de conséquence, l'annulation de la sentence rendue par ledit tribunal.

⁴⁵⁰ C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

⁴⁵¹ CCJA, arrêt n°001/2002, 10 janv. 2002 : Ohadata J-O2-23.

372. Dans le cas d'espèce, une sentence avait été rendue par le GICAM au Cameroun alors que les parties avaient convenu que le litige serait « *tranché définitivement par le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce international de Paris par un tribunal arbitral nommé conformément à ce règlement* ».

373. La CCJA⁴⁵² confirme l'arrêt de la cour d'appel de Douala du 21 octobre 2011 qui avait annulé la sentence rendue par un tribunal arbitral relevant du GICAM. La CCJA relève que la cour d'appel s'est conformée à l'article 26 de l'AUA sanctionnant la composition irrégulière du tribunal arbitral en sanctionnant ladite sentence.

374. En droit français, les nouveaux textes mettent l'accent non plus sur la composition irrégulière du tribunal arbitral ou de la désignation irrégulière de l'arbitre unique, mais sur la constitution du tribunal arbitral, ce qui est plus global, a affirmé le Professeur J.-B. RACINE⁴⁵³.

375. Ainsi, par ce grief, une sentence arbitrale peut être attaquée en contestant la manière dont un tribunal arbitral a été mis en place. Ce motif permet aussi de sanctionner le non-respect de la volonté des parties telle qu'elle s'est exprimée relativement aux modalités de constitution du tribunal arbitral⁴⁵⁴.

b)- Le défaut de motivation de la sentence arbitrale

376. En l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée, non plus, comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral n'a pas motivé sa sentence⁴⁵⁵.

377. Dans l'arrêt Fosmax, ci-dessus cité, rendu le 20 juillet 2021 par le Conseil d'Etat, il a été jugé que « *le tribunal arbitral a motivé la sentence attaquée et s'est, en particulier, contrairement à ce qui est soutenu, prononcé sur l'imputabilité des*

⁴⁵² CCJA, arrêt n°006/2014, 4 févr. 2014.

⁴⁵³ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 585, n° 943.

⁴⁵⁴ Civ. 1, 4 déc. 1990, Rev. arb. 1991, p. 81, note Ph. FOUCHARD, cite par J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 585, n° 943.

⁴⁵⁵ C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

*inexécutions ayant entraîné la mise en régie. Les sociétés requérantes ne peuvent utilement soutenir, à l'appui de leur recours devant le Conseil d'Etat, que le tribunal arbitral n'aurait pas suffisamment répondu au moyen tiré de ce que les inexécutions qui leur étaient reprochées par la société Fosmax A... étaient imputables à cette dernière »*⁴⁵⁶.

Dans la même affaire⁴⁵⁷, le Conseil d'Etat avait décidé « *que contrairement à ce qui est soutenu, la sentence a examiné les moyens opérants soulevés devant le tribunal par la société Fosmax A... pour établir le caractère administratif du contrat ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de motivation de la sentence arbitrale doit être écarté* ».

378. L'exigence de motifs dans le libellé d'une sentence arbitrale est une exigence de forme qui vise à assurer que le texte de la sentence répond aux prétentions et moyens des parties.

379. Faut-il assigner à ce moyen une portée plus profonde qui permettrait de sanctionner la contradiction des motifs, voire leur caractère erroné ? Toute interprétation en ce sens, affirmait le Professeur P. MEYER⁴⁵⁸, aurait nécessairement pour conséquence de soumettre la sentence, dans le cadre du recours en annulation, à un examen au fond⁴⁵⁹.

En effet, les motifs sont les raisons de fait et de droit qui justifient le dispositif. Un examen de la contradiction des motifs ou de leur défaut de pertinence en fait ou en droit est incontestablement une question de fond.

Or, le recours en annulation ne doit pas être perçu, comme l'affirme le Professeur P. MEYER, comme devant permettre un réexamen du litige ou une appréciation de la pertinence du raisonnement juridique suivi par les arbitres. Il faut donc considérer que le bienfondé des motifs ou leur contradiction échappe, en principe, au contrôle du juge de l'annulation⁴⁶⁰ et d'exequatur.

⁴⁵⁶ *Idem, op. cit.*

⁴⁵⁷ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem

⁴⁵⁸ P. MEYER, *Ibid, op. cit.*, p. 259, n°440.

⁴⁵⁹ CCJA, arrêt n° 011/2011, 29 nov. 2011 : Ohadata J-13-147 : la CCJA a relevé que « *le non-respect par l'arbitre de sa mission ne peut avoir pour objet la révision au fond de la sentence mais seulement de permettre au juge de vérifier si les arbitres se sont ou non, sur les points où leur décision est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bienfondé de leur décision* ».

⁴⁶⁰ *Idem, op. cit.*

c)- La mission du tribunal arbitral et le principe du contradictoire

380. La non-conformité du tribunal à sa mission et le non-respect du principe du contradictoire figurent également au rang des causes d'annulation et de refus d'exequatur d'une sentence arbitrale administrative⁴⁶¹ pour irrégularité.

381. Sur la non-conformité du tribunal arbitral à la mission qui lui a été confiée, le Professeur MEYER affirme qu'il s'agit d'un motif spécifique au droit français de l'arbitrage⁴⁶². Selon l'auteur, le dépassement de sa mission par l'arbitre, en droit français, a une "histoire" doctrinale et jurisprudentielle qui permet d'en limiter la portée comme critère d'annulation d'une sentence.

382. La jurisprudence a retenu une conception stricte de ce motif d'annulation en précisant que « *ce grief n'a pas pour objet la révision au fond de la sentence mais seulement de permettre au juge de vérifier si les arbitres se sont ou non, sur les points où leur décision est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bien-fondé de leur décision* »⁴⁶³. C'est un moyen qui permet de statuer sur l'*ultra petita*, lorsque les arbitres ont statué sur des demandes non formulées, ou de sanctionner la violation de règles de procédure expressément et précisément choisies par les parties⁴⁶⁴.

383. Par rapport aux règles de fond, le tribunal arbitral n'aura pas respecté la mission qui lui a été confiée s'il a statué en amiable composition, alors que ce pouvoir ne lui a pas été conféré. Inversement, poursuit le Professeur MEYER, l'arbitre, amiable compositeur qui ne statuerait qu'en droit, en ne prenant pas la peine de justifier le caractère équitable de la solution en droit, méconnaîtrait également les termes de sa mission⁴⁶⁵.

384. En matière de contrôle des sentences arbitrales en droit public, le Conseil d'Etat a jugé « *que contrairement à ce qui est soutenu, la sentence a examiné les moyens opérants soulevés devant le tribunal par la société Fosmax A... pour établir le caractère*

⁴⁶¹ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

⁴⁶² P. MEYER, « OHADA, droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 254, n° 437.

⁴⁶³ *Ibid.* Paris, 12 mars 1985, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », Paris, Litec, 1996, p. 952.

⁴⁶⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 953 et s.

⁴⁶⁵ Pour davantage de clarification sur le caractère général du motif d'annulation fondé sur le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission, v. P. MEYER, « OHADA, droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 254, n° 437.

*administratif du contrat ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de motivation de la sentence arbitrale doit être écarté »*⁴⁶⁶. En ce qui concerne le non-respect du contradictoire, le Conseil d'Etat a jugé « *que le tribunal arbitral n'avait pas à recueillir les observations des parties sur le raisonnement qu'il entendait déduire des éléments de fait et de droit dont les parties ont débattu ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe du contradictoire ne peut qu'être écarté »*⁴⁶⁷. Il résulte des dispositions de l'article 9 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage que « *Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* ». Cette disposition pose deux principes : celui de l'égalité de traitement entre les parties et celui de pouvoir faire valoir leurs prétentions⁴⁶⁸. Afin d'assurer l'effectivité du contradictoire, le tribunal arbitral devra veiller à ce que les parties disposent de délais de procédure sensiblement équivalents dans l'examen des documents et pièces utilisés pour l'instruction de la cause.

385. Le principe du contradictoire a donc pour objet d'assurer aux parties un procès équitable. A ce titre, le contradictoire peut être considéré comme faisant partie de l'ordre public procédural des Etats parties de l'OHADA.

386. En somme, comme l'a affirmé le Conseil d'Etat, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence.

Ces conditions sont semblables à celles prévues par le droit de l'arbitrage OHADA pour l'annulation et l'exequatur des sentences arbitrales. Mais, en matière d'arbitrage administratif ou d'arbitrage de droit public, leur appréciation relève de la compétence des juridictions administratives, au sens des arrêts Fosmax de 2016 et 2021⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

⁴⁶⁷ *Idem*, *op. cit.*

⁴⁶⁸ P. MEYER, « OHADA, droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 168, n° 278.

⁴⁶⁹ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

387. A l'instar des conditions irrégulières, l'annulation et le refus d'exequatur d'une sentence arbitrale administrative peuvent également être requis lorsqu'elle est contraire à l'ordre public.

3.- Sur la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public

388. Dans l'affaire Société Fosmax du 20 juillet 2021, le Conseil d'Etat a déclaré qu'une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle :

- fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ;
- méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat ; ou
- méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire, d'un droit communautaire.

Le Conseil d'Etat affirme qu'un contrôle analogue doit être exercé par le juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution d'un contrat administratif entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger soumis à un régime administratif d'ordre public.

389. Ainsi, le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public.

Dans cette perspective, le Conseil d'Etat a jugé que *« si les sociétés requérantes soutiennent que le tribunal arbitral aurait fait application des règles relatives à la mise en régie alors que les conditions n'en étaient pas réunies et statué en violation d'un principe*

selon lequel une personne privée ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas, de tels moyens ne caractérisent, en tout état de cause, aucune contrariété à l'ordre public susceptible de justifier l'annulation, par le Conseil d'Etat, de la sentence attaquée »⁴⁷⁰.

Dans la même veine, le Conseil d'Etat a relevé, quelques années plus tôt, « *que s'il est soutenu que le tribunal arbitral a, [...] méconnu les règles impératives du droit de la commande publique relatives aux conditions dans lesquelles un prix forfaitaire convenu dans un marché public peut être remis en cause, les modalités d'indemnisation du cocontractant d'un contrat de la commande publique conclu à prix forfaitaire en cas de survenance de difficultés d'exécution ne revêtent pas par elles-mêmes le caractère d'une règle d'ordre public ; qu'en mettant à la charge de la société Fosmax A... les surcoûts résultant du comportement de la société maître d'ouvrage durant le chantier, dont les interventions ont conduit à des travaux supplémentaires importants, [...] le tribunal arbitral n'a pas méconnu de règle d'ordre public »⁴⁷¹.*

Donc, le contrôle du juge de l'exequatur, en matière de contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public, repose sur l'appréciation de la notion d'ordre public, en dépit de la détermination des principaux domaines d'ordre public résultant de l'affaire Société Fosmax du 20 juillet 2021.

390. Comme l'affirme le Professeur P. MEYER⁴⁷², il est impossible de définir légalement l'ordre public, interne ou international. Car, c'est au juge qu'il revient d'exprimer, dans des situations particulières que le législateur est impuissant à prévoir, la conscience juridique de la société. Il revient ainsi au juge de concrétiser l'ordre public dans la double signification. Il s'agit donc de notions essentiellement judiciaires.

391. S'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits, le 11 avril 2016⁴⁷³, que le contrat en cause était un contrat administratif et si, par suite, c'est à tort que les arbitres, chargés de déterminer le droit applicable au contrat, ont estimé que le litige était régi par le droit privé, la censure de la sentence par le Conseil d'Etat ne saurait être

⁴⁷⁰ C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

⁴⁷¹ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

⁴⁷² P. MEYER, « OHADA, droit de l'arbitrage », p. 257, n°439.

⁴⁷³ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

encourue que dans la mesure où cette erreur de qualification aurait conduit les arbitres à écarter ou à méconnaître une règle d'ordre public applicable aux contrats administratifs.

392. Le motif de contrariété de la sentence arbitrale à une règle d'ordre public, selon le Professeur P. MEYER⁴⁷⁴, a un caractère à la fois procédural et substantiel. Du point de vue procédural, l'ordre public exige que la sentence ait été rendue au terme d'une instance qui n'a pas violé les principes fondamentaux⁴⁷⁵ de la justice.

Parmi ceux-ci figurent le principe du contradictoire, l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral et la charge de la preuve pesant sur la partie qui allègue. Mais, du point de vue substantiel, l'auteur⁴⁷⁶ affirme qu'il est impossible de conceptualiser l'ordre public, sauf de manière très générale, à affirmer qu'il recouvre tout ce qui est essentiel aux intérêts de la société et de l'Etat.

393. En droit de l'arbitrage OHADA, l'ordre public international⁴⁷⁷ est invoqué comme motif de refus d'exequatur d'une sentence arbitrale sans distinction entre ordre public interne et ordre public international.

Or tout ce qui est d'ordre public interne n'est pas nécessairement d'ordre public au sens du droit international privé. Un arrêt de la CCJA a expressément retenu cette distinction⁴⁷⁸.

Le Professeur P. MEYER qualifie ce motif d'ordre public international mentionné comme condition de refus d'exequatur dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage,

⁴⁷⁴ P. MEYER, *op. cit.*, p. 257, n°439.

⁴⁷⁵ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 595, n° 959. Les principes fondamentaux de la procédure d'un tribunal arbitral sont notamment, le principe de la contradiction, lequel fait déjà partie des motifs d'annulation d'une sentence arbitrale. Ensuite, il y a le principe d'égalité des parties. L'auteur affirme aussi qu'une contrariété à l'ordre public international naît de la situation d'inconciliabilité entre une sentence et un jugement étranger ayant autorité de la chose jugée et ayant reçu en France l'exequatur (Paris, 17 janv. 2012, Rev. arb. 2012, p. 569, note M.-L. NIBOYET ; Paris, 4 déc. 2012, Rev. arb. 2013, p. 411, note C. Debourg). Dans le domaine du droit des entreprises en difficulté, la sentence qui prononce une condamnation en violation du principe de la suspension des poursuites individuelles est contraire à l'ordre public interne et international. La fraude procédurale peut également être sanctionnée sur la base du grief tiré de l'ordre public, tant interne qu'international. En revanche, dans le cadre de l'arbitrage international, l'arbitre n'étant pas tenu par la règle « Le criminel tient le civil en l'état », une sentence n'est pas contraire à l'ordre public international du seul fait que le tribunal arbitral a refusé de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue d'une information pénale ouverte en parallèle.

⁴⁷⁶ P. MEYER, *op. cit.*, p. 257, n°439.

⁴⁷⁷ V. E. ASSI ASSEPO, « L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'Ohada relatif à l'arbitrage » ; S. I. BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des Etats parties de l'Ohada », *in* commentaires sous « Domaines de l'ordre public international, régional et de l'ordre public international, interne au sens du droit international privé de chaque Etat », art. 26 AUA.

⁴⁷⁸ CCJA, ass. plén., arrêt n° 045/2008, 17 juill. 2008 : Rev. arb. 2010, p. 595 et s. ; Ohadata J-09-83.

d'ambigü. Car, le concept d'ordre public international n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls litiges privés internationaux.

Dans un arbitrage interne, celui-ci étant défini par rapport au caractère interne du litige dévolu à l'arbitre, la réserve de l'ordre public international est inappropriée. Seule la réserve de l'ordre public interne doit trouver à s'appliquer lorsque l'arbitre tranche un litige interne.

Néanmoins, un litige interne peut susciter l'application d'une règle uniforme de l'OHADA ; dans cette hypothèse, l'ordre public interne est commun aux Etats de l'OHADA. Ceci résulte de la communauté de législations des pays de l'OHADA⁴⁷⁹, car, le litige tranché par l'arbitre relève d'une matière faisant l'objet d'un acte uniforme.

On peut supposer, par exemple, un litige relatif à un contrat d'agence commerciale à caractère international, régi par une loi étrangère, tranché par un arbitre siégeant dans un pays de l'OHADA.

En raison de ce que l'agence commerciale est une matière harmonisée par les articles 184 à 201 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, l'ordre public, susceptible de constituer une réserve aux effets que la loi étrangère entend produire dans l'ordre juridique d'un Etat de l'OHADA, devrait s'apprécier de façon communautaire et, de cette manière, être commun aux Etats de l'OHADA.

394. Par contre, lorsque le litige privé international soumis à l'arbitre ne relève pas d'une matière harmonisée, l'ordre public ne pourrait être que l'ordre public de l'Etat où l'annulation de la sentence est demandée.

Cela implique que la CCJA, juridiction de cassation du jugement ayant annulé ou refusé d'annuler la sentence, devra, dans ces situations, apprécier la conformité de la sentence à l'ordre public, au sens du droit international privé de l'Etat de l'OHADA où la sentence a été rendue et le recours en annulation introduit ou l'exequatur sollicité.

395. En tout état de cause, le motif de violation d'un ordre public, interne ou international, peut résulter, soit de l'annulation d'un décret par une sentence arbitrale au sens de l'arrêt Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor contre Société

⁴⁷⁹ Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999, p. 541 et s., spéc., p. 570-571, cité par P. MEYER, « OHADA, droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 258, n° 439.

Commune de Participation et Patrice TALON⁴⁸⁰, soit de la corruption du tribunal arbitral ou de l'arbitre⁴⁸¹.

396. La corruption constitue l'un des motifs d'annulation de sentence dans l'arbitrage CIRDI⁴⁸². Suivant l'article 52(1) de la Convention du CIRDI, une sentence CIRDI peut faire l'objet d'annulation, entre autres motifs, en cas de corruption d'un membre du Tribunal. Elle est définie comme « *l'offre, la promesse, l'octroi, l'autorisation ou l'acceptation de tout avantage indu, pécuniaire ou autre [...] en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou tout autre avantage improprie se rapportant par exemple à la passation de marchés publics ou privés, à des autorisations réglementaires, à la fiscalité, aux douanes ou à des procédures judiciaires ou législatives* »⁴⁸³. Au regard de son ampleur, de nombreuses conventions internationales, législations nationales et recommandations émanant, pour la plupart, d'organismes privés, ont été élaborées⁴⁸⁴. Ces

⁴⁸⁰ CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON. Dans cet arrêt, la CCJA a sanctionné une sentence arbitrale d'avoir déclaré que « *le décret n° 2013-485 du 18 novembre 2013 est de nul effet sur la convention de création de la SODECO en date du 10 octobre 2008 et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret* ».

⁴⁸¹ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », Rev. arb. 2017, n° 3, p. 806. Le Professeur GAILLARD affirme que la corruption demeure un fléau du commerce international. En 2017, la Banque Mondiale estimait à 1 500 milliards de dollars américains le montant des pots-de-vin versés dans l'année (V. « *Combating Corruption* », Rapport de la Banque Mondiale, actualisé au 26 septembre 2017, disponible sur le site internet de la Banque Mondiale). En 2015, le Fonds Monétaire International estimait pour sa part le coût de la corruption à 2% du produit intérieur brut mondial (V. « *Corruption : Costs and Mitigating Strategies* », IMF Staff Discussion Note, mai 2016, p. 5). Même si, par définition, ces sources ne peuvent pas être très précises, le problème est majeur. V. aussi, G. MASSOULIER, « L'arbitre international, nouvel acteur dans la lutte contre la corruption ? », Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Octobre 2016, étude 4. Dans ce cas également, le fait de corruption, « *un fléau du commerce international auquel les arbitres sont confrontés de plus en plus fréquemment* », est aussi un motif de violation de l'ordre public.

⁴⁸² La Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats a pour objet, au sens de l'article 1(2) de ladite Convention, de « régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention ». L'article 52(1) de ladite convention dispose que chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : vice dans la constitution du Tribunal, excès de pouvoir manifeste du Tribunal, corruption d'un membre du Tribunal, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et défaut de motifs.

⁴⁸³ Art. 1 des Règles d'ICC pour combattre la corruption (rédigées par la Commission d'ICC sur la responsabilité sociale de l'entreprise et la lutte contre la corruption), Edition 2011 [Règles d'ICC], cité par G. MASSOULIER, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸⁴ Il s'agit notamment, de :

- la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée à l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 31 octobre 2003 et entrée en vigueur, le 14 décembre 2005 ;
- la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, entrée en vigueur le 5 août 2006 ;
- le Protocole sur la lutte contre la corruption de la communauté économique des Etats de l'Afrique

instruments internationaux ont insufflé, sur le plan national, une prise de conscience du phénomène⁴⁸⁵.

Suivant le Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles⁴⁸⁶, il existe différents scénarios relatifs à la corruption en arbitrage⁴⁸⁷. Les faits de corruption ont des conséquences sur l'arbitrage ou sur l'effectivité des sentences arbitrales. Ils peuvent conduire à l'annulation d'une sentence ou entraîner l'incompétence du tribunal arbitral⁴⁸⁸. Il en est de même de la sentence annulant un acte réglementaire⁴⁸⁹.

Comme Il faut remarquer que le droit de l'arbitrage OHADA ne contient aucun motif d'annulation de sentence arbitrale relatif à la corruption du tribunal arbitral ni des parties litigantes, .

397. En dépit de l'adoption par les Etats parties de l'OHADA de législations nationales relatives à la lutte contre la corruption, il ne ressort nulle part un quelconque

de l'Ouest (CEDEAO), adopté le 21 décembre 2001 et entré en vigueur en Juin 2015.

⁴⁸⁵ Ainsi, au nombre des législations nationales sur la corruption, on peut noter :

- le *US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, 1977 ;
- l'*India Prevention of Corruption Act*, 1988 ;
- le *Canada Corruption of Foreign Public Officials Act (CFPOA)*, 1999 ;
- l'*UK Bribery Act*, 2010 ; *Brazil Clean Company Act*, 2014 ;
- la loi française n°2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi Sapin II) ; et
- la loi n°2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin.

⁴⁸⁶ G. MASSOULIER, « L'arbitre international, nouvel acteur dans la lutte contre la corruption ? », Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - *Versailles University Arbitration Journal* n° 1, Octobre 2016, étude 4, p. 4.

⁴⁸⁷ Tels que :

- le blanchiment des produits issus de la corruption via une « escroquerie à la procédure arbitrale » (G. MASSOULIER, *ibid.* D. CHILSTEIN, « Arbitrage et Droit Pénal », (2009) Rev Arb 3 [Chilstein]). Il s'agit d'une instrumentalisation de la procédure arbitrale par les parties. Ces dernières décident de créer un litige fictif en vue de le soumettre à un arbitre qui, de bonne foi ou non, rendra une sentence légitimant le versement d'un pot-de-vin.
- l'hypothèse de l'arbitrage non fictif relatif soit, à un contrat obtenu grâce au versement d'un pot-de-vin, soit un contrat dont l'objet est le versement d'un pot-de-vin. Il s'agit du cas classique du défendeur à l'arbitrage qui, pour justifier le non-paiement d'une commission contractuellement prévue, déclare qu'il s'agissait en réalité d'un dessous-de-table ;
- la corruption du tribunal arbitral lui-même : si cette hypothèse est rare, elle n'en est pas moins possible. En effet, le souhait d'obtenir une sentence plus favorable peut pousser certaines parties à chercher à influencer la décision de l'arbitre « hors audience ». C'est le cas typique de corruption passive. Si la partie qui souhaite influencer l'arbitre passe par le biais d'un intermédiaire, on parlera alors de trafic d'influence. Dans tous les cas, il s'agit, en France, de pratiques prohibées (*Ibid.* D. GOLDENBAUM, « L'arbitre international face à la corruption » (2015-2016) McGill Journal of Dispute Resolution Vol 2, 82 [Goldenbaum]).

⁴⁸⁸ E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 812.

⁴⁸⁹ CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, *op. cit.*

lien entre l'incrimination de corruption et l'arbitrage ou les limites du pouvoir juridictionnel de l'arbitre à l'égard de l'Etat.

398. Mais, lorsque les fonds publics sont en cause, la violation des règles d'ordre public passe difficilement inaperçue. Ce qui a fait dire à un auteur que, « *Si une personne privée est condamnée, aucune règle d'ordre public ne sera normalement en cause. Mais si une personne publique est condamnée, le juge contrôlera notamment la sentence au regard du principe d'ordre public selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas* »⁴⁹⁰.

399. C'est cela la mission du juge administratif : assurer la protection de l'administré tout en veillant à la bonne marche de l'Administration ⁴⁹¹. Car, la reconnaissance et l'application des règles d'ordre public est une question de crédibilité du tribunal arbitral et pose le problème de sécurisation juridique des sentences arbitrales.

400. En tout état de cause, la sanction de la violation d'une règle d'ordre public est un désaveu aussi bien, pour le tribunal arbitral que pour les parties, et sans doute le centre d'arbitrage, pour la perte de temps et d'argent.

401. Le juge de l'exequatur⁴⁹², à l'issue de son contrôle, prononce l'annulation de la sentence arbitrale et décide soit de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître, soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral. Mais, il ne peut régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les parties litigantes.

402. La question de l'étendue du contrôle du juge de l'exequatur se pose en raison de « *la crainte que le juge administratif opère une véritable révision au fond* »⁴⁹³ de la sentence. Selon le Professeur J.-B. RACINE, ce serait « *extrêmement préjudiciable pour*

⁴⁹⁰ O. Le BOT, « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », Cah. Arb. 2015, p. 243.

⁴⁹¹ M. GJIDARA, « Le cinquantenaire des tribunaux administratifs : images d'hier et d'aujourd'hui », issu de Petites affiches, 17/06/2005, n° 120, p. 3 : « Toute l'histoire du droit administratif [français] est marquée par les efforts du juge administratif en vue de mieux contrôler l'administration, c'est-à-dire pour protéger l'administré des excès de pouvoir, tout en veillant à la bonne marche de l'administration ».

⁴⁹² Sur la sanction de l'annulation d'une sentence arbitrale administrative, v. C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

⁴⁹³ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 163, n° 218.

le développement de l'arbitrage et contraire au sacro-saint principe de la prohibition de la révision au fond »⁴⁹⁴.

403. S'il est possible de conceptualiser l'ordre public, du point de vue procédural, il est, selon l'expression du Professeur P. MEYER, « absolument impossible » de l'envisager, du point de vue substantiel ; ce qui laisse une porte ouverte à une révision au fond de la sentence⁴⁹⁵, laquelle interdit au juge le contrôle du bien-jugé ou du mal-jugé de ladite sentence. Le contrôle de ce dernier ne devrait se limiter qu'à un examen superficiel⁴⁹⁶ de la sentence.

Exercé par le juge judiciaire, ce contrôle est qualifié de « *trop superficiel* »⁴⁹⁷, ce dernier n'étant pas en mesure d'assurer le respect des règles d'ordre public. A l'égard des sentences arbitrales administratives, le contrôle du juge administratif est plus approfondi.

L'exemple⁴⁹⁸ ci-après est assez édifiant à cet effet : il s'agit d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent. Si une personne privée est condamnée, aucune règle d'ordre public ne sera normalement en cause.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 163, n° 218.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 559, n° 888.

⁴⁹⁶ Pour les raisons de l'examen superficiel des sentences arbitrales par le juge de l'exequatur, v. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 559, n° 888.

⁴⁹⁷ O. Le BOT., *op. cit.*, p. 2 : S'agissant de l'arbitrage international, le contrôle exercé par le juge de l'annulation, au regard de l'ordre public international (et uniquement au regard de ce dernier : il n'y a pas de contrôle de fond au regard du droit Interne), « se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée » (Civ. 1re, 4 juin 2008, Sté SNF, Bull. civ. I, n° 162). Si la Cour de cassation a, postérieurement, modifié sa formule, elle n'est pas revenue sur le caractère très libéral du contrôle exercé (Civ. 1re, 12 févr. 2014, n° 10-17.076, JCP G, 475, note D. MOURALIS). Ce contrôle allégé est critiqué par une partie de la doctrine (v. not. L.-Ch. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007, p. 177 ; Ch. Seraglini, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge Etatique : mythes et réalités », *Cah. arb.*, 2011, vol. V, p. 198) et n'est pas partagé dans d'autres ordres juridiques (v. TPI Bruxelles, 8 mars 2007, Sté SNF SAS, *Rev. arb.* 2007, p. 303, note A. MOURRE et L. RADICATI DI BROZOLO). La situation est proche s'agissant de l'arbitrage interne. Comme cela a été observé, « la plupart des décisions entretiennent une conception minimaliste du contrôle du respect par l'arbitre de l'ordre public » (E. LOQUIN, « La décision arbitrale. Voies de recours », *J-CI Procédure civile*, fasc. 1046, nov. 2013, n° 75).

⁴⁹⁸ Exemple tiré de O. Le BOT, *op. cit.*, p. 3. V. aussi, B. DELAUNAY, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif, RFDA 2017 p.111, note sous Conseil d'Etat, assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, Dalloz. Sur le contrôle étendu aux règles de l'ordre public, le Professeur DELAUNAY affirme que « Le juge vérifie d'abord certains éléments relatifs à la régularité de la procédure, c'est-à-dire le respect par le tribunal de sa compétence et de sa mission, sa correcte composition, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges, ainsi que le respect du caractère contradictoire de la procédure et de la motivation de la sentence. Puis, sur le fond, le juge s'assure que la sentence n'est pas contraire à l'ordre public, c'est-à-dire que le contrat n'était pas dès le départ entaché d'un vice d'une particulière gravité, notamment d'un vice du consentement ou n'est pas contraire à une règle à laquelle les personnes publiques ne peuvent déroger ».

404. Mais, si une personne publique est condamnée, le juge contrôlera notamment la sentence au regard du principe d'ordre public selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas.

Il en est également ainsi de l'interdiction des libéralités, principe solidement ancré dans le droit administratif, et qui renvoie aussi « *au bon usage des deniers publics* »⁴⁹⁹.

405. Dans toutes ces matières, le juge de contrôle semble pouvoir aller plus loin que les motifs prédéfinis, par la loi et les conventions internationales, de refus d'exequatur d'une sentence arbitrale lorsqu'une règle d'ordre public est en cause.

406. La jurisprudence de la CCJA n'échappe pas à cette spécificité de l'arbitrage administratif, en dépit de la carence du droit de l'arbitrage OHADA en règles applicables à l'exequatur des sentences arbitrales administratives.

Paragraphe 3.- L'émergence de la spécificité de l'arbitrage administratif

407. Le contrôle des sentences arbitrales administratives par la CCJA fait émerger la spécificité de l'arbitrage administratif. En effet, ce type d'arbitrage ne peut vraiment pas être considéré comme un arbitrage ordinaire, au regard de l'impératif de lutte contre, notamment, les mauvaises pratiques, les violations complaisantes de l'ordre public, la corruption, le blanchiment, la fraude.

408. A la date de la présente thèse, la CCJA a connu très peu d'arbitrage administratif, depuis le recours en contestation de validité de sentence arbitrale administrative dont elle a été saisie en 2008 dans l'affaire Etat du Mali contre Société ABS International Corporate LTD⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ B. DELAUNAY, « Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁰⁰ Les sentences ci-après ont été mises à notre disposition par le Centre d'arbitrage de la CCJA que nous remercions vivement :

1. CCJA, arr. n° 033/2015 du 23 avril 2015, ETAT du Mali c/ Société Groupe TOMOTA S.A. ;
2. CCJA, arr. n° 104/2015 du 15 octobre 2015, Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON ;
3. CCJA, arr. n° 103/2015 du 15 octobre 2015, Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin ;
4. CCJA, arr. n° 039/2014 du 17 avril 2014 Etat du Mali contre Société CFAO ;
5. CCJA, arr. n° 011/2011 du 29 novembre 2011, Etat du Mali c/ Société ABS International Corporate LTD ;

409. Mais, en 2015, la méthode d'examen de la CCJA a révélé la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA lorsqu'un tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCJA, s'est confronté à l'interdiction ou non des injonctions à l'égard de l'Etat.

410. En principe, les injonctions sont interdites à l'égard de l'Etat (A). Mais, elles semblent admises en matière de marché public (B). En tout état de cause, un tribunal arbitral peut condamner à des dommages résultant de l'exercice de prérogatives de puissance publique sans avoir à juger de la validité des actes pris par l'Etat dans l'exercice de ses prérogatives (C).

A.- L'interdiction des injonctions à l'égard de l'Etat

411. Etymologiquement, une injonction⁵⁰¹ est un commandement, un ordre du juge adressé à une partie au procès de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose. Ainsi, le juge peut, à la requête d'une partie, enjoindre à l'autre ou à un tiers de produire une pièce que cette personne détient. Mais, le mot est également utilisé pour désigner les procédures dites "d'injonction de faire"⁵⁰² et "d'injonction de payer"⁵⁰³. Néanmoins, une injonction demeure une obligation de faire.

412. À l'égard des personnes publiques⁵⁰⁴, le principe est celui de l'interdiction des injonctions. Ce principe d'origine jurisprudentielle, est considéré comme une conséquence de la répartition de compétence entre juridiction judiciaire et juridiction administrative.

6. CCJA, arr. n° 012/2011 du 29 novembre 2011, République de Guinée Equatoriale et La Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) c/ La Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE).

⁵⁰¹ Cf. art. 11 alinéa 2, 133, 135, 138 et suivants du Code français de procédure civile. Art. 12, 206, 207, 208 de la Loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes en République du Bénin.

⁵⁰² Art.1425-1 et suivants du CPC.

⁵⁰³ Art.1405 et suivants du CPC. Le règlement (CE) n° 1896/2006, publié au JOUE du 30 décembre 2006, a créé une procédure européenne pour le recouvrement de créances pécuniaires liquides et exigible qui s'applique en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontaliers, à l'exception des matières impliquant l'exercice de la puissance publique de l'Etat.

⁵⁰⁴ B. CAZIN, « L'exécution du jugement », Dalloz professionnels Pratique du contentieux administratif, 2014, synthèse d'actualité 2018.

413. Sans qu'il soit besoin d'un texte particulier, le juge administratif, y compris le juge des référés, peut prononcer, le cas échéant sous astreinte, des injonctions à l'encontre des personnes privées⁵⁰⁵, sauf lorsqu'est en cause l'utilisation d'une prérogative de puissance publique⁵⁰⁶.

414. L'interdiction des injonctions à l'égard de l'Etat est fondée sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Historiquement⁵⁰⁷, ce principe trouve son origine dans la loi des 16 et 24 août 1790 selon laquelle les « *fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives* » et de son corollaire interdisant aux juges, « *à peine de forfaiture, [de] troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions* ». Interdiction qui a dû être mal respectée, selon JULIEN-LAFERRIERE⁵⁰⁸, puisqu'il a fallu la rappeler, par le décret du 16 fructidor an III (1795) sous forme de « *défenses itératives faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit* ».

415. En érigeant en principe constitutionnel « *l'existence d'un champ de compétence propre pour la juridiction administrative* »⁵⁰⁹, le Conseil constitutionnel a consacré l'indépendance, non seulement de l'Administration, mais aussi celle des juridictions administratives et judiciaires. Au regard de ce principe, « *l'Administration échappe aux condamnations à des obligations de faire, le juge administratif se refusant à*

⁵⁰⁵ CE 13 juill. 1956, OPHLM du Dpt de la Seine c/ Revert, req. no 37656, *Lebon* 338, concl. Chardeau – CE 14 nov. 1997, CU de Lyon, req. No 165540, *LEBON* 421 ; *AJDA* 1998. 60, concl. A. de CASANOVA.

⁵⁰⁶ CE 4 nov. 1983, Noulard, req. no 41775, *LEBON* 451.

⁵⁰⁷ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'évolution du contentieux administratif », 2017, synthèse d'actualité : août 2018. V. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, RFDA 1990. 698, étude G. VEDEL : « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel [...] relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif ».

⁵⁰⁸ *Ibid.*, *op. cit.*

⁵⁰⁹ Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC. Sans reconnaître une valeur constitutionnelle au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, le Conseil constitutionnel se fonde sur « la conception française de la séparation des pouvoirs » pour dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel la juridiction administrative est seule compétente pour annuler ou réformer les décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. V. aussi, J. MOREAU, P. MOREAU, B. CAZIN, Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif), Répertoire cont. administratif, juin 2002.

lui adresser des injonctions⁵¹⁰, et le juge judiciaire ne pouvant guère le faire qu'en cas de voie de fait⁵¹¹ ».

416. L'observation de cette interdiction par le juge administratif à l'égard de l'Administration, a pour but, comme il a été évoqué ci-dessus, de « ne pas porter atteinte à l'indépendance de celle-ci, et cette interdiction s'imposait bien entendu au juge du référé administratif »⁵¹².

417. Aussi, est-il désormais établi qu'il ne rentre pas dans les attributions du juge administratif « d'adresser des injonctions à une autorité administrative »⁵¹³, sauf en matière du référé administratif, « dès lors que sont réunies, comme pour toutes les mesures prises en application de cet article, les trois conditions liées à l'urgence, à l'utilité de la mesure demandée et à l'interdiction de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative »⁵¹⁴.

Il faut aussi que la mesure présente un caractère provisoire ou conservatoire, ce qui n'était pas le cas de l'injonction de prendre un texte réglementaire⁵¹⁵. Ainsi, en matière d'arbitrage, la question se pose de savoir si les conséquences du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, s'imposent également à l'arbitre. En d'autres termes, un tribunal arbitral peut-il, comme le juge étatique, faire des injonctions à l'Etat ?

⁵¹⁰ P. DELVOLLE, « L'exécution contre l'administration », RTD Civ. 1993 p. 151 : CE 4 févr. 1976, *Ellisonde*, Rec. p. 1069 ; 4 nov. 1983, *Noulard*, Rec. p. 451 ; AJDA 1984.531, Chron. Schottl et Hubac ; 3 avr. 1987, *Consorts Heugel*, Rec. p. 119 ; AJDA 1987.534, concl. Hubac

⁵¹¹ Ibid., op. cit. : TC 17 juin 1948, *Manufacture de velours et de peluches et Société Velvetia*, Rec. p. 513 ; D. 1948.377, note PLJ. ; JCP 1948.II.4437, note George ; Rev. dr. publ. 1948.541, note M. WALINE ; V. J.-M. Le Berre, Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'Administration, AJDA, févr. 1979, p. 14

⁵¹² CE 27 févr. 1974, M. VERGUIN, req. n° 92403, LEBON 154. Le tabou de cette interdiction a été levé par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, qui a introduit le pouvoir d'injonction dans la juridiction administrative pour l'exécution des décisions juridictionnelles. La loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, dont est issu l'article L. 521-3, a accordé ce pouvoir d'injonction au juge du référé-liberté et la jurisprudence a reconnu au juge du référé-suspension le pouvoir d'assortir la suspension qu'il prononce d'une injonction « dès lors que sont réunies, comme pour toutes les mesures prises en application de cet article, les trois conditions liées à l'urgence, à l'utilité de la mesure demandée et à l'interdiction de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative » (CE 29 avr. 2002, M. CAPELLARI, req. n° 240322, Lebon T. 876) ». Il faut aussi que la mesure présente un caractère provisoire ou conservatoire, ce qui n'était pas le cas de l'injonction de prendre un texte réglementaire (CE 29 mai 2002, Synd. Lutte pénitentiaire, req. n° 247100, Lebon T. 877). Cf. Référé d'urgence – Daniel Giltard – oct. 2011 (actualisation : avr. 2016), Répert. de cont. Adm., Dalloz.

⁵¹³ C.E., 04 février 1976, *Elissonde*, (Rec., p. 1069). Cf. site Internet :

http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1976_02_04_ce.htm

⁵¹⁴ CE 29 avr. 2002, M. CAPELLARI, req. n° 240322, Lebon T. 876. V. Référé d'urgence – Daniel Giltard – oct. 2011 (actualisation : avr. 2016), Répert. de cont. Adm., Dalloz.

⁵¹⁵ CE 29 mai 2002, Synd. Lutte pénitentiaire, req. n° 247100, Lebon T. 877.

418. En principe, les injonctions de l'arbitre à l'égard de l'Etat produiront le même effet, celui de « *troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs* », que celles du juge administratif. Mais, force est de constater que l'arbitre n'intervient pas dans un cadre délictuel.

419. Son intervention consiste à trancher un différend d'ordre contractuel, et plus particulièrement, en matière de contrats soumis aux règles impératives du droit public, comme les contrats de marché public, dont l'exécution peut conduire l'arbitre à prendre des injonctions à l'égard de l'Etat.

B.- L'admission des injonctions en matière de marché public

420. Comme les contrats de marchés publics⁵¹⁶, les injonctions existent en matière d'investissement⁵¹⁷. Il s'agit de l'*anti-suit injunctions*. Nous avons rapporté, ci-après, les termes de W. BEN HAMIDA pour mieux expliciter le sujet.

Donc, propre au droit de la *common law*, l'*anti-suit injunctions* désigne des mesures ordonnées par un juge, souvent étatique, faisant interdiction à une partie, trop souvent sous peine d'amende ou d'emprisonnement, soit de saisir les juridictions d'un autre Etat ou une juridiction arbitrale, soit de poursuivre une action déjà entreprise, soit enfin d'exécuter à l'étranger une décision rendue par ces juridictions⁵¹⁸.

L'auteur affirme que la technique a fait irruption dans le contentieux transnational à l'occasion de l'affaire SGS contre Pakistan. Le contrat litigieux contenait une clause compromissoire aux termes de laquelle tout litige devait être tranché par voie d'arbitrage en application de la loi pakistanaise. Invoquant cette clause, le Pakistan a demandé la mise

⁵¹⁶ CCJA, arr. n°103/2015, du 15/10/2015, Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin.

⁵¹⁷ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », In : *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005. pp. 564-602 ; Fichier pdf généré le 10/04/2018 ; doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2005.3898> https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2005_num_51_1_3898. Voy. aussi, J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 64, et spéc. p. 288, n° 396.

⁵¹⁸ E. TEYNIER, « Procédures : les *anti-suit injunctions* », *Gazette du Palais*, 5-7 décembre 2004, *Cahiers de l'arbitrage*, 2004, p. 9. Sur l'ensemble de la question, S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.*, 2001, p. 669 ; E. GAILLARD, « II est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004, p. 47 et E. Gaillard, (éd.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration, n° 2, 2005.

en place d'un arbitrage local. Une année plus tard, SGS a accepté l'offre d'arbitrage exprimée dans le TBI Suisse-Pakistan, et a saisi le CIRDI.

Deux procédures parallèles, l'une ayant pour objet un arbitrage local, l'autre un arbitrage sur le fondement du TBI, ont été mises en place. Les parties divergeaient radicalement sur l'issue des deux instances. SGS demandait la suspension de l'arbitrage local au motif que le CIRDI était compétent pour connaître du litige. L'Etat pakistanais demandait, au contraire, qu'il soit fait interdiction à SGS de poursuivre l'arbitrage CIRDI.

Par arrêt du 3 juillet 2002, la Cour suprême du Pakistan a fait droit à la demande du Pakistan⁵¹⁹. Elle se fondait, principalement, sur le fait que le TBI et la convention de Washington n'avaient pas été transposés dans l'ordre juridique pakistanais comme l'exigeait la Constitution.

Craignant une condamnation pour *contempt of court*, SGS a saisi le tribunal CIRDI. Après avoir rappelé le principe dit de la compétence de la compétence, inscrit à l'article 41(1) de la convention de Washington et le principe de l'exclusivité résultant de son article 26, le tribunal a recommandé au gouvernement pakistanais de suspendre toute procédure engagée devant ses juridictions internes et de ne prendre aucune mesure pour que SGS soit condamné pour *contempt of court*. Il a également ordonné au Pakistan (et indirectement à l'arbitre⁵²⁰) la suspension de l'arbitrage local jusqu'à ce qu'il ait pu lui-même se prononcer sur sa compétence⁵²¹.

A l'*anti-suit injunction*, le tribunal CIRDI riposte donc par une injonction croisée, une « *anti-anti-suit injunction* », invitant l'Etat à s'abstenir de se prévaloir de cette décision à l'encontre de l'investisseur⁵²².

Il est à souligner que l'ordre procédural sur la suspension des procédures a été adressé, dans cette affaire, par un tribunal arbitral CIRDI à une juridiction étatique et à un autre tribunal arbitral. Or, il est très fréquent que de telles injonctions émanent des juridictions étatiques. Mais, le fait que la compétence du tribunal soit fondée sur un traité international, et surtout le système du CIRDI, est de nature à donner aux recommandations des arbitres une portée plus forte. Il n'en demeure pas moins qu'en dehors de l'arbitrage

⁵¹⁹ Pour le texte intégral de la décision avec une note introductive de M. LAU, voy. Arb. Int., 2003, p. 179.

⁵²⁰ Le Tribunal a ordonné la communication d'une copie de l'ordre qu'il a pris à l'arbitre siégeant à Islamabad.

⁵²¹ SGS c. Pakistan, 16 octobre 2002, [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-order.pdf>].

⁵²² E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales CIRDI », JDI, 2004, pp. 272-273.

CIRDI, ces mesures peuvent créer la confusion et n'assurent pas l'ordre procédural souhaité.

421. En droit de l'arbitrage OHADA, la CCJA a été confrontée au moyen de l'injonction à l'égard de l'Etat comme motif de contrariété à l'ordre public international pour prononcer l'annulation (et refus d'exequatur) d'une sentence arbitrale administrative. Mais, la position de la CCJA laisse quelque peu perplexe à l'analyse des sentences concernées.

Dans un premier arrêt⁵²³, des faits relatifs à la suspension d'une convention de partenariat instituant une société d'économie mixte entre l'Etat et des particuliers, ont conduit à la saisine du Centre d'arbitrage de la CCJA. Le tribunal arbitral mis en place à cet effet, a rendu la sentence dont la teneur suit :

« Par les motifs analysés et exposés ci-dessus ; LE TRIBUNAL ARBITRAL

- [...]
- Enjoint (nous soulignons) à l'Etat [...] de permettre à la SODECO d'exercer son objet principal qui a nécessité sa création, dans les termes et conditions convenus, notamment l'achat du coton-graine, son égrenage et la vente des fibres et graines de coton issues de l'égrainage avec notification expresse au plus tard le 1^{er} octobre 2014, date de démarrage des activités de la prochaine campagne cotonnière pour les sociétés d'égrenage, et ce, sous astreintes comminatoires de sept cent cinquante millions (750.000.000) de Francs CFA par jour de retard à compter du 01^{er} octobre 2014 ;
- [...]
- Décide que le décret n° 2013-485 du 18 novembre 2013 est de nul effet sur la convention de création de la SODECO en date du 10 octobre 2008 et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret ;
- [...] »⁵²⁴.

⁵²³ OHADA, CCJA, 15 octobre 2015, 104/2015, Ohada.com/Unida

⁵²⁴ CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON.

Dans son recours en contestation de validité de la sentence sus-indiquée, l'Etat du Bénin reproche au tribunal arbitral d'avoir violé l'ordre public international, en ce qu'il a, non seulement fait injonction à l'Etat d'exécuter une obligation (nous soulignons), notamment de laisser poursuivre l'exécution du contrat, mais surtout en allant plus loin pour annuler le décret n° 2013-485 du 18 novembre 2013, pris par un Etat souverain (nous soulignons).

Donc, la décision de la CCJA était attendue sur deux points essentiellement, sur ce motif de contestation tiré de la contrariété de la sentence à l'ordre public international :

- d'abord, un tribunal arbitral peut-il faire injonction à un Etat d'exécuter ou de poursuivre l'exécution d'un contrat de marché public⁵²⁵ ?
- ensuite, un tribunal arbitral peut-il décider qu'un décret est de nul effet sur une convention ?

422. La question qu'on pourrait se poser avant toute appréciation, est de savoir si, bien que comparable au juge étatique, en ce qu'il détient une partie de l'*imperium*, l'*imperium mixtum*⁵²⁶, le tribunal arbitral peut-il faire acte de l'*imperium merum* et de l'*imperium summum*. Tout au plus, l'*imperium mixtum* lui permet de prononcer des astreintes à l'égard des parties⁵²⁷. Il est, en revanche, privé de l'*imperium merum*, c'est-à-dire de l'*imperium* « pur » synonyme de « pouvoir de commandement et de contrainte »⁵²⁸.

La Cour d'appel de Paris a jugé que « l'absence de l'*imperium* de l'arbitre a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant notamment l'efficacité de sa décision à l'exequatur de l'autorité publique ; elle ne lui interdit pas en revanche, lorsque telle est sa mission, de prescrire aux parties des obligations de faire sauf à faire dépendre l'exécution forcée de sa décision du

⁵²⁵ Nous avons préféré la qualification de contrat de marché public au regard des termes « adjudicataire » et « appel d'offres » qui résultent des faits. Ce contrat de marché a donc été passé conformément aux dispositions des règles impératives du droit public, en l'occurrence, le code des marchés publics.

⁵²⁶ M. BOUCARON-NARDETTO, « Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 316, n° 377 a cité Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 245 ; D. CHEKROUN, « L'*Imperium* de l'arbitre », *APD*, 2009, t. 52, p. 135. V. aussi J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », 1^{ère} éd., PUF, 2016, p. 553, n° 876. Le Professeur RACINE a fait observer qu'il est inexact de prétendre que l'arbitre serait totalement dépourvu d'*imperium*.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 553, n°876.

⁵²⁸ Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 265, cité par J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », 1^{ère} éd., PUF, 2016, p. 553, n°876.

contrôle préalable de l'autorité publique »⁵²⁹. Une obligation de faire est assimilable à un ordre, un commandement ou une injonction. Donc, comme dans l'affaire SGS contre Pakistan et dans l'affaire Etat du Bénin contre Société Commune de Participation et un autre, l'arbitre peut bien faire des injonctions aux parties litigantes dont, à un Etat.

423. Alors, au regard de la sentence ci-dessus évoquée, la CCJA⁵³⁰ a rendu l'arrêt dont la teneur suit :

« [...] que s'il est constant qu'une juridiction arbitrale est compétente pour connaître des litiges engendrés par l'exercice par un Etat de ses prérogatives de puissance publique, autant que cet Etat peut recourir à l'arbitrage relativement à ses droits, ce pouvoir juridictionnel ne doit se limiter qu'à la question des réparations dues à une personne physique ou morale privée, consécutives à des dommages résultant de l'exercice de ces prérogatives de puissance publique, sans avoir à juger de la validité des actes pris par l'Etat dans l'exercice de ses prérogatives (nous soulignons) ;

Qu'en l'espèce, la sentence arbitrale du 13 mai 2014, au lieu de ne se limiter qu'aux condamnations pécuniaires, a déclaré que « le décret n° 2013-485 du 18 novembre 2013 est de nul effet sur la convention de création de la SODECO en date du 10 octobre 2008 et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret » ;

Que ce faisant, cette sentence a contrarié l'ordre public international ; qu'il échet de prononcer son annulation ; [...] ».

La Haute juridiction communautaire de l'OHADA a ainsi précisé que :

- i. d'une part, le pouvoir juridictionnel d'un arbitre se limite, dans un arbitrage impliquant l'Etat, à la question des réparations dues à une personne physique ou morale privée, consécutives à des dommages résultant de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, sans avoir à juger de la validité des actes pris par cet Etat dans l'exercice de ses prérogatives ;*

⁵²⁹ Paris 19 mai 1998, Rev. arb. 1999, p. 601, 1^{re} esp., note Ch. Jarrosson, cité par J.-B. RACINE, 1^{ère} éd., PUF, 2016, p. 553, n° 876.

⁵³⁰ CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON.

- ii. *d'autre part, la sentence arbitrale du 13 mai 2014, au lieu de se limiter aux condamnations pécuniaires, a déclaré que le décret est de nul effet sur la convention et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret ; et*
- iii. *enfin, l'annulation de ces actes est une violation de l'ordre public international.*

424. En considérant les moyens d'annulation invoqués par le recourant, la Cour avait à répondre, sur le motif de violation de l'ordre public international si un tribunal arbitral peut, d'une part, adresser une injonction à un Etat, et d'autre part, annuler un acte réglementaire.

425. Mais, la Cour ne semble avoir répondu qu'à la question de savoir s'il rentre dans les attributions d'un arbitre d'annuler un acte réglementaire sans s'intéresser à celle de savoir si un arbitre peut faire des injonctions à l'Etat.

426. En dépit de cette omission, la question se pose de savoir si la sentence arbitrale a annulé le décret ou bien si elle l'a déclaré de nul effet. Nous pensons qu'il y a bien une nuance entre déclarer un acte nul et le déclarer de nul effet. En d'autres termes, le tribunal arbitral n'a pas usurpé, comme l'arrêt semble le dire, les attributions d'une juridiction administrative.

427. Mais, le fait de déclarer le décret de nul effet sur la convention traduit cependant, le maintien de cette convention envers et contre tout. Néanmoins, doit-on pour autant, interdire à l'Etat d'exercer ses prérogatives de puissance publique en matière de contrats de marchés publics ? L'arrêt de la CCJA semble répondre par la négative lorsqu'il affirme que la sentence arbitrale devrait se limiter aux condamnations pécuniaires.

428. En tout état de cause, si la sentence a été annulée pour avoir annulé un décret, la CCJA doit s'être trompée dans la mesure où l'annulation est un acte juridique alors que le fait de priver ledit décret d'effet ne porte pas sur son existence, mais le prive simplement d'effet sur la convention en cause.

429. Dans le deuxième arrêt⁵³¹, la Cour avait jugé que :

« le tribunal, en enjoignant (nous soulignons) à l'Etat de surseoir à l'exécution de sa décision de suspension du contrat qu'il a librement conclu

⁵³¹ CCJA, Arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin.

ou d'avoir à réparer les effets de son acte, n'enfreint en rien les prérogatives régaliennes de l'Etat et ne contrarie en rien à l'ordre public international ; qu'il échet dès lors de rejeter également ce motif et conséquemment de rejeter le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale introduite par l'Etat du Bénin ».

Les faits ayant fondé cette décision se présentent comme suit :

« La société Benin Control SA et l'Etat du Bénin étaient liés par un contrat de marché ... en date du 9 février 2011 relatif à la mise en place d'un programme de vérification des importations de nouvelle génération, suivant lequel l'Etat du Bénin confiait à la société Benin Control, moyennant rémunération, les fonctions d'inspection avant embarquement des marchandises, de fourniture, mise en service et exploitation de scanners à rayon X, de fourniture, mise en service et exploitation d'un système de suivi électronique du transit, de gestion automatisée des magasins, aires d'exploitation de dédouanement, scanning des bagages et palettes de fret à l'aéroport de Cotonou ; qu'après plusieurs péripéties, l'Etat du Bénin notifiait à son cocontractant la suspension provisoire dudit contrat par correspondance en date du 2 mai 2012 ; que la société Benin Control sur le fondement de l'article 49 dudit contrat, saisissait le centre d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'une demande d'arbitrage ayant abouti à la constitution d'un tribunal arbitral, lequel rendait la sentence arbitrale du 13 mai 2014 dont le dispositif est ainsi conçu :

« Par les motifs analysés et exposés ci-dessus, le Tribunal arbitral prononce la sentence suivante :

[...]

7)- enjoint à l'Etat du Bénin de reprendre et de poursuivre l'exécution du contrat de marché n° 20/MEF/MPDEPP-CAG/MDCENTMIP/DNCMP du 9 février relatif à la mise en place du Programme de Vérification des Importations (PVI) de Nouvelle Génération avec la Société Benin Control SA, dans les termes et conditions convenus dans un délai de soixante (60) jours à compter de la notification de la sentence ;

[...] ».

Il ne fait aucun doute que le tribunal arbitral a fait injonction à l'Etat du Bénin. Mais, le terme « injonction » dans les sentences du 13 mai 2014, n'a pas connu la même fortune devant la Haute Juridiction communautaire de l'OHADA. En effet, la CCJA, dans l'arrêt n°103/2015 du 15 octobre 2015, a jugé que « *le tribunal, en enjoignant à l'Etat de surseoir à l'exécution de sa décision de suspension du contrat qu'il a librement conclu ou d'avoir à réparer les effets de son acte, n'enfreint en rien les prérogatives régaliennes de l'Etat et ne contrarie en rien à l'ordre public international* », alors que, dans l'arrêt n°104/2015 du 15 octobre 2015 sus-évoqué, son jugement n'a pas porté sur l'utilisation du terme d'injonction⁵³².

Il résulte de ces constatations que l'injonction d'un tribunal arbitral à l'égard de l'Etat n'a pas la même valeur juridique qu'en droit administratif relativement au pouvoir juridictionnel d'un juge administratif. Si l'arrêt n°104/2015 a pu annuler la sentence du 13 mai 2014 opposant l'Etat du Bénin à la SCP et un autre, c'est uniquement parce que le tribunal arbitral a, semble-t-il, annulé un acte réglementaire ; ce qui permet de fonder le motif de violation de l'ordre public international. Il convient donc de retenir de cette sentence que le pouvoir juridictionnel de l'arbitre ne s'étend pas à l'annulation d'un acte réglementaire comme le ferait un juge administratif ; c'est une question d'ordre public.

430. En revanche, l'injonction prononcée à l'égard de l'Etat du Bénin de surseoir à l'exécution de sa décision de suspension d'un contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public n'a pas été appréciée comme constituant une violation d'une règle d'ordre public. En d'autres termes, l'injonction à l'égard d'une personne publique ne serait pas interdite en droit OHADA.

Cette position de la Haute Juridiction communautaire a l'avantage d'assurer la sécurité juridique des contrats, entre l'Etat et les investisseurs et opérateurs économiques, soumis aux règles impératives du droit public.

Les motifs de la CCJA ne sont pas fondés sur le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, qui n'a d'ailleurs, nullement été employé. La décision de la CCJA est fondée sur une question d'opportunité en jugeant que « *le tribunal, en enjoignant à l'Etat de surseoir à l'exécution de sa décision de suspension du contrat qu'il a librement conclu ou d'avoir à réparer les effets de son acte, n'enfreint en rien les*

⁵³² Dans la sentence arbitrale du 13 mai 2014 opposant l'Etat du Bénin à la SCP et un autre, on note que le tribunal arbitral a « Enjoint à l'Etat du Bénin de permettre à la SODECO d'exercer son objet principal qui a nécessité sa création, etc. [...] ».

prérogatives régaliennes de l'Etat et ne contrarie en rien à l'ordre public international ». Cette appréciation de l'injonction à l'égard d'une personne publique est bien particulière et ne constitue certainement pas un arrêt de principe, si le motif n'est pas fondé sur la sécurité juridique des contrats soumis aux règles impératives du droit public.

C'est dire qu'à l'occasion, la position de la CCJA sera fortement observée en ce qu'elle doit pouvoir préciser si une injonction à l'égard de l'Etat est ou non une violation du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires lorsque sont en cause les règles impératives du droit public. Ainsi, la décision de la CCJA serait véritablement protectrice des relations entre l'Etat et les investisseurs et opérateurs économiques.

431. En somme, il est de principe que l'injonction à l'égard d'une personne publique est interdite, d'une certaine manière ; mais, cette injonction semble admise lorsque le contrat litigieux est soumis aux règles impératives du droit public.

L'interdiction d'une injonction à l'égard de l'Etat prive d'effet la sentence arbitrale rendue à l'encontre de ce dernier. De toutes manières, l'Etat ne peut être contraint comme un particulier. Le Professeur DELVOLVE l'expliquait en ces termes « *Toute puissance divisée contre elle-même est conduite à sa perte. La puissance publique ne peut être mise en œuvre contre la puissance publique* »⁵³³. Ainsi, « *l'Administration échappe aux condamnations à des obligations de faire* »⁵³⁴, la jurisprudence admettant cependant, des condamnations pécuniaires à son égard.

C.- L'admission des condamnations pécuniaires

432. Les condamnations pécuniaires sont admises à l'encontre de l'Etat sans avoir à juger de la validité des actes pris dans l'exercice de ses prérogatives. En effet, dans l'arrêt n°104/2015 du 15 octobre 2015, la CCJA affirme « *que s'il est constant qu'une juridiction arbitrale est compétente pour connaître des litiges engendrés par l'exercice par un Etat de ses prérogatives de puissance publique, autant que cet Etat peut recourir à l'arbitrage relativement à ses droits, ce pouvoir juridictionnel ne doit se limiter qu'à la*

⁵³³ P. DELVOLVE, « L'exécution contre l'administration », *op. cit.*, p. 1.

⁵³⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 151 : CE 4 févr. 1976, *Ellisonde*, *Rec.* p. 1069 ; 4 nov. 1983, *Noulard*, *Rec.* p. 451 ; *AJDA* 1984.531, *Chron. Schottl et Hubac* ; 3 avr. 1987, *Consorts Heugel*, *Rec.* p. 119 ; *AJDA* 1987.534, *concl. Hubac*.

*question des réparations dues à une personne physique ou morale privée, consécutives à des dommages résultant de l'exercice de ces prérogatives de puissance publique, sans avoir à juger de la validité des actes pris par l'Etat dans l'exercice de ses prérogatives »*⁵³⁵. Cette décision établit les limites du pouvoir juridictionnel de l'arbitre à l'égard de l'Etat.

433. Dans un premier temps, la CCJA affirme que les conséquences des dommages résultant de l'exercice des prérogatives de puissance publique ne peuvent donner lieu qu'à des réparations. Ce qui revient à l'indemnisation de la victime par l'Etat, et suppose que cette dernière a dû saisir la juridiction compétente pour obtenir réparation du préjudice subi qu'elle a établi avec précision de ce préjudice et en a fourni les preuves. En tout cas, c'est ce à quoi on s'attend lorsqu'on fait une demande de dommages-intérêts en justice.

434. Dans le cas d'espèce, le Centre d'arbitrage de la CCJA a été saisi pour obtenir réparation du préjudice résultant du décret portant suspension de la Convention portant création de la SODECO. Les demandeurs, en l'occurrence la SCP et un autre, ont sans doute, établi, devant le tribunal arbitral, la faute de l'Etat du Bénin de la suspension de la convention en cause par décret, les préjudices subis et leurs preuves. Car, ce dernier a, d'abord constaté les manquements et la faute de l'Etat du Bénin, ensuite, constaté les préjudices résultant de ces manquements, enfin, « *Enjoint à l'Etat du Bénin de permettre à*

⁵³⁵ CCJA, arr. n°104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin c/ Société Commune de Participation (SCP) et un autre. V. aussi, CCJA, arr. n°011/2011 du 29 novembre 2011, aff. Etat du Mali c/ Société ABS International Corporate LTD. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a constaté que l'Etat du Mali a commis une faute au préjudice de la Société ABS International Corporate LTD en laissant cette dernière acquérir des bus destinés à être exploités dans le cadre de l'exécution d'un Contrat, sans informer ladite Société du refus d'homologation par l'IATA de la redevance bus, homologation de laquelle dépendait l'entrée en vigueur dudit contrat. En conséquence, il a été condamné à payer des dommages intérêts compensatoires. CCJA, arr. n° 012/2011 du 29 novembre 2011, aff. République de Guinée Equatoriale et la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) c/ La Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE). Il résulte de cet arrêt que le tribunal arbitral a jugé que, entre autres, « c - la décision souveraine de son Excellence le Président de la République de Guinée Equatoriale de ne pas accorder l'agrément d'établissement de crédit à la CBGE engage la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la Convention d'Etablissement ; d - le Tribunal arbitral constate donc la faute contractuelle de la République de Guinée Equatoriale telle que démontrée plus haut ; e - le Tribunal arbitral constate que cette faute contractuelle a causé divers préjudices à la demanderesse et que ces préjudices méritent réparation ; En conséquence, 6/ Condamne la République de Guinée Equatoriale à verser à la CBGE la somme de [...] au titre de la réparation du préjudice matériel qu'elle a subi suite à l'engagement des frais de premier établissement ». CCJA, Arr. n° 033/2015 du 23 avril 2015, aff. Etat du Mali c/ Société Groupe TOMOTA S.A. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a dit que l'Etat du Mali a eu un comportement dolosif et déloyal envers le Groupe TOMOTA SA, tant lors de la procédure de soumission d'offres destinées à la privatisation de HUICOMA, que de la négociation du Protocole d'accord et encore lors de la cession des actions de cette société le 16 mai 2005 et, à ce titre, condamne l'Etat du Mali au versement des sommes [...] à titre de d'indemnisation du préjudice subi du fait du comportement dolosif de l'Etat du Mali à l'occasion de la cession de HUICOMA.

la SODECO d'exercer son objet principal qui a nécessité sa création, etc. »⁵³⁶ et le condamne à diverses sommes en réparation de divers préjudices. Mais, cette sentence a dû être annulée au motif que, comme l'affirme la CCJA, la sentence arbitrale du 13 mai 2014, au lieu de ne se limiter qu'aux condamnations pécuniaires, a déclaré que « *le décret n° 2013-485 du 18 novembre 2013 est de nul effet sur la convention de création de la SODECO en date du 10 octobre 2008 et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret* ». En jugeant de la validité d'un acte réglementaire, « *cette sentence a contrarié l'ordre public international* ».

435. Le litige opposant l'Etat du Bénin à la Société Benin Control, objet de l'arrêt n°104/2015 du 15 octobre 2015, offre également un exemple de la condamnation pécuniaire de l'Etat en réparation des préjudices nés de l'exercice de son pouvoir régalien.

Dans cette affaire aussi, le Centre d'Arbitrage de la CCJA a été saisi aux fins de solliciter la réparation du préjudice résultant de la suspension abusive du contrat de marché liant les deux parties. Cette procédure arbitrale a alors abouti à la condamnation pécuniaire de l'Etat du Bénin.

La sentence qui a été rendue à cet effet, sera exécutée suivant les procédés d'exécution prévus par la loi applicable. Egalement en l'espèce, la Société Benin Control a

⁵³⁶ Un extrait du dispositif de l'arr. n°104/2015 du 15 octobre 2015 « *Par les motifs analysés et exposés ci-dessus ; LE TRIBUNAL ARBITRAL,*

- [...]
 - *Enjoint à l'Etat du Bénin de permettre à la SODECO d'exercer son objet principal qui a nécessité sa création, dans les termes et conditions convenus, notamment l'achat du coton-graine, son égrenage et la vente des fibres et graines de coton issues de l'égrainage avec notification expresse au plus tard le 01^{er} octobre 2014, date de démarrage des activités de la prochaine campagne cotonnière pour les sociétés d'égrenage, et ce, sous astreintes comminatoires de sept cent cinquante millions (750.000.000) de Francs CFA par jour de retard à compter du 01^{er} octobre 2014 ;*
 - *Dit que le Tribunal ne peut être saisi pour ce qui est de la liquidation de l'astreinte ;*
 - *Constate que la totalité des 48,9% des actions détenues par l'Etat du Bénin a été automatiquement cédée à la date du 2 octobre 2013 à la SCP qui en est devenue propriétaire et en a la pleine jouissance depuis cette date ;*
 - *Autorise que le règlement du prix de cession automatique des actions, soit douze milliards quatre cent cinquante-quatre millions cent quarante mille cinq cent dix (12.454.140.510) francs CFA, soit opéré par compensation avec les créances liquides et exigibles que la SCP détient ou détiendra sur l'Etat du Bénin, telles qu'elles résultent des condamnations ci-après prononcées ;*
 - *Rejette la demande de la SCP et de Monsieur Patrice TALON aux fins de conférer à la présente sentence un titre de propriété de ces actions ;*
 - *Déclare la décision prise par l'Etat du Bénin de reprise des 17,5% d'actions de nul effet juridique ;*
 - *Décide que le décret n° 2013-485 du 18 novembre 2013 est de nul effet sur la convention de création de la SODECO en date du 10 octobre 2008 et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret ;*
 - *Condamne le Défendeur à payer aux Demandeurs les sommes ci-après : [...] ».*

dû établir avec précision les préjudices qu'elle a subis relativement à la suspension du contrat de marché n°20, en date du 9 février 2011, relatif à la mise en place d'un programme de vérification des importations de nouvelle génération. Car, elle a obtenu la condamnation de l'Etat du Bénin à lui verser diverses sommes en réparation des préjudices subis⁵³⁷.

436. La demande d'annulation de cette sentence pour, entre autres motifs, violation de l'ordre public international relativement à l'injonction faite « *à l'Etat du Bénin de reprendre et de poursuivre l'exécution du contrat de marché [...] relatif à la mise en place du Programme de Vérification des Importations (PVI) de Nouvelle Génération avec la Société Benin Control SA, dans les termes et conditions convenus dans un délai de soixante (60) jours à compter de la notification de la sentence* », n'a pas abouti. La CCJA a affirmé que « *le tribunal, en enjoignant à l'Etat de surseoir à l'exécution de sa décision de suspension du contrat qu'il a librement conclu ou d'avoir à réparer les effets de son acte, n'enfreint en rien les prérogatives régaliennes de l'Etat et ne contrarie en rien à l'ordre public international ; qu'il échet dès lors de rejeter également ce motif et conséquemment de rejeter le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale introduite par l'Etat du Bénin* ».

437. La reddition de la sentence aurait été parfaite si, d'un point de vue pratique, elle n'avait pas subordonné la condamnation pécuniaire de l'Etat à son refus éventuel de reprise de l'exécution dudit contrat. En jugeant ainsi, le tribunal arbitral, comme la CCJA, dénie à l'Etat le droit de suspendre un contrat administratif.

⁵³⁷ Il résulte de la décision CCJA, arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin, l'extrait ci-après de la sentence du 13 mai 2014 : « *Par les motifs analysés et exposés ci-dessus, le Tribunal arbitral prononce la sentence suivante :*

- [...] ;
- 6)-condamne l'Etat du Bénin à payer à la Société Benin Control SA, au titre de la réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de la suspension abusive du contrat de marché, la somme de 12.879.216.238 F.CFA hors taxes représentant des sommes recouvrées et non reversées par le Trésor public et qui doivent être payées même en cas de reprise de l'exécution du contrat de marché ;
- 7)-enjoint à l'Etat du Bénin de reprendre et de poursuivre l'exécution du contrat de marché n° 20/MEF/MPDEPP-CAG/MDCENTMIP/DNCMP du 9 février relatif à la mise en place du Programme de Vérification des Importations (PVI) de Nouvelle Génération avec la Société Benin Control SA, dans les termes et conditions convenus dans un délai de soixante (60) jours à compter de la notification de la sentence ;
- 8)-dit et juge que la reprise de l'exécution dudit contrat dans le délai prescrit entraîne la prorogation de la durée initiale au titre de chaque type de prestations d'une période de temps égale à la période pendant laquelle le contrat aura été suspendu ;
- A défaut de reprise de l'exécution du contrat de marché dans le délai prescrit [condamne l'Etat du Bénin au paiement de diverses sommes] ».

438. Dans un second temps, la CCJA affirme que le tribunal arbitral n'a pas à juger de la validité des actes pris par l'Etat dans l'exercice de ses prérogatives. Ainsi, sans avoir à employer les termes du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, la CCJA a appliqué l'interdiction faite aux juges « *à peine de forfaiture, [de] troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions* »⁵³⁸.

Conclusion du Chapitre 1.-

439. En conclusion, l'étude des règles matérielles d'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA a permis d'apporter des éléments de réponses aux problèmes que pose l'exequatur de ces sentences devant les juridictions des Etats parties de l'OHADA, y compris la CCJA. En effet, il était question de lever le voile sur la juridiction compétente en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA, l'intensité de son contrôle⁵³⁹ et si le principe de non-révision au fond de ces sentences était respecté.

440. D'abord, nous avons relevé que l'exequatur d'une sentence arbitrale impliquant une personne publique ressortit à la compétence de la juridiction administrative lorsque le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public et soumis aux règles impératives du droit public, relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique⁵⁴⁰.

441. Ensuite, lorsqu'elle est saisie d'une telle demande d'exequatur, il appartient à la juridiction administrative saisie de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la

⁵³⁸ La loi des 16 et 24 août 1790.

⁵³⁹ J.-B. RACINE, op. cit., p. 163, n°218 et s. Voy. aussi, M. AUDIT, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », Cah. Arb. 2015, p. 235 ; L. Jeager, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », Cah. Arb. 2015, p. 253.

⁵⁴⁰ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

convention d'arbitrage, et que, d'une part, la sentence a été rendue dans des conditions régulières et, d'autre part, elle n'est pas contraire à l'ordre public⁵⁴¹.

442. Enfin, lorsque le juge de contrôle constate l'illégalité du recours à l'arbitrage, il prononce l'annulation de la sentence arbitrale et décide soit de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître, soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral, « *si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties* »⁵⁴². Le contrôle du juge administratif doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige.

443. En dépit de la carence du droit de l'arbitrage OHADA en règles applicables à l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA, le contrôle desdites sentences par la CCJA est soumis, non seulement, aux conditions générales pour accorder l'exequatur, mais aussi au respect du principe de non-révision au fond⁵⁴³ d'une sentence. Mais, il convient de noter qu'en dépit de cette interdiction, le contrôle superficiel n'est pas admis.

444. En somme, les carences du droit de l'arbitrage OHADA en matière de règles spécifiques applicables à l'exequatur des sentences arbitrales administratives, n'échappent pas à la jurisprudence de la CCJA confrontée au contrôle de ces sentences. L'observation de certains principes en la matière constituerait l'émergence de la spécificité de l'arbitrage administratif de l'OHADA.

445. En tout état de cause, l'effectivité des règles matérielles régissant l'exequatur des sentences arbitrales administratives ne dépend pas que des juridictions de contrôle ; les parties ont un rôle important à jouer en exploitant les différentes voies de recours judiciaires prévues par la loi applicable. Afin de nous en assurer, il conviendrait d'aborder alors, ensuite, les règles procédurales d'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

⁵⁴¹ *Idem, op. cit.*

⁵⁴² *Idem.*

⁵⁴³ CCJA, arrêt n° 011/2011, 29 nov. 2011 : Ohadata J-13-147 : la CCJA a relevé que « *le non-respect par l'arbitre de sa mission ne peut avoir pour objet la révision au fond de la sentence mais seulement de permettre au juge de vérifier si les arbitres se sont ou non, sur les points où leur décision est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bienfondé de leur décision* ».

Chapitre 2.- Les règles procédurales d'exequatur des sentences administratives

446. Les règles procédurales d'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA permettent de distinguer les règles applicables à l'exequatur des sentences arbitrales de droit commun de celles applicables à l'exequatur des sentences arbitrales spécifiques.

447. Alors que l'exequatur des sentences arbitrales de droit commun aboutit à une procédure judiciaire, l'exequatur des sentences arbitrales spécifiques, comme celles du CIRDI et de la CCJA, donne lieu à une procédure administrative.

448. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est souhaitable que le règlement d'arbitrage de la CCJA distingue entre sa mission administrative d'exequatur des sentences arbitrales rendues sous son égide et sa compétence de juridiction de cassation en matière d'exequatur aussi bien, des sentences arbitrales rendues sous son égide que des sentences arbitrales de droit commun.

449. Après avoir présenté l'exequatur des sentences arbitrales de droit commun (Section 1), nous aborderons ensuite, l'exequatur des sentences arbitrales spécifiques (Section 2).

Section 1.- L'exequatur des sentences arbitrales de droit commun

450. Le droit commun fait appel à l'application des règles procédurales définies par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et les législations internes des Etats parties de l'OHADA. Mais, ces textes n'ont pas envisagé, expressément, l'exequatur des sentences arbitrales administratives.

451. La question se pose alors de savoir si l'exequatur de ces sentences, sur le fondement du droit de l'arbitrage OHADA, ne se heurterait pas au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. L'absence de jurisprudence en la

matière, dont les causes peuvent être diverses⁵⁴⁴, autorise les spéculations en la matière. Car, les décisions de justice auxquelles nous avons pu accéder dans le cadre de la présente étude sont celles qui ont été rendues par la CCJA. Cet état de chose fait penser à l'échec ou à l'inefficacité des arbitrages administratifs en droit interne des Etats parties de l'OHADA.

452. L'exequatur judiciaire des sentences arbitrales administratives de l'OHADA pose le problème de règles procédurales applicables devant les juridictions administratives. L'application du droit commun de l'arbitrage OHADA est-elle adaptée à l'exequatur de ces sentences ?

453. Nous aborderons, d'une part, l'exercice du pouvoir du juge de l'exequatur (Paragraphe 1), et d'autre part, la répartition des compétences entre juridictions judiciaires de l'OHADA (Paragraphe 2).

Paragraphe 1.- L'exercice du pouvoir du juge de l'exequatur

454. Depuis la révision de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage intervenue le 23 novembre 2017, l'exercice du pouvoir du juge de l'exequatur est limité dans le temps. Au-delà d'un certain délai, l'exercice de ce pouvoir lui échappe pour cause de déchéance. C'est dire, qu'en dépit des conditions relatives à la preuve de l'existence de la sentence (A) et à la conformité de la sentence à l'ordre public international (B), le juge de l'exequatur peut être déchu de l'exercice de ce pouvoir (C).

A.- Les conditions de reconnaissance et d'exequatur des sentences

455. Ces conditions sont relatives à la preuve de l'existence de la sentence dont l'exequatur est sollicité (1), à la conformité de cette sentence à l'ordre public international (2) et à la déchéance du juge de l'exequatur (3).

⁵⁴⁴ Notamment, l'absence de sentence arbitrale administrative rendue sous l'égide des centres d'arbitrage nationaux des Etats parties de l'OHADA. Serait-il possible de voir un arbitrage administratif impliquant une personne publique sur le territoire duquel se déroule ce type d'arbitrage de façon autonome ?

1.- La preuve de l'existence de la sentence

456. La preuve de l'existence de la sentence est établie conformément aux dispositions de l'article 31, alinéas 1, 2 et 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Ainsi, la condition relative à la preuve de l'existence de la sentence ne peut être établie sur le fondement des lois nationales des Etats parties de l'OHADA.

457. Aux termes de cet article, la reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établisse l'existence de la sentence arbitrale.

458. Cette existence est établie par la production de l'original de la sentence arbitrale accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

459. Si ces pièces ne sont pas rédigées dans la ou les langue(s) officielle(s) de l'Etat partie de l'OHADA où la reconnaissance ou l'exequatur est demandé, le demandeur doit en produire une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts établie par les juridictions compétentes.

460. Ainsi, la preuve consiste à produire l'existence matérielle de la sentence et de la convention d'arbitrage ou les copies certifiées conformes de ces deux documents. Les sentences arbitrales rendues sur le fondement de l'Acte uniforme peuvent être des sentences partielles, des sentences complètes ou définitives ou des sentences additionnelles. Elles doivent revêtir certaines formes, notamment, elles doivent avoir tranché un contentieux et présenter toutes les caractéristiques de leur effectivité.

461. En présence de sentences dépourvues de ces caractéristiques, le juge n'est pas tenu à leur reconnaissance et à leur exequatur. C'est ainsi que, dans un arrêt de la Cour de cassation française, il a été déclaré que le juge pouvait refuser l'exequatur « *si l'acte qui lui est soumis n'a pas un caractère contentieux et ne constitue pas une sentence arbitrale ou si son inexistence est flagrante* »⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Civ. 2, 17 juin 1971, JCP 1971, II, 16914, note P. Level et Rev. Arb. 1972, p. 10, note B. Moreau in J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », 1^{ère} éd., PUF, 2016, p. 560, n°890.

462. En matière internationale, une ordonnance d'exequatur a été annulée⁵⁴⁶ au motif que le juge n'a pas exigé la production de la convention d'arbitrage signée entre les parties, de nature à justifier la compétence du tribunal arbitral ayant rendu les sentences dont était recherchée exequatur, alors qu'il ne pouvait exequaturer une décision sans au préalable avoir vérifié que la juridiction qui l'a rendue était compétente, et que s'agissant d'une juridiction arbitrale, sa compétence ne peut résulter que d'une convention signée entre les parties.

463. La preuve de l'existence de la sentence arbitrale est ainsi aussi envisagée par la Convention de New York en son article IV⁵⁴⁷. Mais, comment l'existence d'une sentence arbitrale peut-elle être véritablement prouvée si la formalité d'enregistrement n'est pas obligatoire avant la demande d'exequatur ? Comment garantir l'intégrité d'une sentence dans un arbitrage *ad hoc* lorsqu'elle n'est pas enregistrée ?

464. De toute manière, l'existence d'une sentence peut être faite par tous moyens de droit. La production de la sentence permet ensuite au juge de l'exequatur de vérifier sa conformité à l'ordre public international.

2.- La conformité de la sentence à l'ordre public international

465. Il convient de distinguer l'ordre public du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées de l'ordre public international. Alors que l'ordre public interne est l'une des conditions visées à l'article V, 2. B. de la Convention de New York, l'ordre public international est celle qui résulte de l'article 31, alinéa 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

⁵⁴⁶ Sénégal, Cour cass., 20 février 2002, 42/2002.

⁵⁴⁷ *Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande :*

a. L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité ;

b. L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

En effet, en droit interne des Etats parties de l'OHADA, l'article 31, alinéa 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que « *La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats parties* »⁵⁴⁸. La règle de la non-contrariété de la sentence arbitrale à une règle d'ordre public international⁵⁴⁹ des Etats parties est donc bien l'une des conditions d'obtention de la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales.

466. La référence à l'ordre public international ne paraissait concerner que les seuls arbitrages internationaux et donc les seuls litiges internationaux au sens du droit international privé, avait relevé le Professeur MEYER⁵⁵⁰ relativement aux motifs d'annulation des sentences arbitrales. *A contrario*, les sentences rendues dans le cadre de litiges internes devaient pouvoir être annulées sur le fondement de la violation de l'ordre public interne⁵⁵¹. C'est pourquoi, nous avons d'ailleurs pensé que le pourvoi en cassation devant la CCJA contre le refus d'exequatur d'une sentence interne devrait donner lieu à un renvoi devant la juridiction nationale compétence qui aurait méconnu l'ordre public interne de l'Etat considéré. Mais, il ne revenait pas à la CCJA d'apprécier cet ordre public interne en lieu et place des juridictions nationales.

467. Le problème de l'ordre public international vient de ce que, affirme le Professeur MEYER, l'Acte uniforme sur l'arbitrage s'est très largement inspiré du droit

⁵⁴⁸ L'utilisation de l'expression « ordre public international des Etats parties » suppose un litige international au sens du droit international privé. La référence à l'ordre public international ne convient que pour ce droit. Seule la réserve de l'ordre public interne doit trouver à s'appliquer lorsque l'arbitre tranche un litige interne. Un arrêt de la CCJA a expressément retenu cette distinction entre arbitrage interne et international, seul ce dernier permettant l'utilisation de l'ordre public international. Dans une affaire opposant deux sociétés de droit béninois relativement à un contrat cadre d'approvisionnement intégralement localisé au Bénin, le demandeur à l'annulation invoquait le moyen de la violation de l'ordre public international. La CCJA a relevé que ce « litige, qui oppose deux sociétés de droit béninois relativement au commerce interne, relève de l'arbitrage interne » et en déduit que « c'est à tort qu'est invoquée la violation de l'ordre public international comme moyen d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage ». La Haute juridiction estime ainsi que la violation de l'ordre public international ne peut être invoquée que dans le cadre d'un arbitrage international et non dans le cadre d'un arbitrage interne. CCJA, ass. plén. Arrêt n°045/2008, 17 juil. 2008 : Rev. Arb. 2010, p. 595 et s. ; Ohadata J-09-83.

⁵⁴⁹ Sur cette notion, v. E. ASSI ASSEPO, « L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », Rev. arb., 2007.753 ; S.-I. BEBOHI-EBONGO, « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA », Rev. Cam. de l'arbitrage, 2006.3 ; G. KENFACK-DOUAJINI, « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA » in *L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités*, Rev. Cam. de l'arbitrage, n° spécial, préc., p. 100 et s.

⁵⁵⁰ P. MEYER, « OHADA, droit de l'arbitrage », op. cit. p. 238, n°405. Voy. aussi S. BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA », Revue camerounaise de l'arbitrage, n°34, Juillet-Août-Septembre 2006, p. 3.

⁵⁵¹ P. MEYER, Commentaires sous l'art. 26 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage in OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 144 ; *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 256 et s.

français de l'arbitrage international alors que le droit uniforme a vocation à s'appliquer aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international. Il se pose donc le problème de la distinction dans le texte de l'Acte uniforme de ce qui est approprié à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international.

468. Mais, c'est assez curieux de constater que l'Acte uniforme révisé du 23 novembre 2017 n'a pas pris en compte ces observations relevant de la sécurité juridique du droit de l'arbitrage OHADA. L'internationalité de l'ordre public, telle qu'elle résulte de l'article 31, alinéa 4 de l'Acte uniforme, est similaire aux dispositions de l'article 1514 du Code de procédure civile français⁵⁵². Il ne s'agit certainement pas d'une coïncidence. Mais, ce caractère international de l'ordre public est une véritable insécurité juridique lorsqu'elle résulte de l'œuvre du législateur.

469. Dans une affaire opposant deux sociétés de droit béninois relativement à un contrat-cadre d'approvisionnement intégralement localisé au Bénin, le demandeur à l'annulation invoquait le moyen de la violation de l'ordre public international. La CCJA a relevé que ce « *litige, qui oppose deux sociétés de droit béninois relativement au commerce interne, relève de l'arbitrage interne* » et en a déduit que « *c'est à tort qu'est invoquée la violation de l'ordre public international comme moyen d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage* »⁵⁵³. La Haute Juridiction estime ainsi que la violation de l'ordre public international ne peut être invoquée que dans le cadre d'un arbitrage international et non dans le cadre d'un arbitrage interne. Elle considère qu'il est donc nécessaire de distinguer, parmi les dispositions de l'Acte uniforme, celles qui peuvent s'appliquer indifféremment à tout arbitrage et celles qui ne peuvent concerner que l'arbitrage international.

470. Si cette position de la jurisprudence mérite, à notre avis, d'être approuvée, selon les termes du Professeur MEYER, il faut immédiatement ajouter que la sentence interne ne doit pas, pour autant, être immunisée contre la violation de l'ordre public.

⁵⁵² L'article 1514 du Code de procédure civile telle qu'il résulte du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, dispose : Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

⁵⁵³ CCJA, arrêt n°045/2008 du 17 juillet 2008, Société Nationale pour la Promotion Agricole dite SONAPRA c/ Société des Huileries du Bénin dite SHB, in Recueil de jurisprudence CCJA n°12, Juillet-Décembre 2008, page 66. V. aussi *Rev. arb.* 2010, p. 595 et s. ; Ohadata J-09-83.

En effet, l'arrêt évoqué ci-dessus se limite à affirmer que le moyen tiré de la violation de l'ordre public international des Etats de l'OHADA ne peut guère prospérer dans un arbitrage interne, alors qu'il faut immédiatement ajouter que, par contre, un tel arbitrage doit pouvoir connaître du moyen de la violation par la sentence de l'ordre public interne qui est d'ailleurs plus contraignant, parce que plus étendu que l'ordre public international.

En dépit de ce que l'ordre public invoqué doit être conforme à la nature interne ou internationale de la sentence dont la reconnaissance et l'exequatur sont sollicités, la condition même de contrariété à l'ordre public est un gouffre d'insécurité juridique de la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques en ce que son appréciation peut être subjective et dépendrait d'un Etat à un autre. C'est peut-être la raison pour laquelle le législateur de l'OHADA l'a rattaché à la notion d'internationalité afin d'en assurer une prévisibilité et une stabilité uniforme à tous les Etats parties de l'OHADA.

Ainsi que nous l'avons abordé ci-avant, la notion d'ordre public oblige le juge à effectuer un contrôle plus approfondi lorsque l'Etat est impliqué dans la sentence. C'est dans cette perspective qu'il convient de comprendre l'affirmation selon laquelle, « *Si une personne privée est condamnée, aucune règle d'ordre public ne sera normalement en cause. Mais si une personne publique est condamnée, le juge contrôlera notamment la sentence au regard du principe d'ordre public selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas* »⁵⁵⁴.

471. En somme, la notion d'ordre public devrait donc être relativisée afin d'assurer l'effectivité des sentences arbitrales administratives. L'établissement de la preuve de l'existence de la sentence et la conformité de cette dernière à une règle d'ordre public international, et interne le cas échéant, constituent les conditions d'obtention de la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales.

472. Néanmoins, le législateur de l'OHADA a enfermé le prononcé d'une décision d'exequatur dans un certain délai de sorte que la question se pose de savoir si cette disposition n'est pas constitutive d'insécurité juridique.

⁵⁵⁴ O. Le BOT, « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », Cah. Arb. 2015, p. 243.

3.- La déchéance du juge de l'exequatur dans un délai limité

473. Lorsqu'un créancier envisage la reconnaissance et l'exequatur d'une sentence arbitrale, c'est qu'il en envisage l'exécution volontaire ou l'exécution forcée. Mais, dans quel délai une requête de reconnaissance et d'exequatur d'une sentence arbitrale serait-elle recevable ?

474. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage n'a pas abordé la question de délai de recevabilité d'une requête de reconnaissance et d'exequatur de sentence arbitrale. Dans les développements *supra*, nous avons observé que, notamment, le droit albertain a établi un délai de prescription de 2 ans pour l'exécution d'une sentence arbitrale. Donc, la reconnaissance et l'exequatur de cette sentence devrait intervenir avant le terme des deux (2) ans.

475. Mais, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne prescrit pas un tel délai pour la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales. Cependant, lorsque la requête est introduite, la juridiction compétente ne dispose que d'une courte durée pour se prononcer sous peine de caducité.

476. Ainsi, la juridiction Etatique, saisie d'une requête en reconnaissance ou en exequatur, statue dans un délai qui ne saurait excéder quinze (15) jours à compter de sa saisine. Si à l'expiration de ce délai, la juridiction n'a pas rendu son ordonnance, l'exequatur est réputé avoir été accordé⁵⁵⁵.

477. Lorsque l'exequatur est accordé, ou en cas de silence de la juridiction saisie de la requête en exequatur dans le délai de quinze (15) jours comme indiqué ci-dessus, la partie la plus diligente saisit le Greffier en chef ou l'autorité compétente de l'Etat Partie pour apposition de la formule exécutoire sur la minute de la sentence. La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire⁵⁵⁶.

478. La décision d'exequatur ne peut intervenir que dans un délai déterminé à défaut duquel elle est réputée avoir été accordée. Mais, en supposant que l'encombrement du rôle ait empêché un juge de statuer dans le délai prescrit, cette disposition semble donner dans l'insécurité juridique, car « *La décision qui accorde l'exequatur n'est*

⁵⁵⁵ Art. 31, al. 5 AUA.

⁵⁵⁶ Art. 31, al. 6 AUA.

susceptible d'aucun recours »⁵⁵⁷. En d'autres termes, les sentences qui contrarieraient l'ordre public interne d'un Etat partie de l'OHADA en cause, pourraient s'avérer exécutoire. Si cette analyse est envisageable aisément, elle ne l'est pas forcément à la mise en œuvre desdites sentences⁵⁵⁸.

B.- Les décisions du juge de l'exequatur

479. Le juge de l'exequatur peut prendre des décisions accordant l'exequatur (1) ou le refusant (2) conformément aux dispositions de la loi du pays où l'exécution est envisagée.

1.- Les décisions accordant l'exequatur

480. L'exequatur des sentences arbitrales rendues sur le fondement de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage traduit la vitalité de l'arbitrage dans les Etats parties de l'OHADA.

⁵⁵⁷ Art. 32, al. 2 AUA.

⁵⁵⁸ En réaction à une sentence arbitrale du Centre d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA condamnant l'Etat béninois à payer des dommages-intérêts à une entreprise privée de droit béninois (CCJA, arr. n°103/2015, du 15/10/2015, Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin), le Garde des Sceaux d'alors avait déclaré : « Le Trésor Public n'entend pas verser 1 Franc à qui que ce soit » (Cf. Site Internet : <https://lanouvelletribune.info/archives/benin/politique/19644-affaire-talon-pvi-le-tresor-public-n-entend-pas-verser-1-franc-a-qui-que-ce-soit-valentin-djenontin#!/ccomment-comment=158485>). Cette déclaration a été qualifiée par la presse béninoise de « suffisamment grave » (Cf. Site Internet : <http://fr.africatime.com/articles/apres-la-decision-de-la-ccja-le-benin-ne-paiera-aucun-kopeak-talon-dixit-valentin-djenontin>). Son collègue du développement abonda dans le même sens en ces termes : « On va bloquer la mise en œuvre de la procédure » (Cf. Site Internet : <https://lanouvelletribune.info/archives/benin/politique/19645-affaire-pvi-si-le-benin-est-meprise-il-peut-meme-se-retirer-de-l-ohada-marcel-de-souza>) avant d'ajouter « si le Bénin est méprisé, il peut même se retirer de l'OHADA. L'essentiel, c'est de ne pas payer ces ressources ». Ces réactions, sans nul doute, politiques, consistent, tout de même, des obstacles à l'exécution de ladite sentence et assez semblables à celles de la plupart des représentants des personnes publiques lorsque sont en cause les biens publics. A une certaine époque, certains Etats avaient menacé de se retirer du CIRDI (Cf. Thèse de doctorat en droit de J. PROUST, « L'arbitrage CIRDI face aux droits de l'homme », soutenue le 22.11.2013, à Paris 1. Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) est une institution d'arbitrage d'investissement mise en place par la Convention de Washington du 18 mars 1965) dont les arbitrages, disait-on, « reflétaient, par la protection systématique des entreprises étrangères, un Etat d'esprit peu compatible avec l'idée même de justice et d'équité » (Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage international Nord-Sud », in Etudes offertes à P. Bellet, 1991, p. 323, spéc., p. 327, n°15). Voy. aussi CA de Paris – 27 juin 2017 – n° 459/17, aff. Ioukos.

481. En effet, conformément aux dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, l'exequatur des sentences arbitrales est délivré par le juge compétent dans l'Etat partie.

482. Mais, ce juge n'a pas la plénitude de juridiction, car, son pouvoir juridictionnel est limité. Il ne s'agit pas que des conditions d'obtention de la reconnaissance et d'exequatur des sentences. La plupart des limites résultent de la jurisprudence.

483. Ainsi, le juge de l'exequatur n'a pas le pouvoir de modifier ou de compléter la sentence⁵⁵⁹. En outre, le contrôle de la conformité des décisions à l'ordre public international est exclusif de révision au fond⁵⁶⁰.

484. Par ailleurs, un sursis à statuer⁵⁶¹ ne pourrait être décidé qu'en cas d'incidence prouvée de la procédure pénale sur la licéité des engagements fondant les condamnations prononcées par les décisions dont l'exequatur est demandé⁵⁶².

485. En vertu de l'article 32 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, « *La décision qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours* ». Cette disposition, selon le Professeur MEYER, s'explique par le fait que le recours en annulation contre la sentence, prévu aux articles 25 et suivants de l'Acte uniforme est, en réalité, indirectement un recours contre la décision ayant accordé l'exequatur⁵⁶³.

486. Dans le cas d'espèce, force est de constater l'inexistence d'ordonnances d'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA issues d'un arbitrage de droit commun ; c'est-à-dire, d'un arbitrage régi par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

487. Etant donné que les décisions accordant l'exequatur sont insusceptibles de recours, il est fort possible que les juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA aient été amenées à prendre de telles décisions.

⁵⁵⁹ Civ. 1^{re}, 14 déc. 1983 : Bull. civ. I, n°295 ; Rev. arb. 1984. 483, note Rondeau-Rivier.

⁵⁶⁰ Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007 : D. 2007. AJ 2025, obs. X. Delpech.

⁵⁶¹ Sur le fondement de l'art. 4 al. 2 C. pr. Pén.

⁵⁶² Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007 : D. 2007. AJ 2025, obs. X. Delpech.

⁵⁶³ Aux termes de l'article 32, alinéa 3 de l'acte uniforme, « *le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit [...] recours contre la décision ayant accordé l'exequatur* ».

488. Mais, curieusement, nos recherches n'ont permis de trouver des ordonnances d'exequatur de sentences opposant des personnes morales de droit privé entre-elles. Ce fut le même constat pour les décisions qui refusent l'exequatur.

2.- Les décisions refusant l'exequatur

489. Le refus de l'exequatur constitue le volet pathologique de la reconnaissance et d'exequatur des sentences arbitrales. En droit de l'arbitrage OHADA, la contrariété à l'ordre public international est le motif de refus de la reconnaissance et l'exequatur des sentences. On aurait même pu ajouter « aussi » ou « également », dans la mesure où la contrariété à l'ordre public international ne constitue pas l'unique motif de refus de l'exequatur ; il y a aussi la preuve de l'existence de la sentence.

490. Mais, ces conditions peuvent parfois être confondues avec celles qui sont prévues en matière de recours en annulation dont les motifs sont plus nombreux. Ainsi, il a été jugé que l'exequatur ne peut être accordé à une sentence arbitrale rendue en violation du principe du contradictoire empêchant ainsi l'une des parties de présenter ses moyens de défense⁵⁶⁴. La violation du principe du contradictoire constituait déjà, avant l'adoption de l'Acte uniforme, un motif d'annulation.

491. Donc, à l'égard de l'Acte uniforme, le juge devrait s'en tenir aux contrôles de l'existence de la sentence et de la convention d'arbitrage, et à sa non violation de l'ordre public international.

492. Mais, à l'époque où cette ordonnance a été rendue, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage en date du 11 mars 1999, n'était pas encore adopté, même si le Traité de l'OHADA en date du 17 octobre 1993, permettait déjà d'envisager la révolution en gestation du droit des affaires.

⁵⁶⁴ Ordonnance n°19/94 du 25 janvier 1994 du Président du Tribunal de première instance de Cotonou, affaire ADEOSI Moïse c/ SONAPRA, Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 2 – Juillet -Août -Septembre 998, p. 15. Ohadata J-08-176. Il convient de préciser que l'entité publique en cause est une entreprise publique, et non une personne publique. Mais, l'exemple fait partie des rares décisions de refus d'exequatur dont nous avons pu disposer.

493. Aussi, le juge s'est-il contenté, de fonder son refus de l'exequatur sur les dispositions de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

494. A l'égard des parties, toutes deux de droit béninois, cette Convention n'a pu être invoquée. Cependant, le caractère étranger de ladite sentence, en ce qu'elle a été rendue en dehors de l'ordre juridique étatique du Bénin par, notamment, l'Association française cotonnière du Havre, en justifie sans doute la compétence.

495. De nos jours, une telle sentence aurait pu être exéquatée si elle réunit les conditions, quitte à ce que cette ordonnance soit déferée à la Cassation de la Haute juridiction communautaire.

496. La Convention de New York ne porte pas sur les recours en annulation. Mais, quel intérêt d'aligner presque tous les motifs d'annulation des sentences arbitrales en conditions de refus de reconnaissance et d'exequatur desdites sentences ?

497. La reconnaissance et l'exécution de ladite sentence pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou

Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

498. La reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales administratives rendues dans le cadre d'un arbitrage de droit commun, comme celui de la CCI ou d'un centre d'arbitrage national ne sont pas fréquents dans les Etats parties de l'OHADA. Outre les arbitrages internationaux et spécifiques, les centres d'arbitrage nationaux n'ont pratiquement jamais administré des arbitrages administratifs.

499. En analysant les activités des centres d'arbitrage de l'espace OHADA, le Professeur a affirmé que « *que le souhait des concepteurs de l'OHADA de promouvoir l'arbitrage comme mode de règlement des différends est loin d'être concrétisé* »⁵⁶⁵. Il constate, en effet, qu'avant l'adoption de l'acte sur l'arbitrage, plusieurs Etats de

⁵⁶⁵ P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage OHADA, dix ans après l'Acte uniforme », *op. cit.*, p. 9.

l'OHADA avaient déjà créé une institution permanente d'arbitrage. Il en était ainsi notamment en Côte d'Ivoire⁵⁶⁶, en Guinée⁵⁶⁷, au Sénégal⁵⁶⁸ au Cameroun⁵⁶⁹ et au Togo⁵⁷⁰.

500. Des centres d'arbitrage ont été créés dans certains pays après l'adoption du droit uniforme sur l'arbitrage. Tel est le cas au Bénin⁵⁷¹, au Burkina Faso⁵⁷² et au Mali⁵⁷³. La création d'une institution permanente d'arbitrage rattachée à la Chambre de commerce était en cours au Niger à l'époque de son article, notamment en 2010.

501. On trouve donc des institutions permanentes d'arbitrage dans plus de la moitié des Etats membres de l'OHADA et, à l'exception du Togo, ces centres ont été créés soit peu de temps avant l'adoption de l'acte uniforme sur l'arbitrage, soit après⁵⁷⁴. Ces institutions sont dotées d'un règlement d'arbitrage assez largement inspiré du règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

502. On y retrouve les attributions classiques des institutions permanentes d'arbitrage dans l'administration des procédures arbitrales : interventions lors des incidents pouvant affecter la constitution des tribunaux arbitraux (assistance à la constitution, traitement des demandes de récusation, remplacement des arbitres), réception et transmission des actes et pièces nécessaires à l'instance arbitrale, examen de l'acte de mission (parfois appelé procès-verbal) si l'une des parties refuse de le signer, examen des projets de sentences arbitrales, notification des sentences. Avec la création de ces centres d'arbitrage, on pourrait, *a priori*, penser que le droit uniforme sur l'arbitrage a contribué à l'essor de la pratique arbitrale sur le continent africain.

⁵⁶⁶ La Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI) a été créée en 1997.

⁵⁶⁷ La Chambre d'arbitrage de Guinée a été créée en 1998.

⁵⁶⁸ Le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar, a été créé en 1998.

⁵⁶⁹ Le Centre d'arbitrage du Groupement interpatronal du Cameroun (GICAM) a été créé en 1999.

⁵⁷⁰ Au Togo, une cour d'arbitrage avait été créée par une loi du 28 novembre 1989.

⁵⁷¹ Avec la création du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce et d'industrie du Bénin et le Centre d'arbitrage créé par l'Association interprofessionnelle du coton.

⁵⁷² Avec la création du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou.

⁵⁷³ Avec la création du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce du Mali.

⁵⁷⁴ Les activités des centres d'arbitrage du Bénin (CAMEC-CCIB et Centre d'arbitrage de la filière du coton) et du Burkina Faso ont été présentées lors du Colloque tenu à Yaoundé les 14 et 15 janvier 2008 sur *L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités*, Rev. Cam. de l'arbitrage, n° spécial, février 2010, p. 23 et s. Outre le Bénin et le Burkina, deux communications portant sur l'Etat de l'arbitrage dans deux Etats africains non membres de l'OHADA ont été présentées : Djibouti (A.-M. Aref), « L'arbitrage en République de Djibouti : une question plus que d'actualité », p. 37 et s. et le Nigéria (A. Akinbote) : « The state of arbitration in Nigeria », p. 44 et s.

503. Cependant, lorsqu'au-delà de l'existence de l'institution, on s'attache à observer l'activité de ces centres, on ne peut que constater le très faible développement de l'arbitrage dans la plupart des Etats concernés, dont la presque inexistence totale des arbitrages administratifs.

504. En effet à l'exception du Centre d'arbitrage de conciliation et de médiation de Ouagadougou⁵⁷⁵, et dans une moindre mesure du Centre d'arbitrage du Groupement interpatronal du Cameroun⁵⁷⁶ et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar⁵⁷⁷, les autres institutions permanentes ont une activité très réduite⁵⁷⁸, voire inexistante⁵⁷⁹.

505. Si l'on ajoute à cette constatation relative à la faible activité des institutions permanentes d'arbitrage, l'observation que, dans les autres Etats de l'OHADA, il n'existe pas d'institution de ce genre⁵⁸⁰, il semble raisonnable d'affirmer que le souhait des concepteurs de l'OHADA de promouvoir l'arbitrage comme mode de règlement des différends est loin d'être concrétisé.

506. Cette conclusion du Professeur MEYER mériterait qu'on la confronte avec l'efficacité des règles applicables à l'arbitrage, en l'occurrence, l'arbitrage administratif. Mais, ce serait trop tôt, dans la mesure où, suite au résultat de l'effectivité d'un droit public de l'arbitrage OHADA, il reste à en apprécier l'efficacité aux fins de comprendre le fondement de l'intérêt des personnes publiques à l'arbitrage, notamment, CCJA, au détriment des centres nationaux lorsque le litige est interne.

507. L'analyse des règles applicables à la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales administratives issues d'un arbitrage de droit commun a été l'occasion d'étudier les juridictions ayant compétence pour accorder l'exequatur des sentences arbitrales et leur pouvoir.

⁵⁷⁵ Depuis sa création effective en 2007, le Centre de Ouagadougou a traité 48 dossiers d'arbitrage et 35 dossiers de médiation.

⁵⁷⁶ Depuis sa création en 1999, le centre du GICAM a enregistré 32 dossiers d'arbitrage.

⁵⁷⁷ Depuis sa création en 1998, le Centre de Dakar a enregistré 54 dossiers d'arbitrage.

⁵⁷⁸ A titre d'exemple, le Centre d'arbitrage du Bénin n'a enregistré depuis sa création que 2 demandes d'arbitrage, celui du Mali 10 demandes d'arbitrage.

⁵⁷⁹ Tel est le cas de la Cour d'arbitrage du Togo.

⁵⁸⁰ Tel est le cas notamment au Gabon, au Congo, en Centrafrique, au Tchad et en Guinée Bissau.

508. Par rapport à la compétence juridictionnelle, il a été noté que les règles applicables ne traduisent pas le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires en dépit de l'admission des personnes publiques à l'arbitrage.

509. La question s'est posée alors de savoir si l'arbitrage administratif ne relèverait pas, comme l'a affirmé un auteur⁵⁸¹, du droit commun de l'arbitrage privé de manière que l'exequatur des sentences arbitrales administratives relèverait de la compétence de la juridiction judiciaire. Mais, cette affirmation comporte des limites.

510. En droit interne des Etats parties de l'OHADA, les règles de compétence juridictionnelle sont d'ordre public. Il ne peut donc être dérogé à ces règles sous prétexte d'arbitrage.

511. En droit OHADA, la banalisation des conséquences de l'admission des personnes publiques à l'arbitrage a donné lieu à la concentration de tous les pouvoirs entre les mains de la CCJA sous la bannière de l'unification de la jurisprudence arbitrale et de la célérité de la procédure.

512. Mais, nous avons constaté que les nobles objectifs de la CCJA ne donnent pas à cette dernière le droit de contrôler les règles d'ordre public interne des Etats parties.

513. En tout état de cause, les règles relatives à l'exequatur des sentences arbitrales mériteraient d'être révisées de manière à intégrer le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires au regard de l'admission des personnes publiques à l'arbitrage.

514. Quant à l'exercice du pouvoir juridictionnel des juridictions en charge de l'exequatur des sentences arbitrales, le renforcement des conditions pose le problème du contrôle des règles d'ordre public nécessaire à la bonne gestion des ressources publiques.

515. Il convient cependant, de retenir que les conditions d'obtention de l'exequatur ont l'avantage de ne laisser au juge aucune autre marge de manœuvre que de s'y conformer. Ainsi, en dépit des orientations qu'il pourrait donner à ses décisions, celles-ci pourront être soumises au contrôle de la CCJA.

⁵⁸¹ P. MEYER, « Droit de l'arbitrage OHADA », *op. cit.*, p. 40, n° 75.

Paragraphe 2.- La répartition des compétences entre juridictions judiciaires

516. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage OHADA représente la loi interne des Etats parties de l'OHADA en matière d'arbitrage. A cet effet, les procédures d'exequatur sont engagées conformément aux dispositions de cet Acte uniforme et le Code de procédure applicable.

517. Mais, suivant l'article 32 alinéa 1 de l'Acte uniforme, la décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. En d'autres termes, la CCJA intervient en qualité de juridiction de cassation pour le contrôle de l'application de l'Acte uniforme.

518. Il s'agit donc d'une répartition de compétences entre juridictions de l'OHADA permettant de distinguer la compétence des juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA (A) de celle de la CCJA (B).

A.- Les juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA

519. Il s'agit de savoir si, au regard de l'admission des personnes publiques à l'arbitrage⁵⁸², les règles relatives à la compétence des juridictions chargées de l'exequatur des sentences arbitrales sont applicables aux juridictions administratives en vertu du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

520. Ce principe, ainsi que nous l'avons évoqué ci-avant, signifie que les « *fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives* »⁵⁸³ et interdit aux juges, « *à peine de forfaiture, [de] troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions* »⁵⁸⁴. La traduction de ce principe dans

⁵⁸² Conformément aux dispositions de l'art. 2 de l'AUA.

⁵⁸³ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'évolution du contentieux administratif », 2017, synthèse d'actualité : août 2018. V. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, RFDA 1990. 698, étude G. VEDEL : « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel [...] relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif ».

⁵⁸⁴ *Idem.*

l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage aurait conduit à distinguer la juridiction compétente pour l'exequatur des sentences arbitrales ordinaires ou de droit commun de celle chargée de l'exequatur des sentences arbitrales administratives. L'absence de cette distinction conduit à s'interroger sur l'applicabilité du principe en droit de l'arbitrage OHADA au regard de l'admission des personnes publiques à l'arbitrage.

521. L'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage pose la règle de la compétence juridictionnelle à l'exequatur des sentences arbitrales en ces termes : « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat Partie* ». Suivant l'article 32 du même Acte uniforme, « *La décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* ». Ces dispositions traduisent l'application du principe du double degré de juridiction dont la juridiction nationale des Etats parties de l'OHADA constitue le premier degré, et la CCJA, le second.

522. La juridiction compétente dans l'Etat partie de l'OHADA statue en premier et dernier ressort ; il s'agit de la juridiction de fond chargée de dire et de juger les faits ainsi que le droit. Les décisions rendues en dernier ressort sont insusceptibles d'appel et ne peuvent en conséquence être jugées une seconde fois par la cour d'appel.

523. Conformément à ces dispositions, la question est de savoir si le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires est respecté en matière d'exequatur de sentences arbitrales administratives.

524. En droit interne des Etats parties de l'OHADA, l'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, comme dans la plupart des Etats parties de l'OHADA, s'est traduit par l'adoption de la Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, de la République du Bénin dont l'article 1168 dispose : « ... *les demandes d'exequatur des sentences arbitrales sont portées devant le président du tribunal du lieu où l'exécution sera entreprise* ». L'application de cet article à l'exequatur d'une sentence arbitrale administrative ne conduit pas à la reconnaissance de la compétence des juridictions administratives ainsi que nous l'avons évoqué ci-avant⁵⁸⁵, en raison du silence de la loi en

⁵⁸⁵ Aux termes de l'article 53 de la Loi n° 2001-37 portant organisation judiciaire en République du Bénin, les tribunaux de première instance, en matière administrative, connaissent en premier ressort du contentieux de tous les actes émanant des autorités administratives de leur ressort. Relèvent de ce contentieux :

la matière. Ainsi, ni la loi portant organisation judiciaire au Bénin, ni celle relative à la procédure administrative n'attribue explicitement compétence à la juridiction administrative en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives.

Ce silence du droit interne des Etats parties de l'OHADA ne s'observe pas, d'un point de vue comparatif, en droit français en dépit de la prohibition de l'arbitrage administratif. Alors que la compétence de la juridiction administrative va de soi en matière interne, le droit français définit les contrats en vertu desquels cette compétence est de règle en matière internationale, naturellement, lorsque le contrôle de la sentence en cause est sollicité en France. Nous citerons, à titre d'exemples, les affaires *Broadband Pacifique*⁵⁸⁶, en matière interne, et *Ryanair*⁵⁸⁷, en matière internationale.

1°) les recours en annulation pour excès de pouvoir des décisions des autorités administratives ;
2°) les recours en interprétation des actes des mêmes autorités sur renvoi des autorités judiciaires ;
3°) les litiges de plein contentieux mettant en cause une personne morale de droit public sauf les exceptions prévues par la loi ;

4°) les réclamations des particuliers pour les dommages causés par le fait personnel des entrepreneurs concessionnaires et régisseurs de l'administration ;

5°) le contentieux fiscal. V. aussi, l'art. 818, Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes.

⁵⁸⁶ Cf. T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », Recueil Dalloz 2016 p.2589. Sur cette affaire, le Professeur CLAY a cité : T. confl., 16 nov. 2015, n° 4025, JCP 2016. 900, § 5, obs. C. Seraglini), et le Conseil d'Etat a annulé (CE 23 déc. 2015, n° 376018, D. 2016. 2025, obs. S. BOLLEE, spéc. p. 2035 ; AJDA 2016. 7, et 1182, note A. GRAS ; Paris Journ. Intern. Arb. 2016. 429, note A. BIZARD et Q. de KERSAUZON ; JCP 2016. 900, § 5, obs. C. SERAGLINI. V. aussi, CE, sect., 2 mars 1956, *SARL Le secteur électrique de Reuilly*, Lebon p. 102 ; CE, ass., 4 janv. 1957, *Lamborot*, Lebon p. 12 ; AJ 1957. 108 ; CE, 28 déc. 2005, n° 274527, *Union syndicale des magistrats administratifs*, Lebon p. 591 ; AJDA 2006. 12 ; *ibid.* 940, note J.-M. PONTIER ; D. 2006. 3026, obs. T. CLAY : seul le législateur peut décider d'attribuer aux cours administratives d'appel le jugement des recours contre des sentences arbitrales.

⁵⁸⁷ CE, 19 avr. 2013, n° 352750, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, Lebon p. 102 ; AJDA 2013. 822 ; *ibid.* 1271, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; D. 2013. 1445, obs. M.-C. de MONTECLER, note P. CASSIA ; *ibid.* 2293, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid.* 2936, obs. T. CLAY ; RDI 2013. 362, obs. S. BRACONNIER ; AJCT 2013. 427, obs. S. HUL ; RTD com. 2014. 326, obs. E. LOQUIN ; Contrats Marchés publ. 2013. 174, note P. DEVILLERS ; Dr. adm. 2013. 49, note F. BRENET ; Gaz. Pal. 30 mai 2013, p. 18, note M. GUYOMAR et 18 juin 2013, p. 10, obs. B. SEILLER ; JCP 2013. 748, note S. LEMAIRE et p. 784, note J. ORTSCHIEDT ; p. 1117, note G. EVEILLARD ; JCP Adm. 2013. 2245, note H. MUSCAT et 2330, note C. BLANCHON ; Rev. arb. 2013. 761, note M. LAAZOUZI ; RJEP nov. 2013, p. 27, concl. G. PELLISSIER ; T. confl., 11 avr. 2016, n° 4043, *Société Fosmax Lng*, Lebon ; AJDA 2016. 750 ; D. 2016. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2589, obs. T. CLAY ; T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad*, Lebon p. 580 ; AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. CASSIA ; *ibid.* 2337, tribune P. CASSIA ; D. 2010. 2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE ; *ibid.* 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid.* 2933, obs. T. CLAY ; *ibid.* 2011. 2552, chron. Y. GAUDEMET, C. LAPP et A. STEIMER ; RDI 2010. 551, obs. S. BRACONNIER ; RFDA 2010. 959, concl. M. GUYOMAR ; *ibid.* 971, note P. DELVOLLE ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. LAAZOUZI ; RTD com. 2010. 525, obs. E. LOQUIN ; Gaz. Pal. 27 mai 2010, p. 27, note M. GUYOMAR ; JCP 2010. 1045, note T. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, chron. 644 comm. 12 J. ORTSCHIEDT ; Rev. arb. 2010. 275, concl. M. GUYOMAR ; Rev. arb. 2010. 253, ét. M. AUDIT ; Dr. adm. 2010 comm. 122, note F. BRENET et F. MELLERAY ; D. FOUSSARD, Gaz. Pal. 2010. 717, ét. D. FOUSSARD.

525. Dans l'affaire *Broadband Pacifique*, les faits se rapportent à un administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna (une collectivité d'outre-mer française), qui a autorisé, pour cinq ans, la société *Broadband Pacifique* à établir et exploiter un réseau de communications électroniques sur le territoire de cette collectivité, par un arrêté du 18 mai 2009.

526. L'article 10.1 du cahier des charges annexé à cet arrêté définissant les conditions de cette exploitation et les obligations de la société, prévoit que « *l'interconnexion entre le réseau de l'opérateur et de celui du service des postes et télécommunications (SPT) fait l'objet d'une convention [...] Les litiges de toute nature relatifs à la conclusion ou à l'exécution de ces conventions seront arbitrés par un technicien indépendant désigné, à l'initiative de la partie la plus diligente, par le président du tribunal de première instance de Nouméa. Cette procédure arbitrale est limitée à la première instance, tout appel et autre recours relevant des tribunaux compétents de l'ordre judiciaire ou administratif* ».

Après avoir vainement sollicité, après la délivrance de l'autorisation du 18 mai 2009, la conclusion d'une convention d'interconnexion avec le service des postes et télécommunications des îles Wallis et Futuna, la société *Broadband Pacifique* a demandé la désignation d'un arbitre en se fondant sur les dispositions précitées du cahier des charges.

527. Par une sentence du 4 décembre 2013, l'arbitre nommé par l'ordonnance n° 12/00452 du président du tribunal de première instance de Nouméa, a jugé que le refus de l'administrateur supérieur méconnaissait le droit que tenait la société de l'arrêté du 18 mai 2009 de conclure une convention d'interconnexion et que cette illégalité fautive lui avait causé un préjudice direct qui devait être réparé.

528. L'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna a formé, devant le Conseil d'Etat, une requête tendant à l'annulation de cette sentence arbitrale. C'est à cette requête que le Conseil d'Etat a répondu en décidant que le litige soumis à l'arbitre, dont la sentence est contestée, porte sur la légalité et les conséquences préjudiciables d'une décision administrative prise par l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna dans l'exercice de sa prérogative d'autoriser l'exploitation, par un opérateur privé, d'un réseau de communications électroniques et d'en fixer les conditions et qu'un tel litige relève de la compétence de la juridiction de l'ordre administratif.

529. La compétence du Conseil d'Etat, en matière de contrôle des sentences arbitrales administratives de droit interne, semble ainsi confirmée, en vertu de l'article L. 321-2 du Code de justice administrative.

530. Ainsi, l'admission des personnes publiques à l'arbitrage, comme en droit de l'arbitrage OHADA, ne conduit pas à soumettre les sentences qui en résultent à un droit commun de l'arbitrage privé. Le litige étant de nature administrative, c'est au juge administratif qu'il convient de soumettre le contrôle des sentences arbitrales qui en résultent.

531. Ce serait tout de même paradoxal que le recours à l'arbitrage conduise à la modification des règles d'organisation judiciaire alors que, de toute manière, dès la reddition des sentences arbitrales, l'exécution de ces dernières implique l'applicabilité des règles du droit public.

532. En principe, l'intensité du contrôle⁵⁸⁸ du juge administratif ne devrait pas constituer un sujet d'inquiétude dans la mesure où l'appréciation d'une règle d'ordre public à l'égard des particuliers ne serait jamais comparable à l'égard des personnes publiques si l'on veut préserver la paix et la stabilité publique en observant les règles, notamment de transparence, de bonne gestion des deniers publics.

533. La compétence de la juridiction administrative, en droit interne, n'est donc pas rattachable à une question de simplicité de l'arbitrage ou d'unicité de la jurisprudence arbitrale. Une formule jurisprudentielle synthétisant l'Etat du droit sur la question est rapportée par le Professeur DELAUNAY en ces termes :

*« il résulte des principes généraux du droit public français que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales [...] »*⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », 1^{ère} éd., PUF, 2016, p. 599, n°962 et s.

⁵⁸⁹ B. DELAUNAY, *op. cit.* CE, 23 déc. 2015, n° 376018, *Territoire des îles Wallis*, Lebon p. 484 ; AJDA 2016. 7 ; *ibid.* 1182, note A. GRAS ; D. 2016. 2025, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid.* 2589, obs. T. CLAY.

534. Quelques années plus tôt, l'analyse du Professeur DELVOLVE sur la question avait suffisamment tracé la piste de réflexion sans que la reconnaissance de la compétence de la juridiction administrative en matière d'arbitrage administratif ne soit considérée comme une menace pour l'arbitrage.

535. Il affirmait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Terrier* du 6 février 1903⁵⁹⁰, qui ouvre la jurisprudence sur la qualification des contrats administratifs et la compétence de la juridiction administrative pour connaître de leur contentieux, que, *Romieu*, après avoir rappelé qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, le Tribunal des conflits et le commissaire du gouvernement David s'étaient fondés dans l'affaire *Blanco* « sur le principe de séparation des pouvoirs », affirmait : « si l'on admet ce principe comme base juridique unique de la compétence administrative pour les rapports entre le service public et les tiers, dans l'ordre quasi-délictuel, on doit l'admettre également, a fortiori, pour les rapports qui naissent de l'organisation et du fonctionnement du service public ».

536. Lorsque le Tribunal des conflits statue sur la compétence administrative à propos des contrats administratifs, il vise toujours, comme en d'autres matières, la loi des 16-24 1790 et le décret du 16 fructidor an III⁵⁹¹.

537. Ainsi, poursuit le Professeur DELVOLVE, la compétence du juge administratif pour connaître du contentieux de l'exécution et de la rupture (et d'ailleurs tout autant de la formation) d'un contrat administratif résulte bien du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

538. Lorsque ce contentieux donne lieu à arbitrage, il ne cesse pas d'être administratif. Et s'il y a lieu de faire contrôler la sentence arbitrale par un juge Etatique, ce ne devrait être que le juge administratif.

539. En matière internationale, la solution n'est pas moins similaire. Car, la compétence de la juridiction administrative s'impose lorsque sont en cause certains contrats administratifs relevant de ce que le Conseil d'Etat a qualifié de règles impératives du droit public français.

⁵⁹⁰ Rec. 94, concl. J. ROMIEU ; *Les grands arrêts...*, p. 67, cité par P. DELVOLVE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », *op. cit.*

⁵⁹¹ P. DELVOLVE, *ibid.* Par ex., pour ne prendre qu'un cas célèbre, T. confl., 8 juill. 1963, *Société Entreprise Peyrat c. Société de l'autoroute Estérel-Côte d'azur*, Lebon 787 ; *Les grands arrêts...*, p. 545.

540. Ainsi, dans l'affaire *Ryanair*, le Tribunal des conflits, par une décision du 24 avril 2017, a jugé que l'*exequatur* des sentences arbitrales internationales auxquelles une personne morale de droit public française est partie relève des juridictions administratives si le contrat à l'origine du litige est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou celles qui régissent la commande publique.

541. En l'espèce, le syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) et les sociétés *Ryanair Limited* et *Airport Marketing Services Limited* avaient conclu deux conventions ayant pour objet le développement d'une liaison aérienne régulière entre les aéroports de Londres-Stansted et d'Angoulême.

542. Après avoir résilié unilatéralement ces deux conventions, Ryanair a saisi la *London Court of International Arbitration* (LCIA) conformément à la clause d'arbitrage prévue dans ces conventions ; parallèlement le SMAC saisissait le Tribunal Administratif de Poitiers du même litige. Le Tribunal arbitral s'est déclaré compétent par une sentence avant dire droit du 22 juillet 2011, puis a admis la validité de la résiliation par une sentence du 18 juin 2012.

543. La Cour d'appel de Paris, saisie en appel de l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence du 18 juin 2012, a soulevé le conflit de compétence et saisi le Tribunal des conflits, qui a jugé que :

« lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, il appartient en principe à la juridiction judiciaire, statuant dans les conditions prévues au titre II du livre IV du code de procédure civile, d'une part, de connaître d'un recours formé contre la sentence si elle a été rendue en France et, d'autre part, de se prononcer sur une demande tendant à ce que la sentence, rendue en France ou à l'étranger, soit revêtue de l'exequatur ; que, toutefois, dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande

publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative (nous soulignons) ».

544. La jurisprudence *Ryanair* admet la compétence de la juridiction judiciaire à l'occasion de l'exécution d'une sentence arbitrale administrative sur le sol français. Mais, cette compétence lui est retirée et attribuée à la juridiction administrative « *dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative* ».

C'est en considération de l'impérativité de ces contrats, de leur caractère d'ordre public, que les litiges portant sur certains contrats d'Etat sont soumis à la compétence exclusive des juridictions administratives.

En outre, il a été relevé que le juge judiciaire ne portait pas toujours le même intérêt à l'ordre public que le juge administratif. Certains auteurs avaient même affirmé que « *le juge judiciaire n'exerçait, en contrepoint, qu'un contrôle trop lointain et trop distancié des sentences arbitrales internationales qui relèvent de sa compétence* »⁵⁹².

545. En définitive, outre les qualités spécifiques du juge administratif à connaître du contentieux des contrats administratifs, l'impérativité de ces contrats justifierait la reconnaissance de la compétence des juridictions administratives à l'exequatur des sentences arbitrales administratives.

546. Les dispositions de la Convention de New York, reprises dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, dans le sens de renvoi à la législation nationale, la désignation du juge compétent pour l'annulation et l'exequatur des sentences arbitrales, n'ont pas donné lieu à la désignation de la juridiction administrative pour le contrôle des sentences impliquant les personnes publiques, comme elles n'ont pas donné lieu non plus, à l'attribution au juge judiciaire, la compétence d'assurer le contrôle de ces sentences arbitrales administratives de manière explicite.

547. A moins que, dans le cas du Bénin, « *le président du tribunal du lieu où l'exécution sera entreprise* », pour les demandes d'exequatur des sentences arbitrales, soit

⁵⁹² *Ibid.*, op. cit.

le président de la chambre administrative de ce tribunal, au sens des dispositions de l'article 818 de la Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, de la République du Bénin. Sauf que, cette chambre, encore moins ce tribunal, n'a aucune attribution relative au contrôle des sentences arbitrales administratives.

548. En tout état de cause, le silence des législations nationales des Etats parties de l'OHADA sur la compétence des juridictions administratives à l'exequatur des sentences arbitrales administratives est un obstacle au développement de l'arbitrage administratif. La participation des personnes publiques à l'arbitrage est un engagement des biens et deniers publics dans un contentieux dont les règles doivent être prévisibles et stables.

549. Il n'y a pas de doute que la question de la compétence des juridictions administratives trouve une solution jurisprudentielle comme ce fut le cas dans l'arrêt CCJA n° 15 du 1^{er} avril 2008 relatif à une question de compétence juridictionnelle.

550. Alors que le tribunal de première instance de Cotonou (Bénin) s'est déclaré compétent, la compétence de la cour d'appel a été invoquée par certains plaideurs au motif que « *le recours en annulation contre une sentence arbitrale revêtue de l'autorité de la chose jugée relève de la Cour d'appel (70)* ». La CCJA, dans un arrêt du 1^{er} avril 2008, a affirmé qu'en « *droit processuel, toutes les fois qu'un texte particulier n'attribue pas à une juridiction déterminée la connaissance exclusive de certaines matières, ladite connaissance de celles-ci échoit aux juridictions de droit commun* ».

551. Mais, l'absence de règle spécifique à l'exequatur des sentences arbitrales administratives est une insécurité juridique pour les personnes publiques de l'OHADA. Cette carence des législations nationales caractérise également la compétence de la CCJA.

B.- La compétence de la CCJA en tant que juridiction de cassation

552. La compétence de la CCJA à l'exequatur des sentences arbitrales est déterminée aux articles 32, alinéa 1, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et 14, alinéa 5, du Traité de l'OHADA.

553. Alors que le premier dispose que « *La décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* », le second précise que, « *En cas de cassation, elle [la CCJA] évoque et statue sur le fond* ». Donc, la CCJA, en matière de contrôle des sentences arbitrales issues d'un arbitrage de droit commun, est une juridiction de cassation avec pouvoir d'évocation.

554. En tant que juridiction de cassation, la nature administrative des contrats litigieux semble n'avoir aucun effet sur la composition de la Cour. On note en effet, que cette dernière statue souvent en assemblée plénière⁵⁹³ de sorte qu'on ne peut affirmer qu'elle applique le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

555. Pourtant, les règles de compétence de la CCJA semblent autoriser les formations spéciales. En effet, l'article 9 (nouveau) du Règlement n°01/2014/CM/OHADA du 30 janvier 2014 modifiant et complétant le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 18 avril 1996, dispose : « *La Cour siège en formation plénière. Elle peut toutefois constituer des chambres de trois ou cinq juges* ». L'application de cette règle pourrait donner lieu à l'expression du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

556. Quand bien même la procédure d'exequatur n'aura pas permis une révision au fond de la sentence, le pouvoir d'évocation ôte tout doute sur la banalisation de l'arbitrage administratif par la CCJA.

557. Par définition⁵⁹⁴, l'évocation est un pouvoir qui permet à une juridiction d'attirer à elle le fond d'un litige afin d'y statuer définitivement. Elle est une « *attribution que possède une juridiction, dans tous les cas où elle est saisie, d'examiner complètement le dossier d'une affaire, de la réformer, de corriger les erreurs de qualification des juges primitivement saisis, de relever toutes les circonstances légales qui accompagnent les faits* ».

⁵⁹³ Exemples de quelques décisions de la CCJA en matière d'arbitrage administratif : ARRET N°011/2011 du 29 novembre 2011, Etat du Mali c/ Société ABS International Corporate LTD ; ARRET N° 012/2011 du 29 novembre 2011, République de Guinée Equatoriale et La Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) contre La Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE) ; Arrêt N° 033/2015 du 23 avril 2015, ETAT DU MALI contre Société Groupe TOMOTA S.A. ; ARRET N°039/2014 du 17 avril 2014 Etat du Mali contre Société CFAO ; ARRET N°103/2015 du 15 octobre 2015, Société Benin Control SA contre Etat du Bénin ; Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor Contre Société Commune de Participation et Patrice TALON.

⁵⁹⁴ Cf. I. NDAM, « L'évocation en matière judiciaire : obligation ou simple faculté pour la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ? », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 3 - Septembre 2013, *Doctrine*.

558. En droit français, NDAM affirme que l'évocation est notamment « *une faculté qui appartient au juge du deuxième degré, saisi de l'appel de certains jugements de première instance, de s'emparer de toute l'affaire, et de statuer sur le tout, c'est-à-dire sur le fond du procès, par une seule et même décision* ».

559. Dans le cadre de l'OHADA, l'évocation puise ses sources dans deux dispositions. La première référence au pouvoir d'évocation de la Cour commune est l'alinéa 5 de l'article 14 du Traité qui dispose qu'en cas de cassation, la CCJA évoque et statue sur le fond ; c'est l'évocation en matière judiciaire. La seconde référence à l'évocation figure à la fin de l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA qui, dans l'hypothèse où la Cour estime que la demande de contestation de validité de la sentence arbitrale est fondée, prévoit qu'« *elle évoque et statue au fond si les parties en font la demande* ».

560. Il s'agit ici de l'évocation en matière d'arbitrage. Nous pensons que, contrairement à Ibrahim NDAM, il n'y a pas lieu à distinguer entre l'évocation en matière judiciaire et l'évocation en matière d'arbitrage, en ce que l'évocation est judiciaire sans considération du domaine du contentieux. Elle est fondée sur l'idée de célérité, de simplification de la justice, de garantie d'une jurisprudence uniforme et de réduction du coût de la justice⁵⁹⁵.

561. Ainsi, l'institution de l'obligation d'évocation vise à asseoir la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA : elle est notamment fondée sur le souci d'assurer la célérité, la simplicité de la justice, l'unification jurisprudentielle et la réduction du coût de la justice.

562. D'abord, selon NDAM, l'obligation d'évocation en matière judiciaire a le mérite d'assurer la célérité procédurale en évitant les renvois aux juridictions nationales et en faisant échec aux manœuvres dilatoires des plaideurs de mauvaise foi qui, dans le cadre d'une cassation avec renvoi, seraient tentés de se pourvoir en cassation devant la CCJA pour mettre en jeu le mécanisme de renvoi afin de gagner du temps. Ensuite, affirme-t-il, l'obligation d'évocation entraîne pour conséquence d'assurer la simplicité procédurale et d'éviter la cherté de la justice. Enfin, le devoir théorique d'évocation permet à la CCJA

⁵⁹⁵ *Ibid., op. cit.* L'auteur affirme que le Professeur J. LOHOUES OBLE avait déjà prévu cette situation quand elle écrivait que l'évocation par la CCJA « présente l'avantage de faire gagner du temps ».

d'être outillée pour accomplir sa mission : garantir l'unification des interprétations et des applications du droit communautaire.

563. L'obligation d'évocation apparaît ainsi comme la technique maîtresse sans laquelle l'objectif de sécurisation juridique par l'unification à travers le contrôle de la légalité des décisions de justice rendues par les juges nationaux, serait inachevé, car elle évite les divergences de solutions qui proviendraient des différentes Cours d'appel des Etats membres de l'OHADA.

564. Ces conséquences positives de l'obligation d'évocation n'occultent cependant pas les multiples conséquences négatives liées à l'exercice de cette obligation légale, pour employer les termes de Ibrahim NDAM.

565. D'abord, l'évocation oblige la CCJA à apprécier la matérialité des faits comme toute juridiction de fond alors que la juridiction supranationale n'entend pas jouer ce rôle car elle maintient le principe classique selon lequel les juridictions de fond apprécient souverainement la matérialité des faits.

En effet, la particularité de l'évocation est qu'elle permet à une Cour de connaître des faits et du droit. Or, *« l'institution de la cassation repose sur la distinction fondamentale du fait et du droit en sorte que les fonctions du juge de cassation et du juge de fait sont, par nature, antinomiques »*.

566. Cette affirmation rappelle une règle établie selon laquelle en tant que juge de droit, une Cour suprême ne doit pas statuer en fait, sa fonction consiste à vérifier si la règle de droit a été correctement appliquée ou interprétée.

567. Conformément à cette particularité, la CCJA peut franchir, dans le cadre de l'évocation tout au moins, les limites traditionnelles des pouvoirs de la juridiction de cassation pour connaître des faits alors qu'elle n'abandonne pas le principe selon lequel les juridictions de fond statuent en premier et dernier ressort.

568. Ces juridictions continuent à exercer un pouvoir souverain d'appréciation de la matérialité des faits, puisque la CCJA leur reconnaît l'exclusivité et la souveraineté de l'exercice de ce pouvoir.

569. Ensuite, l'exécution de l'obligation d'évocation par la CCJA entraîne une autre conséquence : elle lui permet d'étendre son domaine de compétence à la connaissance des règles de droit national.

570. Elle fait basculer invariablement la CCJA de la posture de juridiction supranationale chargée de contrôler l'interprétation et l'application non seulement des règles de droit communautaire, mais aussi des règles de droit national.

Comme l'a si bien relevé un auteur, « *la particularité de son pouvoir d'évocation réside dans le fait qu'elle est appelée à réexaminer l'affaire au fond aussi bien pour les questions relevant des actes uniformes que pour celles intéressant les textes de droit interne* ».

571. L'immixtion de la CCJA dans les textes de droit national est incompatible avec sa vocation qui est d'assurer le contrôle de la « légalité » des textes nationaux par rapport aux textes communautaires. Dans la plupart des arrêts⁵⁹⁶ opposant les particuliers aux personnes publiques, les contentieux portent sur des contrats administratifs dont le caractère impératif ou de règle d'ordre public interne ne peut être apprécié que par les juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA. Mais, force est de constater que la cassation de ces sentences ne conduit pas à un renvoi devant la juridiction nationale.

Or, dans l'arrêt n°002/2005 du 27 janvier 2005, la CCJA constate l'incompétence d'une Cour d'appel qui, bien que saisie en matière de référé, a statué nonobstant le déclinatoire de compétence comme une juridiction de fond en se prononçant non seulement sur l'existence d'une créance contestée à travers l'appréciation des pièces justificatives des versements faits, mais aussi sur la régularité du pouvoir de vendre de gré à gré. Par conséquent, elle casse l'arrêt de la Cour d'appel sans évoquer ni statuer sur le fond, mais « *renvoie la cause et les parties devant le juge du fond* » compétent.

572. Dans l'arrêt n°012/2005 du 24 février 2005, et à l'opposé de ce que prévoit la loi, la CCJA casse les deux arrêts de la Cour d'appel et renvoie les parties même devant une juridiction arbitrale compétente dès lors qu'il est évident que la juridiction d'appel s'est déclarée à tort compétente.

573. Dans une autre espèce, en outre, la Cour commune casse une décision nationale et « *renvoie les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront* » au motif que le

⁵⁹⁶ ARRET N°011/2011 du 29 novembre 2011, Etat du Mali c/ Société ABS International Corporate LTD ; ARRET N° 012/2011 du 29 novembre 2011, République de Guinée Equatoriale et La Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) contre La Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE) ; Arrêt N° 033/2015 du 23 avril 2015, ETAT DU MALI contre Société Groupe TOMOTA S.A. ; ARRET N°039/2014 du 17 avril 2014 Etat du Mali contre Société CFAO ; ARRET N°103/2015 du 15 octobre 2015, Société Benin Control SA contre Etat du Bénin ; Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor Contre Société Commune de Participation et Patrice TALON.

premier juge, a appliqué à tort les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à une procédure collective ouverte antérieurement à sa date d'entrée en vigueur au Sénégal, soit le 1^{er} janvier 1999.

574. En d'autres termes, la cassation d'une décision nationale et son renvoi devant la juridiction nationale en cause est une pratique de la CCJA, nonobstant les dispositions de l'article 14, alinéa 5 du Traité de l'OHADA⁵⁹⁷. Alors, pourquoi ne pas renvoyer à la juridiction nationale des Etats parties de l'OHADA après cassation, l'appréciation des questions d'ordre public interne ?

575. En tout état de cause, les règles définissant la compétence des juridictions à l'exequatur des sentences arbitrales administratives ne semblent ni se conformer au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ni reconnaître les règles d'ordre public interne des Etats parties de l'OHADA. Cette carence du droit OHADA n'est en définitive qu'une banalisation des implications de l'admission des personnes publiques à l'arbitrage comme nous le constaterons également dans l'exercice du pouvoir juridictionnel à l'exequatur des sentences arbitrales administratives.

576. En somme, le droit commun de l'arbitrage OHADA n'est pas applicable à l'exequatur des sentences arbitrales administratives en ce qu'il ne contient aucune règle en la matière. Mais, cette carence du droit commun de l'arbitrage OHADA ne s'oppose nullement à l'applicabilité du principe de compétence entre juridictions judiciaires et juridictions administratives.

577. Ainsi, l'exequatur des sentences arbitrales administratives par les juridictions administratives pourrait se justifier. Et cela ne sera pas plus mal, car, selon GJIDARA, la mission de l'administration est d'assurer la protection de l'administré tout en veillant à la bonne marche de l'Administration⁵⁹⁸. Donc, si un juge pourrait mieux

⁵⁹⁷ Art. 14 du Traité OHADA dispose : La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions. La Cour peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus. Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux. En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond.

⁵⁹⁸ M. GJIDARA, « Le cinquantenaire des tribunaux administratifs : images d'hier et d'aujourd'hui », issu de Petites affiches, 17/06/2005, n°120, p.3 : « Toute l'histoire du droit administratif [français] est marquée par

apprécier les contrats impliquant les personnes publiques, ce serait bien celui des juridictions administratives. De toutes les façons, le doute de la compétence des juridictions administratives semble définitivement dissipé lorsque le contrat en cause est soumis aux règles impératives du droit public⁵⁹⁹.

578. Ainsi, le sentiment d'une bonne justice pourrait contribuer au développement de la pratique de l'arbitrage administratif. Cependant, toutes les sentences arbitrales administratives ne sont pas soumises à une procédure juridictionnelle d'exequatur. Il en est ainsi des sentences issues des arbitrages spécifiques, comme l'arbitrage CIRDI et l'arbitrage CCJA.

Section 2.- L'exéquat des sentences arbitrales spécifiques

579. Bien qu'issues d'un arbitrage administratif, certaines sentences arbitrales administratives peuvent être exéquatées suivant un régime spécial. L'exequatur de ces sentences ne donne pas lieu à une procédure judiciaire au lieu où leur exécution est envisagée. C'est le cas de l'arbitrage CIRDI et celui de la CCJA. Ces centres ont la particularité de conférer directement l'exequatur aux sentences rendues sous l'égide de leur règlement d'arbitrage.

580. Les règles applicables à l'exequatur de ces sentences apparaissent alors comme une exception à la procédure judiciaire à laquelle soumet l'arbitrage de droit commun. Ne conviendrait-il pas d'encourager ce régime spécial d'exequatur de sentences arbitrales administratives dénué de toute contrainte judiciaire ?

581. Nous analyserons, ci-après, les règles applicables à la reconnaissance et l'exequatur des sentences de la CCJA (Paragraphe 1) et du CIRDI (Paragraphe 2).

les efforts du juge administratif en vue de mieux contrôler l'administration, c'est-à-dire pour protéger l'administré des excès de pouvoir, tout en veillant à la bonne marche de l'administration ».

⁵⁹⁹ C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; T. confl., 24 avr. 2017, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

Paragraphe 1.- La reconnaissance et l'exequatur des sentences CCJA

582. La reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales issues de l'arbitrage spécifique de la CCJA sont régis par le Règlement d'arbitrage du Centre d'Arbitrage de la CCJA⁶⁰⁰ en date du 23 novembre 2017, institué par le Traité⁶⁰¹ de l'OHADA.

583. Il sera question ci-après, d'une part, des attributions de la CCJA en matière de reconnaissance et d'exequatur des sentences arbitrales (A), et d'autre part, des décisions d'exequatur des sentences CCJA (B), et enfin, du titre exécutoire des sentences CCJA (C).

A.- Les attributions administratives de la CCJA

584. Le titre IV du Traité de l'OHADA pose les bases de la compétence de la CCJA à l'exequatur des sentences rendues conformément à son règlement d'arbitrage. Ces sentences ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat Partie de l'OHADA au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Elles

⁶⁰⁰Il s'agit d'une institution d'arbitrage chargée d'organiser la résolution des litiges en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage permettant à toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats Parties, de soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage. Dans la présente étude, il convient de savoir distinguer les fonctions du Centre d'Arbitrage, de celles de la CCJA. Cette dernière a un double manteau dont la fonction est tantôt administrative et tantôt juridictionnelle. Dans sa fonction administrative, la CCJA est comparable aux Comités d'arbitrage des centres d'arbitrage de droit commun. Elle exerce les attributions d'administration des arbitrages dans le domaine qui lui est dévolu par l'article 21 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Les décisions que la Cour prend à ce titre, en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence, sont de nature administrative. Les décisions administratives prises par la Cour sont dépourvues de toute autorité de chose jugée et sans recours. Dans sa fonction juridictionnelle, la CCJA exerce les compétences qui lui sont attribuées par l'article 25 du Traité de l'OHADA en matière d'autorité de chose jugée et d'exequatur des sentences arbitrales rendues sous l'égide du Règlement d'arbitrage de la Cour. Ces sentences peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur. A cet effet, elle a seule compétence pour rendre une telle décision. Mais, dans l'administration des procédures arbitrales, la Cour est assistée d'un Secrétaire Général lequel anime le Centre d'arbitrage. Il en est l'organe de transition. A cet effet, la CCJA communique avec le tribunal arbitral et les parties, au cours d'un arbitrage, par l'intermédiaire du Secrétaire Général. Celui-ci leur transmet ses décisions, ainsi que celles prises par la Cour. Dans ce rôle d'intermédiaire, le bon dénouement d'un arbitrage dépendra du savoir-faire de la Cour.

⁶⁰¹ Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique entré en vigueur, le 18 septembre 1995, tel que révisé à Québec, le 17 octobre 2008 et entré en vigueur, le 21 mars 2010.

peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur que la CCJA a seule compétence pour rendre.

585. L'exequatur, aux termes de l'article 30.1 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, est demandé par une requête adressée au Président de la Cour, avec copie au Secrétaire Général. Ce dernier transmet immédiatement à la Cour les documents permettant d'établir l'existence de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage.

586. Sauf si l'exécution provisoire de la sentence a été ordonnée par le tribunal arbitral, l'exercice du recours en annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale jusqu'à ce que la Cour ait statué. Outre le recours en annulation, la Cour est également compétente pour statuer sur le contentieux de l'exécution provisoire.

587. En somme, l'exequatur des sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA est l'une des compétences juridictionnelles de cette Cour dont la mise en œuvre est déclenchée par voie de requête.

588. Qu'est-ce qu'une requête ? Ce fut aussi l'interrogation de Marcel FOULON et Yves STRICKLER qui se sont intéressés à la question en affirmant que « *Le législateur utilise le même terme « requête » pour désigner des réalités très différentes, d'où la nécessité de distinguer les requêtes gracieuses, des requêtes contentieuses ou à potentialité contentieuse. L'ensemble de ces requêtes ne bénéficie pas d'une unité procédurale et soulève des questions, notamment en matière de contradictoire et de prescription* »⁶⁰². Ils estiment qu'il faut en effet se méfier des mots, car, « *le législateur, qui souvent oublie que le droit ne peut s'accommoder d'approximations, crée la confusion en utilisant le même mot « requête » pour désigner des réalités très différentes* »⁶⁰³.

⁶⁰² M. FOULON, Y. STRICKLER, « Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête » ?) », Gazette du Palais, 08/12/2012, n°343, p. 10. Version numérique Lextenso, p. 1.

⁶⁰³ *Ibidem*. Ainsi, parfois le mot requête est-il synonyme d'initiative : « le tribunal d'instance [de la contestation des conditions des funérailles] est saisi à la requête » - c'est-à-dire à l'initiative - « de la partie la plus diligente (...) » (CPC, art. 1061-1) ; il en est de même pour la demande d'inscription sur la liste des administrateurs judiciaires (C. com., art. A. 811-4 et A. 811-14) et des mandataires judiciaires (art. A. 812-4). D'autres fois, le législateur baptise « requête » un acte qui a une visée juridictionnelle mais qui n'est en réalité qu'une simple demande ne saisissant pas encore une juridiction : c'est le cas des articles 788, 791, 917, alinéa 1er, et 918 du Code de procédure civile (autorisation d'assigner à jour fixe). Ces demandes sont de même nature que la procédure qui résulte des articles 840 et 858 et, pour le juge des référés, 485, alinéa 2 du Code de procédure civile (réduction des délais de comparution et de remise de l'assignation, en cas d'urgence), étant relevé que ces textes n'emploient d'ailleurs pas, et à juste titre, le mot « requête ». Ainsi, ces requêtes ne constituent qu'une modalité de saisine d'une juridiction contradictoire. Parmi ces dernières « fausses » requêtes, il y a les « requêtes unilatérales », qui ne sont qu'une voie d'entrée dans les procédures d'injonction (CPC, art. 1407 : injonction de payer 2 3 ; CPC, art. 1425-3 : injonction de faire) et qui n'ont été créées que dans un but d'accélération et de simplification de la procédure. Ou encore, dans une perspective autre, les

589. Le code de procédure civile français définit la requête comme « *l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé* »⁶⁰⁴. Comme l'article 58 du code de procédure civile français modifié par Décret n°2015-282 du 11 mars 2015, l'article 118 du code de procédure civile du Bénin précise les différentes mentions devant figurer sur une requête. Ainsi, « *La requête doit être datée des jours, mois et an. Elle doit indiquer les nom, prénoms usuels, domicile, nationalité et profession du demandeur ainsi que les nom, prénoms usuels, domicile et le cas échéant, la profession du défendeur. Elle doit préciser l'objet, les motifs et, s'il y a lieu, le montant de la demande. Elle est signée du requérant ou porte ses empreintes digitales. Elle peut également être signée et introduite par son avocat. Cette requête vaut conclusion* »⁶⁰⁵.

590. L'article 563, alinéa 1 ajoute que la requête est présentée en cinq (5) exemplaires et doit être motivée. Il convient de noter que les mentions devant figurer dans la requête en exequatur ne sont pas indiquées par le règlement d'arbitrage de la CCJA en vertu duquel l'exequatur est requis. L'objet de la requête paraît ainsi être le plus important, tant que le requérant et les documents y afférents peuvent être identifiés.

591. C'est sans doute l'intérêt de l'implication du Secrétaire Général de la CCJA à qui incombe la responsabilité de transmettre à la Cour les documents permettant d'établir l'existence de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage. Cette implication du Secrétaire Général de la CCJA est spécifique à ce centre d'arbitrage communautaire. La saisine du juge compétent d'une requête en exequatur incombe à la partie litigante qui y a

demandes par requête au juge des affaires familiales prévues à l'article 1137, alinéa 2 du Code de procédure civile ou la requête des articles 1562 et 1563 du même code. Elles nécessitent alors une convocation à l'audience de l'autre partie. Ajoutons à cette liste, la mal nommée « requête conjointe » de l'article 57 du Code de procédure civile qui n'est pas une requête, mais un substitut amiable à l'assignation et une demande de toutes les parties, saisissant une juridiction. Ainsi le mot « requête » embrasse-t-il en réalité des procédures très diverses qui n'ont en commun que le nom. Elles engendrent tantôt des instances contradictoires, tantôt des instances qui ne le sont pas.

⁶⁰⁴ Article 58 du code de procédure civile français modifié par DÉCRET n°2015-282 du 11 mars 2015 - art. 19 : La requête ou la déclaration est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé. Elle contient à peine de nullité : 1° Pour les personnes physiques : l'indication des nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance du demandeur ; Pour les personnes morales : l'indication de leur forme, leur dénomination, leur siège social et de l'organe qui les représente légalement ; 2° L'indication des nom, prénoms et domicile de la personne contre laquelle la demande est formée, ou, s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social ; 3° L'objet de la demande. Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. Elle est datée et signée.

⁶⁰⁵ Art. 118, loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, p. 25.

intérêt et qui a donc l'obligation, suivant l'article 31 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, d'établir l'existence de la sentence à exécuter.

592. En tout Etat de cause, la saisine de la CCJA d'une requête d'exequatur met en œuvre la procédure d'exequatur des sentences arbitrales. Cette procédure n'est pas contradictoire. Il s'agit donc d'une requête gracieuse, suivant les termes de Marcel FOULON et Yves STRICKLER.

593. La requête en exequatur est non contradictoire pour des raisons d'efficacité de la sentence, selon un auteur⁶⁰⁶. Car, elle ne donnera pas lieu devant le Président de la Cour à un débat contradictoire. Ainsi, « *La partie adverse ne sera pas convoquée, le juge n'examinant pas le fond, il s'en tiendra simplement à un contrôle purement formel pour voir s'il existe ou non une cause de refus d'exequatur* »⁶⁰⁷. La compétence de la CCJA en matière d'exequatur des sentences CCJA couvre aussi bien les sentences de nature interne aux Etats parties de l'OHADA que celles de nature internationale.

594. La question se pose de savoir, de la même façon qu'elle s'est posée ci-avant dans sa fonction de juridiction de cassation, si la CCJA applique aussi le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; si la composition de la Cour tient compte de la nature administrative d'une sentence arbitrale.

595. Il convient de préciser que, à l'exception des sentences issues d'un arbitrage de droit commun pour lesquelles les demandes d'exequatur sont adressées aux juridictions compétentes des Etats parties de l'OHADA, la CCJA n'étant saisie que pour la cassation

⁶⁰⁶ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 557, n°884. Voy. aussi M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, F. de BERARD, « 1390 décisions inédites rendues de 1999 à 2001 sur l'exequatur en France des jugements étrangers », *Gazette du Palais*, 17/06/2004, n°169, p. 4. Il s'agit d'un rapport d'étude commanditée en octobre 2001, par le ministère de la Justice confiée au centre de droit civil des affaires et du contentieux économique de l'université Paris X-Nanterre la réalisation d'une étude systématique des décisions rendues en matière d'exequatur par les juridictions des ressorts des Cours d'appel d'Aix-en-Provence, de Colmar, de Douai, de Paris et de Versailles, dont l'activité dans ce domaine est particulièrement significative soit à raison de leur position centrale soit parce qu'elles sont situées dans des zones frontalières. Les objectifs de l'étude étaient de mesurer l'efficacité et la durée des procédures actuelles de contrôle, de rechercher les caractéristiques du contentieux, de faire apparaître l'attitude des juges français à l'égard des jugements étrangers et d'apprécier enfin les conséquences d'une suppression des procédures relatives à la régularité et à l'exécution des jugements européens. L'étude a porté sur 1.390 décisions dont [...] 553 ordonnances sur requêtes concernant les procédures d'exécution des jugements en provenance d'un Etat signataire des conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Lugano du 16 septembre 1988, seuls textes, applicables aux instances étudiées, prévoyant une procédure d'exequatur introduite par requête. En faveur du caractère non-contradictoire de la procédure relative à la demande d'exequatur et de sa rapidité, il a été observé que « Les présidents des Tribunaux de grande instance de Mulhouse et de Strasbourg exercent un contrôle vigilant de régularité formelle - sans pour autant allonger la durée de la procédure - sur l'authenticité, le caractère exécutoire et la signification du jugement étranger, ainsi que sur la production de l'acte introductif d'instance en cas de procédure par défaut à l'étranger ».

⁶⁰⁷ I. K. DIALLO, « Arbitrage commercial interne et international », *op. cit.*

des décisions refusant l'exequatur, les sentences rendues en application du Règlement d'arbitrage de la CCJA sont adressées, comme nous venons de le voir ci-avant, au Président de la CCJA pour exequatur et la Cour elle-même n'est saisie qu'en cas de refus.

596. En principe, les matières administratives relèvent, au sein des Etats parties de l'OHADA, de la compétence des juridictions administratives. Au Bénin⁶⁰⁸, les matières administratives relèvent des chambres administratives des tribunaux et cours. Alors, en vertu de la compétence exclusive de la CCJA établie à l'article 14 du Traité de l'OHADA, ces matières ne devraient-elles pas donner lieu à la création de chambres administratives à la CCJA ?

597. Avec l'affaire Société Fosmax du 20 juillet 2021, l'incertitude de la compétence des juridictions administratives en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives semble définitivement levée lorsque sont en cause les règles impératives du droit public. Cette jurisprudence est conforme avec le droit positif des Etats parties de l'OHADA, en l'occurrence, ceux relevant à la tradition juridique française. En effet, les litiges portant sur des contrats administratifs soumis aux règles impératives du droit public relèvent, ordinairement, de la compétence des juridictions administratives, tant pour la procédure (l'instruction de l'affaire), que pour les voies de recours. Dans le cas d'espèce, c'est au niveau des voies de recours, essentiellement du contrôle (exequatur et annulation) des sentences arbitrales administratives que l'on pense que la juridiction administrative devrait reprendre la main, sous certaines conditions, notamment, le respect strict de la prohibition de la révision au fond.

598. Dans la quasi-totalité des cas, les décisions de la CCJA sont rendues en Assemblée plénière. Il en est ainsi de l'arrêt n° 139/2015 du 19 novembre 2015 dans l'affaire opposant la République de Guinée à GETMA International. Bien que s'agissant d'une sentence issue d'un arbitrage administratif, la demande d'exequatur a été administrée en Assemblée plénière. C'est aussi le cas de l'arrêt n°104/2015 du 15 octobre 2015 dans l'affaire ayant opposé l'Etat du Bénin à la Société Commune de Participation et un autre⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Cf. Loi n° 2001-37 portant organisation judiciaire en République du Bénin, Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes.

⁶⁰⁹ V. aussi arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Benin Control SA c. Etat du Bénin ; arr. n°039/2014 du 17 avril 2014, aff. Etat du Mali c. Société CFAO ; arr. n° 012/2011 du 29 novembre 2011, aff. République de Guinée Equatoriale et la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) c/ la Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE).

599. L'absence de juridiction administrative au sein de la CCJA à l'exequatur des sentences arbitrales administratives ne permet pas de développer une doctrine et une jurisprudence à l'efficacité de ces sentences. Outre sa contrariété avec le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, l'omission de la composition spéciale de la CCJA en matière administrative pourrait affecter l'effectivité des sentences arbitrales administratives dans la mesure où il y a un risque de banalisation des règles d'ordre public interne des Etats parties de l'OHADA au profit des règles d'ordre public international dans des affaires de nature purement interne. Ce risque pourrait s'apprécier à l'analyse des décisions d'exequatur rendues par la CCJA dans des matières administratives ci-après.

B.- La compétence spécifique de la CCJA en matière d'exequatur

600. L'exequatur de la CCJA a pour effet de conférer force exécutoire à la sentence dans l'ensemble des Etats de l'OHADA. Les sentences provisoires ou conservatoires peuvent être exécutées autant que les sentences définitives.

601. Les décisions d'exequatur des sentences CCJA peuvent porter sur des mesures provisoires ou conservatoires (1) et sur des sentences définitives dont l'exequatur peut être (2) ou non (3) accordé.

1.- Les décisions relatives aux mesures provisoires ou conservatoires

602. Il convient d'abord de préciser que les mesures provisoires n'ont pas la même finalité que les mesures conservatoires. Les mesures provisoires⁶¹⁰ sont des décisions qui sont prises par le juge des référés (en urgence), et ce, pour la durée de la procédure en attendant la décision au fond. Le tribunal arbitral, au sens des articles 10.1 et

⁶¹⁰ N. AKA, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 93 ; cf. site Internet : <http://www.actualitesdroitohada.com/arbitrage/abreges-juridiques/les-mesures-provisaires-et-conservatoires-dans-l-arbitrage/les-mesures-provisaires-et-conservatoires-dans-l-arbitrage>

27.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, a compétence pour prendre des mesures provisoires.

603. Quant aux mesures conservatoires⁶¹¹, il s'agit de mesures ayant pour objet de conserver un droit ou un bien. Elles ont, en principe, un caractère provisoire. En fonction de la nature des demandes, le tribunal arbitral peut prendre des mesures provisoires ou conservatoires.

604. La décision sur l'exequatur des sentences relatives à des mesures provisoires ou conservatoires est rendue dans un délai de trois (03) jours à compter du dépôt de la requête à la Cour.

605. Nous n'avons pas eu l'occasion d'exploiter des sentences arbitrales administratives relatives à des mesures provisoires ou conservatoires. Mais, étant donné qu'il s'agit d'un moyen juridique permettant de préserver l'intégrité d'un droit subjectif en attendant la décision au fond sur son statut définitif, il n'y a pas de doute que les mesures provisoires et conservatoires puissent être invoquées dans le cadre d'un arbitrage administratif.

2.- Les décisions accordant l'exequatur

606. L'exequatur est accordé, dans les quinze (15) jours du dépôt de la requête, par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet et confère à la sentence un caractère exécutoire dans les Etats Parties et contrôle le respect de l'ordre public international, c'est-à-dire, l'ordre public des Etats parties de l'OHADA. La décision du Président qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

607. Dans l'arrêt n° 012/2011 du 29 novembre 2011, la Cour a ordonné l'exequatur de la sentence arbitrale en date du 18 juin 2009 rendue dans l'affaire opposant la République de Guinée Equatoriale et la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) à la Commercial Bank GuineaEcuatorial (CBGE) sur le fondement de l'irrecevabilité des requêtes formulées, respectivement par la CEMAC et la Guinée Equatoriale, en tierce opposition et en contestation de validité de ladite sentence.

⁶¹¹ *Idem.*

608. Le régime de la tierce opposition est défini à l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Suivant cet article, la tierce opposition contre les sentences arbitrales est portée devant la Cour. Il en est de même contre les arrêts de la Cour, lorsque celle-ci a statué au fond conformément à l'alinéa 2 du paragraphe 29.5 de l'article 29 du Règlement d'arbitrage.

609. Elle est ouverte sous les conditions prévues par l'article 47 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. A cet effet, la tierce opposition de la CEMAC a été déclarée irrecevable par la Cour au motif qu'elle suppose, au regard des dispositions de l'article 47.2 du Règlement de procédure de la Cour qui dispose que la demande doit « *indiquer en quoi l'arrêt préjudicie aux droits du tiers opposant* », l'existence d'un intérêt à agir, alors qu'en l'espèce, la solution donnée au litige dans la sentence consistant en l'allocation de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice né d'une situation ponctuelle qui a épuisé ses effets dans le dénouement de l'instance arbitrale, n'est pas de nature à perpétuer un comportement en contrariété à un ordre public dont la CEMAC serait chargée de veiller au respect dans son espace.

610. Ensuite, la contestation de validité de sentence, dénommée recours en annulation sous le Règlement d'arbitrage modifié du 23 novembre 2017, est régie par l'article 29 dudit Règlement. Ce recours est ouvert, non pas à un tiers, mais à une partie litigante qui y a intérêt.

611. L'exercice de la tierce opposition et du recours en annulation ayant été irrecevable, il va de soi que la requête en exequatur de la sentence arbitrale prospère. En général, le rejet de la contestation de validité d'une sentence arbitrale vaut exequatur de ladite sentence.

612. Dans l'affaire Benin Control SA contre l'Etat du Bénin, l'arrêt n°103/2015 du 15 octobre 2015 a ordonné, en application de l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'exequatur de la sentence en cause sur le fondement du rejet du recours en contestation de validité de ladite sentence. Ces décisions accordant l'exequatur font état de l'efficacité des sentences arbitrales dont l'exequatur est sollicité.

3.- Les décisions refusant l'exequatur

613. L'exequatur n'est pas accordé si la Cour se trouve déjà saisie, pour la même sentence, d'une requête formée en application de l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA relatif au recours en annulation. En pareil cas, les deux requêtes sont jointes⁶¹².

614. Mais, l'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants⁶¹³ :

- i. *si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;*
- ii. *si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;*
- iii. *lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;*
- iv. *si la sentence est contraire à l'ordre public international.*

615. Alors, si l'exequatur est refusé, la partie requérante peut saisir la Cour dans les quinze (15) jours de la notification du rejet de sa requête. Ce délai est réduit à trois (03) jours lorsque le recours porte sur l'exécution d'une sentence du tribunal arbitral relative à des mesures provisoires ou conservatoires. Elle notifie le recours à la partie adverse.

616. Si la Cour refuse la reconnaissance et l'autorité de chose jugée à la sentence qui lui est déférée, elle l'annule. Dans l'affaire ayant opposé l'Etat du Bénin à la Société Commune de Participation et un autre, la Cour a rejeté la demande d'exequatur sur le motif de l'annulation de la sentence⁶¹⁴.

⁶¹² Arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Benin Control SA contre l'Etat du Bénin. Il a été jugé que, la Cour de céans étant saisie sur la même sentence d'une requête en exequatur et d'un recours en contestation de validité, il y a lieu, conformément à l'article 30.3 du Règlement d'arbitrage et eu égard au lien étroit de connexité de ces deux procédures, pour une bonne administration de la justice, d'ordonner la jonction de ces procédures pour être statué par une seule et même décision. Voy. aussi, arr. n° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin c/ Société Commune de Participation.

⁶¹³ Ces dispositions sont identiques à celles de l'article 25, paragraphe 4 du Traité de l'OHADA qui dispose que l'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants :

- 1.) *Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;*
- 2.) *Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;*
- 3.) *Lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respectée ;*
- 4.) *Si la sentence est contraire à l'ordre public international.*

⁶¹⁴ Arr. n° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin c/ Société Commune de Participation et un autre.

En effet, la Cour a estimé que la sentence en cause est contraire à l'ordre public international en ce que cette dernière, au lieu de ne se limiter qu'aux condamnations pécuniaires, a déclaré que « *le décret n° 2013-485 du 18 novembre 2013 est de nul effet sur la convention de création de la SODECO en date du 10 octobre 2008 et par conséquent, décide que ladite convention n'est pas suspendue du fait de ce décret* ». Cette décision de la Cour est une application du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires en vertu duquel une sentence arbitrale ne peut annuler un acte réglementaire. Sur le principe, la Cour a contribué à la pratique de l'arbitrage administratif en affirmant sa spécificité par rapport à l'arbitrage ordinaire.

617. Mais, sur le fond, c'est le caractère international du motif qui interpelle dans un litige opposant des litigants de la même nationalité. En dépit de la portée internationale des décisions de la CCJA, celle-ci ne demeure pas moins une juridiction spéciale dont l'objectif est de veiller à l'unité de la jurisprudence des actes uniformes de l'OHADA.

618. Ainsi, l'extension de la notion d'ordre public international à celle d'ordre public interne peut contrarier l'effectivité des sentences en cause. En effet, l'ordre public en cause est interne à l'Etat colitigant, de sorte que toute contrariété à cet ordre public peut être constitutive d'obstacle à l'exécution des sentences arbitrales administratives. En cas de résistance à l'exécution, le droit OHADA permet-il, comme en droit français, de contraindre ledit Etat à s'exécuter par voie d'astreinte ?

619. Contrairement à ses effets, l'exequatur d'une sentence arbitrale par la CCJA ne permet pas d'en obtenir l'exécution effective. En vertu de la souveraineté de l'Etat, « *puissance qui n'est soumise à aucune autre* »⁶¹⁵, la sentence arbitrale, bien que exéquatée, doit d'abord être revêtue de la formule exécutoire de l'Etat partie de l'OHADA où l'exécution sera entreprise. L'exequatur de la CCJA apparaît ainsi comme un partage de souveraineté entre l'OHADA et l'Etat en cause associant une attestation d'exequatur et une formule exécutoire pour disposer d'un titre exécutoire conformément aux dispositions de l'article 33 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

⁶¹⁵ G. CORNU (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, 9^{ème} édition, Paris, PUF, 2012, v° « Souveraineté », p. 974-975.

C.- L'attribution du titre exécutoire aux ordonnances d'exequatur

620. Un titre exécutoire est un acte juridique constatant une créance et permettant au créancier d'en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution.

621. L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE), en son article 33, a énuméré les actes qui constituent des titres exécutoires. Au nombre de ces actes figurent « *les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'Etat dans lequel ce titre est invoqué* ». Une sentence arbitrale CCJA est déclarée exécutoire lorsqu'elle est revêtue de l'attestation d'exequatur délivrée par le Secrétaire Général de la Cour (1) et de la formule exécutoire apposée par l'autorité nationale de l'Etat pour lequel l'exequatur a été demandé (2).

1.- L'attestation d'exequatur

622. Elle est délivrée par le Secrétaire Général à la partie qui lui en fait la demande ensemble avec l'ordonnance qui accorde l'exequatur, en vertu de l'article 31. L'attestation mentionne que l'exequatur a été accordé à la sentence, selon le cas, soit par une ordonnance du Président de la Cour régulièrement notifiée, soit par un arrêt de la Cour rejetant un recours en annulation, soit par un arrêt de la Cour infirmant un refus d'exequatur. Elle se présente comme suit :

« Nous soussigné, Paul LENDONGO, Secrétaire Général de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), attestons que l'exequatur, dans la procédure d'arbitrage ayant opposé la CBGE à la RGE, a été accordé à la sentence arbitrale rendue le 24 mai 2009 par le Tribunal arbitral siégeant sous l'égide de la Cour Commune, selon l'Ordonnance N°02/2012/CCJA rendue le 18 janvier 2012 par le Président de ladite Cour. Cette ordonnance est définitive suite au rejet du recours en contestation de validité de la sentence par arrêt n°012/2011 du 29 novembre 2011 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA. En foi de quoi, à la requête de Maître Agnès OUANGUI, la

présente attestation lui est délivrée pour servir et valoir ce que de droit. Fait à Abidjan, le 20 février 2012... »⁶¹⁶.

623. Ainsi libellée, l'attestation d'exequatur est valable pour l'ensemble des Etats parties de l'OHADA. Au vu de la copie conforme de la sentence, suivant l'article 31.2, revêtue de cette attestation du Secrétaire Général de la Cour, l'autorité nationale désignée par l'Etat pour lequel l'exequatur a été demandé, appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit Etat.

2.- La formule exécutoire

624. En arbitrage, la formule exécutoire est un ordre adressé aux officiers ministériels et judiciaires en vue d'assurer l'exécution des sentences arbitrales. Elle est entendue comme « *Formule qui, apposée par le greffier ou le notaire sur certains actes, leur donne force exécutoire. Elle contient l'ordre adressé par le chef de l'Etat aux agents de la force publique de faire exécuter l'acte ou de prêter leur concours à cette exécution* »⁶¹⁷.

625. A cet effet, la sentence arbitrale déclarée exécutoire par une décision juridictionnelle non susceptible de recours suspensif d'exécution est, au sens de l'article 33

⁶¹⁶ A. ASSIEHUE, « Système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA », éd. 2012, p. 80.

⁶¹⁷ G. CORNU (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, 9^{ème} édition, Paris, PUF, 2012, v° « Exécutoire (formule) », p. 429. Voy. également site Internet : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/force-executoire.php> : « Exécutoire, signifie que celui auquel l'acte en question a reconnu un droit, peut faire procéder à son exécution forcée par les soins d'un officier public qui a compétence pour requérir la force publique. La force exécutoire est la qualité que reconnaît la Loi à certains actes juridique, telles, les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, les jugements étrangers déclarés exécutoires en France par un jugement d'exequatur ainsi que les sentences arbitrales qui ne sont plus susceptibles d'un recours, les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire (article 19 de la loi du 25 ventôse an XI et article 1er de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945), les titre délivrés par un huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque, les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés de contraintes par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement. La force exécutoire, ne s'attache aux décisions ci-dessus que lorsqu'elles ont été notifiées (Ch. Mixte 16 décembre 2005, BICC n°634 du 15 février 2006). Selon la doctrine dominante "force de chose jugée" et "force exécutoire" constituent deux notions distinctes, la première n'étant que le préalable de la seconde mais elles ne se confondent pas : la force de chose jugée : est celle qui s'attache au jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ou qui n'est plus susceptible d'un tel recours, les délais pour l'exercer étant expirés. La force exécutoire, est celle qui s'attache au jugement passé en force de chose jugée qui, lorsqu'il a été notifié va pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée ».

de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, un titre exécutoire⁶¹⁸, c'est-à-dire, un acte juridique permettant l'exécution forcée sur les biens du débiteur.

626. La formule exécutoire, suivant l'article 31.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA, est apposée sur la sentence revêtue de l'attestation d'exequatur par l'autorité nationale désignée par l'Etat pour lequel l'exequatur est demandé.

627. Il convient, eu égard à l'énumération des titres exécutoires de l'article 33 de l'acte uniforme, de préciser que la formule exécutoire n'est pas apposée sur n'importe quelle décision. Ainsi, « *Même exécutoire de droit à titre provisoire, la décision du bâtonnier ne constitue pas une décision à laquelle la loi attache les effets d'un jugement de sorte qu'elle ne peut être exécutée que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire* »⁶¹⁹.

⁶¹⁸ L'article 33 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution semble avoir repris l'énumération des titres exécutoires mentionnés à l'article 3 de la Loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Aux termes de cet article, « *Seuls constituent des titres exécutoires :*

- 1° *Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ;*
- 2° *Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution ;*
- 3° *Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;*
- 4° *Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;*
- 5° *Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ;*
- 6° *Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement ».*

Selon R. PERROT, « Le titre exécutoire et son actualité jurisprudentielle », Petites affiches - 22/12/1999 - n°254 - page 4, Lextenso, la simplicité apparente de cette énumération est doublement trompeuse. D'abord, il faut se garder d'en déduire que tout titre figurant dans la liste de l'article 3 peut ouvrir instantanément la voie à une exécution forcée, confondant ainsi ces titres qui ont simplement « vocation » à devenir exécutoires, avec la force exécutoire effective de ces titres. Ensuite, Sous l'apparente unité d'un article 3, bien lisse et sans histoire apparente, se dissimulent en réalité des titres très diversifiés qui ne sont pas soumis aux mêmes conditions, qui en cas de difficulté ne relèvent pas toujours de la compétence des mêmes juges et dont la force coercitive n'est pas nécessairement identique.

⁶¹⁹ Cass. 2è civ., 30 janv. 2014, no 12-29246, PB, in Rémy Libchaber, « La formule exécutoire à l'épreuve de la juridiction du bâtonnier », Revue des contrats - 01/09/2014 - n° 03 - page 387. « ALORS QUE même assortie de l'exécution provisoire, la sentence du bâtonnier rendue en application de l'article 142 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 ne peut faire l'objet d'une exécution forcée que si elle est revêtue de l'exequatur ; qu'en décidant du contraire, la Cour d'appel a violé les articles 157 du décret susvisé, ensemble les articles 502 du Code de procédure civile, ainsi que 1477 et 1479 anciens du Code de procédure civile ». Voy. aussi Jean Villacèque, « Décision du bâtonnier et formule exécutoire », Gazette du Palais - 13/12/2014 - n° 347 - page 17, « Seul le président du tribunal de grande instance a le pouvoir de rendre exécutoire une décision du bâtonnier... à l'exclusion du premier président de la cour d'appel. ». CA Paris, ord. prem. prés., 12 juill. 2014, no 14/11802, M. X c/ M. Y, J. Bichard, prés. ; Mes Chiffaut-Moliard et Patrimonio, av.

628. Au Bénin, la formule exécutoire est apposée par le greffier en chef de la cour d'appel de Cotonou⁶²⁰. Il s'agit d'une formalité administrative avant l'exécution proprement dite, différente de la procédure juridictionnelle relevant exclusivement de la compétence de la CCJA.

629. Comme l'a affirmé le Professeur DIALLO, « *Cette autorité n'ayant aucun pouvoir d'appréciation, elle doit simplement vérifier l'authenticité des Actes qui lui sont soumis* »⁶²¹. Mais, contrairement à la définition ci-dessus donnée de la formule exécutoire, l'apposition de cette formule exécutoire⁶²² par le greffier en chef de la cour d'appel de Cotonou ne confère pas à la sentence son caractère exécutoire.

630. Comme nous l'avons affirmé ci-dessus, l'apposition de la formule est juste une formalité administrative. Le caractère exécutoire de la sentence est conféré par l'ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet, de sorte « *qu'un arrêt de la CCJA, non revêtu d'une formule exécutoire par l'autorité nationale compétente, qui confirme un arrêt de cour d'appel, n'en demeure pas moins un titre exécutoire, ne serait-ce que par provision* »⁶²³. Telle a été la position d'un tribunal du Togo dans l'affaire dont la teneur suit :

« La société Nosoco Togo, en vertu d'un arrêt de la cour d'appel de Lomé du 17 mars 2009 qui a été confirmé par la CCJA à travers un arrêt n°061/2012 du 7 juin 2012, a enclenché une procédure d'exécution forcée contre la BIA Togo, notamment en lui adressant un commandement d'avoir à payer une somme en principal, frais, intérêts légaux et majorations. La BIA a contesté le commandement en arguant de sa nullité d'une part, et de l'inexigibilité des intérêts au taux légal et des majorations, d'autre part. Elle soutient par ailleurs, sur le fondement l'article 92 de l'AUE, que les titres qui sous-tendent le commandement de payer ne sont pas tous revêtus

⁶²⁰ Art. 1171, loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, p. 222.

⁶²¹ I. K. DIALLO, « Arbitrage commercial interne et international », op. cit., p. 136.

⁶²² *Ibidem*, p. 135 : « si la décision d'octroi d'exequatur marque certainement le début de l'exécution forcée en ce qu'elle en donne le feu vert, il ne s'agit pas malgré tout de l'exécution à proprement parler. C'est ce qui explique du reste que l'exequatur n'est pas en lui-même un acte d'exécution de sorte que l'immunité d'un Etat ne pourrait être opposée à une demande d'exequatur. D'ailleurs, même en droit interne, et concernant l'exequatur en droit commun, si la décision est prise par le juge compétent, la formule exécutoire est délivrée par le greffier du tribunal ou le notaire dépositaire de la minute ». Sur le fait que l'immunité d'un Etat ne pourrait être opposée à une demande d'exequatur, voy. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, DP 1992.2.183.

⁶²³ Cf. Tribunal de première instance de première classe, Lomé, 27 oct. 2016, n° 0107/19.

de formule exécutoire par le greffier en chef de la cour suprême du Togo, en vertu du décret n° 2014-209/Pr du 10 décembre 2014. [...]

Le juge togolais a décidé qu'un arrêt de la CCJA, non revêtu d'une formule exécutoire par l'autorité nationale compétente, qui confirme un arrêt de cour d'appel, n'en demeure pas moins un titre exécutoire, ne serait-ce que par provision.

Il s'agit ici d'une application de l'article 32 AUGE qui autorise une exécution aux risques du créancier; et d'une mise en lumière de l'articulation entre le droit OHADA et les droits nationaux. En effet, l'article 46 du règlement de procédure de la CCJA dispose que l'exécution des arrêts de la Cour est régie par les règles de la procédure civile de l'Etat membre où elle a lieu. Elle consiste en l'apposition de la formule exécutoire »⁶²⁴.

631. En Côte d'Ivoire, on distingue deux types de formules exécutoires : celle qu'on utilise lorsque le titre doit être exécuté contre des personnes de droit privé⁶²⁵ et celle qu'on utilise lorsque le titre doit être exécuté contre l'Etat, un département ou une commune.

Dans ce dernier cas, la formule exécutoire se présente comme suit : « *En conséquence, le Président de la République de Côte d'Ivoire mande et ordonne à M. le Ministre de ..., M. le Préfet de ... ou M. le Maire de ..., en ce qui le concerne, de pourvoir à l'exécution de la présente décision* »⁶²⁶.

632. Ni l'article 31.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA ni l'article 1171 du code de procédure civile du Bénin n'ont fixé ni la forme de la saisine de l'autorité nationale ni le délai dans lequel cette dernière est appelée à apposer la formule exécutoire sur la sentence exéquatée et revêtue de l'attestation d'exequatur.

⁶²⁴ *Idem*, A. AYEWOUDAN, « Le défaut de la formule exécutoire de l'autorité nationale ne fait pas échec à l'exécution d'un arrêt de la CCJA », ID : DAA110h8, 01/04/2017, p. 04, n°4, Lextenso.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 135 : exemple d'une formule exécutoire d'un titre à exécuter contre une personne de droit privé : « République de Côte d'Ivoire, Au nom du peuple de Côte d'Ivoire ... En conséquence, le Président de la République de Côte d'Ivoire mande et ordonne à tous huissiers de justice, à ce requis, de pourvoir à l'exécution du présent jugement, arrêt, acte, etc., au Procureur Général et aux Procureurs de la République près les Tribunaux de Première Instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront également requis ».

⁶²⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 136.

633. Le silence de la loi donne souvent lieu à des déviances incompatibles avec la volonté du législateur. Toujours est-il que la loi du lieu où l'exécution sera entreprise énumère les conditions d'efficacité de la requête en exequatur.

634. C'est l'efficacité de la requête qui conduit à la décision du juge de l'exequatur. L'ordonnance accordant ou non l'exequatur sera nécessairement notifié à la partie adverse afin de lui permettre d'exercer éventuellement son droit à la défense ; c'est alors que la procédure du contradictoire sera mise en œuvre.

635. En définitive, les règles applicables à l'exequatur des sentences issues de l'arbitrage CCJA ne permettent pas d'apprécier l'application du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires à l'exequatur des sentences arbitrales administratives. Comme nous l'avons abordé ci-avant, le Règlement de procédure de la CCJA permet la constitution des chambres de manière à traduire dans ses formations l'application de ce principe. L'observation de ce principe constitue, pour notre part, une incitation à pratiquer l'arbitrage administratif.

636. Mais, on note que les carences des règles de la CCJA à l'exequatur des sentences arbitrales administratives, en dépit de l'objectif d'uniformité des sentences CCJA, cache un déficit de confiance au mécanisme d'exequatur des Etats parties de l'OHADA. Outre la distinction entre l'attestation d'exequatur et la formule exécutoire, le jugement n° 0107/19 rendu le 27 octobre 2016 par le Tribunal de première instance de première classe de Lomé dévoile les velléités hégémonistes de la CCJA au détriment de la souveraineté des Etats parties. Dans cette perspective, l'intensité du contrôle de la CCJA sur les sentences arbitrales administratives devrait imprimer un certain respect de l'utilisation des biens publics.

Paragraphe 2.- La reconnaissance et l'exécution des sentences CIRDI

637. Les sentences CIRDI sont par excellence, des sentences administratives ou sentences issues d'un arbitrage administratif. Elles portent sur le contentieux des contrats d'investissement opposant l'Etat ou les personnes morales de droit public à une personne morale de droit privé.

638. Les articles 53 et suivants de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) organisent la reconnaissance et l'exécution de ces sentences.

639. Mais, le mécanisme de reconnaissance et d'exécution de ces sentences varie en fonction du lieu de l'exécution. C'est pourquoi nous entendons distinguer le mécanisme de reconnaissance et d'exécution des sentences CIRDI sur le territoire de l'Etat d'accueil de l'investissement (A) de celui d'un Etat contractant (B).

A.- Sur le territoire de l'Etat d'accueil de l'investissement

640. Sur le territoire de l'Etat d'accueil de l'investissement, les sentences CIRDI sont exécutées, aux termes de l'article 54(1) de la Convention de Washington, « *comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat* ». S'il s'agit d'un Etat fédéral, il peut assurer l'exécution desdites sentences par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer de telles sentences comme des jugements définitifs des tribunaux de l'un des Etats fédérés.

641. Cette Convention consacre l'exécution spontanée⁶²⁷ desdites sentences dans l'ordre juridique interne de l'Etat d'investissement, comme s'il s'agissait de l'exécution d'un jugement définitif rendu par un tribunal dudit Etat.

642. La faveur à l'exécution spontanée des sentences CIRDI serait fondée sur certains facteurs. Selon les termes de Ibrahim NDAM, le système spécifique du CIRDI suppose l'exécution spontanée de la sentence par l'Etat⁶²⁸. Au moins deux facteurs favorisent l'exécution spontanée des sentences CIRDI.

⁶²⁷ M. P. LALIVE, « Aspects procéduraux de l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », in « Investissements étrangers et arbitrage entre Etat et personnes privées », Paris, Pedone, 1969 ; G. R. DELAUME, « Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). La pratique du CIRDI », JDI, 1982, p.775 et s. ; P. H. OUAKRAT, « La pratique du CIRDI », DPCI, 1987, p. 273 et s. ; voy. également les chroniques des sentences arbitrales du CIRDI au JDI, commentées par E. GAILLARD.

⁶²⁸ B. POULAIN, « Droit international des investissements et l'arbitrage transnational », éd. Paris, Pedone, 2015. L'auteur a indiqué, sur cette présupposition, v. le commentaire sous l'article 55 de la Convention de Washington, in *The ICSID Convention, A Commentary*, 2nd ed., Ch. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A.

643. En premier lieu, un facteur de réputation des Etats auprès de leurs bailleurs de fonds. Le CIRDI étant une institution membre du groupe de la Banque mondiale⁶²⁹, les Etatscontractants de la Convention de Washington, qui dépendent financièrement des interventions de ce groupe, sont naturellement incités à exécuter les sentences rendues par les tribunaux CIRDI.

644. En second lieu, un facteur de réputation dans la communauté des Etats. A défaut d'exécution d'une sentence CIRDI, un Etat est susceptible d'être attiré devant la Cour internationale de Justice par l'Etat d'origine de l'investisseur⁶³⁰.

645. Cette faveur à l'exécution spontanée des sentences CIRDI résulte des dispositions de l'article 53(1) de la Convention aux termes duquel les sentences CIRDI sont obligatoires à l'égard des parties et ne peuvent être l'objet d'aucun appel ou autre recours. Ainsi, chaque partie est tenue de donner effet aux sentences CIRDI conformément à leurs termes.

646. Les sentences dont la reconnaissance et l'exécution sont requises sont celles qui, au sens de l'article 1(2) de la Convention, rentrent dans le champ d'application de l'objet du CIRDI. En effet, le CIRDI a pour objet d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants.

647. Ainsi, conformément à l'article 25(1) de la Convention, « *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle*

REINISCH, A. SINCLAIR (eds), Cambridge, CUP, 2010, p. 1152.

⁶²⁹ *Ibid.*, *op. cit.* Pour mémoire, on rappellera que la Banque mondiale est composée de cinq institutions : la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Association internationale de développement (IDA), la Société financière internationale (IFC), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et le CIRDI.

⁶³⁰ L'article 27 de la Convention de Washington prévoit qu' « aucun Etat n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend » et son article 64 prévoit que « tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de Justice à la demande de toute partie au différend (...) ». A ce jour, nous n'avons pas connaissance d'un précédent dans lequel l'Etat d'origine de l'investisseur aurait initié la saisie de la Cour internationale de Justice pour faire constater le manquement de l'Etat condamné au titre de ses obligations CIRDI. En revanche, il existe des exemples de sanctions imposées par l'Etat d'origine des investisseurs qui ne parviennent pas à obtenir l'exécution de sentences CIRDI. C'est ainsi que les Etats-Unis ont par exemple suspendu l'Argentine du bénéfice de leur système de préférences généralisées pour répliquer à la non-exécution de sentences CIRDI rendues au bénéfice de certains de leurs investisseurs (en l'occurrence les sociétés *Azurix* et *Blue Ridge Investments*).

*collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant*⁶³¹ *d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».* L'article 54(3) dispose que *« L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder ».* Cette disposition s'applique aussi bien à l'exécution sur le territoire de l'Etat d'accueil de l'investissement que sur le territoire d'un autre Etat contractant de la Convention.

B.- Sur le territoire d'un Etat contractant tiers

648. L'article 54(2) de la Convention établit le mécanisme de l'exécution dans un Etat tiers à l'Etat d'accueil de l'investissement en ces termes :

« Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels ».

La description de ce mécanisme conduit, d'une part, à faire certifier la sentence dont la reconnaissance et l'exécution sont requises dans un Etat tiers par le Secrétaire

⁶³¹ Aux termes de l'alinéa 2, article 25 de la Convention de Washington, « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie :

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

général du CIRDI, et d'autre part, à saisir le tribunal de cet Etat d'une requête de reconnaissance et d'exécution de cette sentence.

649. En considération des dispositions de l'article 54(3) aux termes duquel « *L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder* » et de l'obligation faite à chaque Etat membre du CIRDI de communiquer au Secrétaire général « *le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne* » à l'effet de cette reconnaissance, le Bénin a désigné un organe judiciaire, en l'occurrence, la Cour Suprême⁶³².

650. Etant donné qu'il ne s'agit pas du greffier en chef, au sens de l'article 1171 de la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, mais de la Cour Suprême elle-même, le mécanisme de reconnaissance n'a donc rien d'administratif ; il est judiciaire.

651. Le mécanisme de reconnaissance et d'exécution des sentences CIRDI n'a été mis en œuvre, au 31 juin 2001, que dans deux pays membres sur les 161 membres que compte la Convention, au 18 septembre 2017 : la France et les Etats Unis.

652. L'affaire *Benvenuti-Bonfant* contre Congo, fut, selon l'auteur⁶³³, la première à faire l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exécution telle que prévue par la Convention de Washington.

653. Il s'agissait d'une convention signée le 16 avril 1973, entre le Gouvernement de la République Populaire du Congo et la société de droit italien *Benvenuti* et *Bonfant* relative à la création au Congo d'une société d'économie mixte de fabrication de bouteilles en plastique dénommée *Plasco*.

654. Après la signature d'un contrat entre les sociétés *Plasco* et *Sodisca* pour la fourniture, clés en mains, de deux usines de fabrication de bouteilles et de mise en

⁶³² M. OKILASSALI, *op. cit.* p., Rev. Cam. D'arb., n°13, avril-mai-juin 2001, p. 18. Le Secrétaire Général du CIRDI tient une liste des désignations effectuées par les Etats contractants. Les Etats parties de l'OHADA qui ont procédé à la désignation des tribunaux compétents et autorités recommandés par la Convention dans le but de la reconnaissance et l'exécution des sentences CIRDI, à la date de décembre 2000, sont : Cour Suprême (Bénin) ; Cour Suprême (Burkina Faso) ; Cour Suprême, Chambre administrative (Cameroun) ; Tribunal de Grande Instance (République Centrafricaine) ; Tribunal de Grande Instance de Brazzaville (Congo) ; Président du Tribunal de Grande Instance d'Abidjan (Côte d'Ivoire) ; Procureur Général (Guinée) ; Cour Suprême (Maurice) ; Tribunal de Première Instance dans le ressort duquel la sentence arbitrale doit être exécutée (Niger) ; Cour d'appel de Dakar (Sénégal) ; Président du Tribunal de droit moderne de Première Instance de Lomé (Togo).

⁶³³ Ibid, p. 20 et s.

bouteilles des eaux minérales, surgirent des différends entre les deux parties à la convention sus-indiquée.

655. Le 15 décembre 1977, la société *Benvenuti-Bonfant* saisit le Centre d'une requête aux fins d'arbitrage. Le 8 août 1980, le tribunal arbitral rendit une sentence condamnant le Gouvernement congolais au paiement de dommages et intérêts au demandeur. A la requête de la société *Benvenuti-Bonfant*, le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris déclara cette sentence exécutoire, mais assortit son ordonnance d'une réserve conditionnelle :

« Disons cependant qu'aucune mesure d'exécution ou même simplement conservatoire ne pourra être prise en vertu de la sentence ci-dessus, sur des biens (de la République Populaire du Congo) situés en France, sans notre autorisation ».

La Cour d'appel de Paris, tout en décidant de maintenir l'ordonnance, supprima la condition restrictive. Il résulte de cette décision, ce qui suit :

Ces dispositions (de l'article 54 de la Convention) prévoient un exequatur simplifié et limitent le pouvoir du juge désigné à cet effet dans chaque Etat contractant au contrôle de l'authenticité de la sentence certifiée conforme par le Secrétaire Général du CIRDI ; b) Aux termes de l'article 55 de la Convention..., Aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger. ... Considérant que l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale ne constitue pas un acte d'exécution mais seulement un acte préalable aux mesures d'exécution ; c) Que le premier juge, saisi en application de l'article 54 de la Convention de Washington, ne pouvait donc, sans excéder sa compétence, s'immiscer dans la seconde phase, celle de l'exécution, à laquelle se rapporte la question de l'immunité d'exécution des Etats étrangers.

656. Dans l'affaire SOABI contre Sénégal, il s'est également posé la question de la reconnaissance et l'exécution de la sentence rendue par le tribunal CIRDI qui avait condamné l'Etat contractant à payer à l'investisseur diverses sommes en réparation du préjudice subi par ce dernier à la suite de la résiliation unilatérale, par ledit Etat, du contrat

liant les deux parties. Ainsi, la société SOABI obtint l'exequatur de la sentence en France par ordonnance du Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, en date du 14 novembre 1988.

657. Cependant, la Cour d'appel annula l'ordonnance d'exequatur au motif que la reconnaissance et l'exécution de la sentence en France étaient contraires à l'ordre public international en ce que la société SOABI n'établissait pas que : - *l'exécution de la sentence sera effectuée sur des biens affectés par l'Etat du Sénégal à une activité économique et commerciale et que dès lors l'immunité d'exécution ne pourrait pas être opposée* ; - *l'exécution de la sentence heurte l'ordre public international en ce qu'il serait contraire à ce principe d'immunité.*

En considérant l'exequatur comme une mesure d'exécution, la Cour d'appel de Paris a confondu, dans sa décision, les deux phases qu'elle avait auparavant clairement distinguées dans l'affaire *Benvenuti-Bonfant* à savoir l'exequatur d'une sentence conformément à l'article 54(2) et l'immunité d'exécution d'un Etat conformément à l'article 54(3).

658. L'étude de la reconnaissance et l'exécution des sentences CIRDI est un exercice qui a permis de distinguer les prérogatives de ce centre d'arbitrage de celles de la CCJA. L'exécution des sentences CIRDI sur le territoire de l'Etat d'accueil de l'investissement ne semble pas soumise à la même contrainte que sur le territoire d'un Etat contractant.

659. Aussi, l'immunité d'exécution mentionnée à l'article 55 de la Convention de Washington rappelle suffisamment la nature des sentences dont la reconnaissance et l'exécution sont entreprises.

660. C'est pourquoi, la désignation de la Cour Suprême, dans le cas du Bénin, comme juridiction chargée de la reconnaissance des sentences CIRDI traduirait une reconnaissance du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; ce qui ne ressort pas explicitement aux règles du droit OHADA.

661. Au regard des évolutions actuelles de l'arbitrage administratif, il conviendrait d'envisager l'unification des juridictions nationales, toujours dans le cas du Bénin, pour l'apposition de la formule exécutoire sur les sentences CIRDI et CCJA.

662. En tout état de cause, l'exequatur des sentences administratives issues d'un arbitrage spécifique, en l'occurrence, l'arbitrage CIRDI et l'arbitrage CCJA, constitue une exception à la procédure judiciaire.

663. Ce mécanisme d'exequatur semble très adapté au besoin de célérité de l'arbitrage en qu'il distingue la décision d'exequatur et l'apposition de la formule exécutoire qui demeure l'expression de la souveraineté des Etats. Alors, ne devrait-on pas envisager de spécialiser les arbitrages spécifiques pour la mise en œuvre des arbitrages administratifs ?

Conclusion du Chapitre 2.-

664. En conclusion, les règles procédurales d'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA permettent de distinguer l'arbitrage de droit commun de l'arbitrage spécifique comme celui du système CIRDI et de la CCJA.

665. Dans le cadre de la présente étude, il n'a pas été possible d'accéder à des décisions d'exequatur, tant des juridictions nationales que de la CCJA, des sentences arbitrales administratives issues du droit commun de l'arbitrage.

666. Mais, il convient de préciser tout de même, que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, régissant l'arbitrage de droit commun, a prévu en son article 32 alinéa 1 que les refus d'exequatur peuvent faire l'objet de pourvoi en cassation devant la CCJA. Donc, si la Haute Juridiction communautaire n'a pas été saisie en la matière, cela voudra sans doute dire que les juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA n'ont pas connaissance des sentences arbitrales administratives ou que ces dernières ont souvent fait l'objet d'exécution volontaire ou spontanée.

667. Cependant, en matière d'arbitrage spécifique de la CCJA, il faut remarquer que la profusion des requêtes d'exequatur est le signe du développement de la pratique de l'arbitrage administratif au niveau communautaire, bien que les litiges opposent souvent des parties de la même nationalité.

668. Toutefois, les parties ne semblent pas non plus insister sur le bienfondé de leurs droits et y renoncent souvent dès l'affirmation de la CCJA. Dans l'affaire opposant la

Société Benin Control SA à l'Etat du Bénin⁶³⁴ et celle opposant l'Etat du Bénin à la Société Commune de Participation et un autre⁶³⁵, rien ne permet de savoir quelle a été la suite de ces procédures.

669. Dans la première affaire, le rejet du recours en annulation, met un terme à cet arbitrage. Donc, sur le plan procédural, aucun recours n'est envisageable contre la sentence. Néanmoins, l'exécution de cette sentence contre l'Etat du Bénin peut se heurter à l'immunité d'exécution de ce dernier. Il ne résulte pas, en effet, du dossier que ce dernier ait renoncé à cette immunité. Donc, ce n'est que la voie d'exécution volontaire ou spontanée qui semble la moins risquée pour le créancier de l'Etat du Bénin, en l'occurrence, la Société Bénin Control SA.

670. Quant à la deuxième affaire, par contre, la sentence a été annulée, et la demande d'exequatur rejetée. Conformément à l'article 30.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA applicable, la partie requérante peut saisir la CCJA dans les quinze (15) jours de la notification du rejet de sa requête d'exequatur. C'est une manière d'insister une nouvelle fois sur le bienfondé de sa requête. Mais, curieusement, cette voie n'a pas été exploitée.

671. De même, l'annulation de la sentence, au sens de l'article 29.5 de ce Règlement, peut donner lieu à reprise de l'arbitrage à la requête de la partie la plus diligente. Aucune des parties à cet arbitrage n'a envisagé une telle possibilité, alors que sont en cause des fonds publics.

672. En tout état de cause, l'arbitrage du système CCJA diffère en cela du système CIRDI dont les sentences ne sont plus susceptibles de recours judiciaires, à l'exception des contestations éventuelles pour cause d'immunité d'exécution.

⁶³⁴ CCJA, Arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin.

⁶³⁵ CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON.

Conclusion du Titre 2.-

673. En définitive, l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA met en exergue les défis auxquels l'arbitrage administratif est confronté. Ces défis sont exacerbés par un environnement juridique comme celui de l'OHADA dont les Etats parties sont partagés entre des organisations communautaires autonomes, sinon antagonistes.

674. Il faut remarquer que la jurisprudence de la CCJA ne porte pas encore sur la question de compétence juridictionnelle pour le contrôle des sentences arbitrales administratives, comme c'est le cas en droit français⁶³⁶, en dépit des arbitrages administratifs des litiges dont les contrats sont soumis aux règles impératives du droit public⁶³⁷.

675. Mais, sur l'intensité du contrôle⁶³⁸ des sentences arbitrales administratives, on note que la CCJA s'est attaché au principe de la non révision au fond desdites sentences. Le contrôle effectué sur l'arrêt Société Benin Control SA contre Etat du Bénin permet de l'affirmer.

676. Cependant, dans l'affaire Etat du Bénin, représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor, contre Société Commune de Participation et Patrice TALON, en dépit de la constance de la méthode d'examen de la sentence, la CCJA semble avoir contrôlé le mal-

⁶³⁶ T. confl, 17 mai 2010, aff. Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c. Fondation Letten F. Saugstad ; C.E., 19 avr. 2013, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited ; C.E., 09 nov. 2016, Société Fosmax A c. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem ; T. confl., 24 avr. 2017, aff. Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. Sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited ; C.E., 20 juil. 2021, aff. Sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem c. Société Fosmax LNG.

⁶³⁷ CCJA, Arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin ; CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON ; CCJA, Arrêt N° 160/2016 du 1er décembre 2016, aff. Compagnie Malienne pour le Développement des Textiles dite CMDT, Groupement des Syndicats de Producteurs de Coton et Vivriers du Mali dit GSCVM C. Société Inter Africaine de Distribution dite IAD ; CCJA, ARRET N° 027/2017 du 02 mars 2017, aff. ETAT DU MALI et Société des Télécommunications du Mali SA dite SOTELMA SA C. SEAQUEST-INFOTEL MALI S.A (SQIM S.A).

⁶³⁸ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 163, n°218 et s. Voy. aussi, M. AUDIT, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », Cah. Arb. 2015, p. 235 ; L. Jeager, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », Cah. Arb. 2015, p. 253.

jugé de ladite sentence en affirmant que le pouvoir juridictionnel de l'arbitre « *ne doit se limiter qu'à la question des réparations dues à une personne physique ou morale privée, consécutives à des dommages résultant de l'exercice de ces prérogatives de puissance publique, sans avoir à juger de la validité des actes pris par l'Etat dans l'exercice de ses prérogatives (nous avons souligné) »*.

677. Le contrôle du bien-jugé ou du mal-jugé d'une sentence est un risque permanent en matière d'appréciation de la violation d'une règle d'ordre public ; car, Comme l'a affirmé le Professeur P. MEYER, s'il est possible de conceptualiser l'ordre public, du point de vue procédural, il est « absolument impossible » de l'envisager, du point de vue substantiel. Ainsi, en cette matière, en dépit de l'interdiction de la révision au fond d'une sentence, le contrôle superficiel de ladite sentence n'est pas admis.

678. En tout état de cause, les principes régissant l'exequatur des sentences arbitrales semblent échapper à la « *summa divisio* »⁶³⁹ du droit, en ce que, comme les lois relatives à l'exequatur de ces sentences, ils ne s'appliquent pas selon que lesdites sentences sont du droit public ou du droit privé.

679. Définir un régime juridique de droit public pour l'exequatur des sentences arbitrales administratives est conforme au principe de répartition de compétence entre juridictions judiciaires et juridictions administratives.

680. Ainsi, l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage ne constituerait pas l'abolition de l'interdiction faite aux juges « *à peine de forfaiture, [de] troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions* »⁶⁴⁰.

681. Mais, la compétence des juridictions administratives est acquise lorsque sont en cause les règles impératives du droit public. Ces règles nées des relations d'affaires entre l'Etat et les opérateurs économiques contribuent à la sécurité juridique nécessaires au développement de la pratique de l'arbitrage administratif. Donc, les sentences administratives dont l'exequatur est requis sont celles dont le contrat en cause est soumis aux règles impératives du droit public.

⁶³⁹ C. DAGBEDJI, « Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales », Thèse, Lyon, 2018, p. 24, n° 49 ; J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 40 ; B. BARRAUD, « Droit public-Droit privé : De la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *RRJ*, n° 3, p. 3.

⁶⁴⁰ La loi des 16 et 24 août 1790.

Conclusion de la Première Partie.-

682. Il résulte de tout ce qui précède que l'opposabilité de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA à l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA ne saurait s'étendre ni à l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires⁶⁴¹, ni à l'exequatur⁶⁴² de ces sentences.

683. Néanmoins, l'étude de cette phase préparatoire des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA a permis d'analyser les problèmes posés par, d'une part, le régime juridique des personnes morales pouvant être tenues du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, et d'autre part, celui de l'exequatur desdites sentences.

684. D'abord, il a été observé que les personnes publiques de l'OHADA relèvent d'un double régime juridique⁶⁴³ en raison de leur appartenance à plus d'une organisation communautaire autonome dont les règles ont le même effet dans l'ordre juridique interne des Etats parties de l'OHADA.

685. Les divergences entre les droits communautaires issus de ces organisations communautaires, comme en matière de compensation⁶⁴⁴, ne permettent pas la stabilité du

⁶⁴¹ Il existe alors une apparence d'identité des personnes créancières. - Versailles, 9 juill. 1986, république islamique d'Iran, OIAETI, OEAI c/ Stés Eurodif et Sofidif, Commissariat à l'énergie atomique et Etat français, inédit. - République islamique d'Iran et Organisation pour les investissements et les aides économiques et techniques de l'Iran : Civ. 1re, 20 mars 1989, no 86-18.701, JDI 1990. 1004, 1re esp, note Ouakrat ; Rev. crit. DIP 1990. 346, note J.-M. B.

⁶⁴² L'exequatur n'est pas un acte d'exécution (Paris, 26 juin 1981, Benvenuti et Bonfant SARL c/ gouvernement de la république populaire du Congo, JDI 1981. 843, note Oppetit). Dans ces conditions rien ne s'oppose à ce qu'une procédure d'exequatur soit conduite à la suite d'un jugement ou d'une sentence arbitrale sans que l'immunité d'exécution puisse intervenir à ce stade. Dès lors, l'acceptation d'une clause compromissoire comprend l'acceptation que la sentence rendue puisse être revêtue de l'exequatur (Sté européenne d'études et d'entreprises, Banque internationale pour la reconstruction et le développement c/ Etat français, république socialiste fédérale de Yougoslavie : Civ. 1re, 18 nov. 1986, JDI 1987. 120, note Oppetit ; Rev. crit. DIP 1987. 786, note P. Mayer. - Sté SOABI et a. c/ Etat du Sénégal : Civ. 1re, 11 juin 1991, no 90-11.282, JDI 1991. 1005, note Gaillard ; Rev. arb. 1991. 637, note Broches ; Rev. crit. DIP 1992. 331, note P. L.).

⁶⁴³ IBRIGA Luc Marius, « Etat des lieux de la problématique de la cohabitation des droits communautaires [cas de l'Afrique] », in « De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires », ERSUMA, éd. 2011, p. 7.

⁶⁴⁴ L'art. 53 de cette Directive cité par l'auteur est libellé comme suit : « Les redevables de l'Etat et des autres organismes publics ne peuvent opposer la compensation légale dans le cas où ils se trouvent dans le même temps, créanciers de l'Etat ou d'organismes publics. Dans la même situation, préalablement à tout

statut juridique de ces personnes. C'est l'exemple de l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, lequel définit la catégorie de personnes publiques admises à compromettre en arbitrage, alors que les personnes publiques contre lesquelles les sentences arbitrales administratives seront exécutées peuvent ne pas être celles auxquelles le Règlement général sur la comptabilité publique s'applique.

686. C'est pourquoi, dans la perspective d'éviter toute divergence en la matière, il a été proposé que, le droit OHADA, en matière d'aptitude des personnes publiques à compromettre en arbitrage, soit complété par la mention que ces personnes sont celles que le Règlement général sur la comptabilité publique autorise à en bénéficier.

687. Ces personnes publiques bénéficient de l'immunité d'exécution au sens de l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Elles relèvent donc, des procédés d'exécution volontaire ou spontanée des dettes publiques régi par ce Règlement, dont, notamment, le régime de compensation prévu par l'Acte uniforme à l'alinéa 2 du même article.

688. Cependant, les émanations de l'Etat, dont notamment, les entreprises publiques, peuvent également être tenues du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA lorsqu'il ne peut être établi que leur personnalité est distincte de celle de l'Etat⁶⁴⁵. *A contrario*, elles peuvent même bénéficier de l'immunité d'exécution étendue aux entreprises publiques la CCJA.

689. Ensuite, l'exequatur des sentences arbitrales administratives de l'OHADA confronté au silence du législateur africain sur la juridiction compétente en la matière, nous a amené à envisager un régime juridique spécifique lorsque le contrat litigieux est soumis aux règles impératives du droit public.

690. Pour ce faire, l'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, en conformité avec l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage, devrait être complété par un nouvel alinéa relatif à la compétence des

paiement, le comptable public doit opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse ». Ainsi, la compensation ne joue qu'en faveur des personnes publiques et est une obligation pour le comptable public qui est tenu de la faire jouer. Cf. F. M. SAWADO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public de l'espace OHADA », *Ohadata* D-11-43, p. 11.

⁶⁴⁵ Paris, 7 juin 1969, *Clerget c/ Représentation commerciale de la république démocratique du Vietnam* ; JCP 1969. II. 15954, concl. Fortier, note Ruzié ; JDI 1969. 894, note Pinto ; civ. 1re, 21 juill. 1987, *Sté Ltd Benvenuti et Bonfant c/ Banque commerciale congolaise*. Dans le même sens, on signalera l'arrêt de la cour d'appel de Rouen de 1996 dans l'affaire « Bec Frères ».

juridictions administratives lorsque la sentence dont l'exequatur est envisagé porte sur ces règles impératives du droit public.

691. Ce régime est spécifique aux sentences issues d'un arbitrage de droit commun. Mais, l'exequatur des sentences issues d'un arbitrage spécifique, comme le CIRDI et la CCJA, ne donne pas lieu à une procédure judiciaire, en dépit de l'exception issue de l'article 30.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA⁶⁴⁶.

692. L'exequatur est accordé suivant un mécanisme interne. Une formule exécutoire est apposée par voie administrative dans le pays où l'exécution est envisagée. Comme le CIRDI, le mécanisme d'exequatur de la CCJA ne semble pas distinguer entre sa fonction administrative et sa fonction juridictionnelle⁶⁴⁷.

693. Aussi, pensons-nous fortement que l'exequatur des sentences CCJA devrait prendre exemple sur le système CIRDI en la matière, afin de lui concéder entièrement son statut d'arbitrage spécifique.

694. En outre, l'exequatur de ces sentences pose, comme les sentences arbitrales ordinaires, le problème de l'étendue du contrôle du juge de l'exequatur dans le but de préserver l'autonomie de l'arbitrage.

695. La question a été de savoir si le contrôle de ces sentences en matière d'exequatur, peut consister en une révision au fond⁶⁴⁸. Alors, comme le Conseil d'Etat, la CCJA est également attaché « *au sacro-saint principe de la prohibition de la révision au fond* »⁶⁴⁹.

696. En tout état de cause, l'analyse des sentences dont la requête d'exequatur est soumise à la CCJA a révélé, pour la plupart, que les contrats administratifs en cause étaient soumis aux règles impératives du droit public.

⁶⁴⁶ L'art. 30.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que « Si l'exequatur est refusé, la partie requérante peut saisir la Cour dans les quinze (15) jours de la notification du rejet de sa requête ».

⁶⁴⁷ Au regard des dispositions de l'art. 30.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA ci-dessus citées.

⁶⁴⁸ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 163, n°218 et s. Voy. aussi, M. AUDIT, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », Cah. Arb. 2015, p. 235 ; L. Jeager, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », Cah. Arb. 2015, p. 253.

⁶⁴⁹ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 163, n° 218 ; CCJA, arrêt n° 011/2011, 29 nov. 2011 : Ohadata J-13-147 : la CCJA a relevé que « *le non-respect par l'arbitre de sa mission ne peut avoir pour objet la révision au fond de la sentence mais seulement de permettre au juge de vérifier si les arbitres se sont ou non, sur les points où leur décision est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bienfondé de leur décision* ».

697. Mais, cela n'a pas conduit à la mise en place, au sein de la CCJA, comme modèle des Etats parties de l'OHADA, d'une formation administrative. Aussi, l'extension du champ d'application du droit OHADA au domaine du droit public devrait-elle être envisagée ; cette carence du droit OHADA inhiberait l'efficacité du droit applicable à la phase de mise en œuvre des mesures d'exécution volontaire et forcée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

DEUXIÈME PARTIE :

LA PHASE DE MISE EN ŒUVRE DES MESURES D'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

698. L'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA ne s'oppose pas à l'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA. Elle ne saurait non plus s'opposer à l'exécution forcée desdites sentences, nonobstant l'impérativité de ses règles internes et internationales.

En effet, les règles régissant l'immunité d'exécution de l'Etat, en droit international, sont distinctes de celles régissant les immunités diplomatiques⁶⁵⁰ et consulaires⁶⁵¹. Alors que les premières sont principalement d'origine coutumière⁶⁵², les secondes découlent des textes conventionnels.

699. Mais, en droit interne, notamment, en droit OHADA, l'immunité d'exécution est applicable aux personnes qui en bénéficient, au sens de l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

700. L'application de cette immunité étant fondée sur la personnalité publique de son bénéficiaire, elle devrait donc être applicable aux personnes publiques de l'OHADA, de manière à pouvoir priver d'effet les sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

⁶⁵⁰ L'immunité d'exécution des diplomates (ambassadeurs, conseillers et attachés d'ambassade) est fondée sur la Convention de Vienne du 18 avril 1961, entrée en vigueur le 24 avril 1964.

⁶⁵¹ Pour les agents consulaires, leur immunité d'exécution est fondée sur la Convention de Vienne du 24 avril 1963, entrée en vigueur le 19 mars 1967. Cette Convention a institué une immunité d'exécution au profit des consuls, mais uniquement pour les seuls actes liés à l'exercice de leurs fonctions. V. Ph. HOONAKKER, *op. cit.*, n° 50, p. 25, cite par D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », *op. cit.*, p. 8.

⁶⁵² Le droit international coutumier est issu de la Convention des Nations-Unies du 2 décembre 2004 relative à l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens. Elle a été ouverte à la signature le 17 janvier 2005. Sur ce texte, v. I. PINGEL-LENUZZA, « Observations sur la convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *JDI* 2005. 1045 s ; lire aussi, D. GUTMANN, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 5e éd., 2007, n° 285, p. 245.

701. Alors, l'objet de la phase de mise en œuvre des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA est de démontrer que l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA a des limites, et son applicabilité à l'exécution forcée desdites sentences est soumise à certaines conditions.

702. L'exécution, c'est ce qu'un auteur a appelé « *le quart d'heure de Rabelais* »⁶⁵³. Le Professeur Henry MOTULSKY affirmait que « *C'est à ce stade que se vérifie la force d'une structure juridictionnelle. Il importe d'avoir une bonne justice ; mais n'est vraiment bonne qu'une justice qui réussit à se faire obéir* »⁶⁵⁴.

La locution « *se faire obéir* » s'entend « *exécuter* », « *accomplir* », « *réaliser* » effectivement le *dictum*⁶⁵⁵, c'est-à-dire, ce qui est dit, prononcé, décidé, jugé ; le *dictum*, c'est encore le dispositif ; il peut s'agir du dispositif d'une décision de justice étatique ou d'une sentence arbitrale. Alors, l'exécution d'une sentence arbitrale est « *le fait pour les parties de se conformer à ce qui a été décidé par le tribunal arbitral* »⁶⁵⁶.

703. Ainsi, lorsque la sentence arbitrale est rendue à l'encontre d'une personne publique, celle-ci « *est tenue de respecter les condamnations à payer une somme d'argent prononcées contre elle, [...]* »⁶⁵⁷. Du moins, c'est ce qui est attendu d'un Etat de droit⁶⁵⁸.

A cet égard, l'Administration observe certaines « *exigences constitutionnelles inhérentes [...]* à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »⁶⁵⁹ traduites par l'adoption de règles régissant les finances publiques et

⁶⁵³ Cuhe, Voies d'exécution, 8^{ème} éd., par Vincent, n°1, cité par H. MOTULSKY « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », p. 141. L'expression « le quart d'heure de rappeler » signifie « passer un mauvais moment auquel on ne peut échapper ou qualifie le moment où il faut payer ou s'acquitter d'une dette ».

⁶⁵⁴ H. MOTULSKY « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », *op. cit.* Voy. aussi H. MOTULSKY, « L'arbitrage commercial et les personnes de droit public », *Revue de l'arbitrage*, 1956, p. 38.

⁶⁵⁵ Cf. G. CORNU, *Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, 2012, p. 343.

⁶⁵⁶ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *Thémis*, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 548, n°868.

⁶⁵⁷ P. DELVOLVE, « L'exécution contre l'Administration », *RTD civ.* 1993. 151, *Dalloz* 2018. La réforme des procédures civiles d'exécution par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 a donné lieu à un colloque organisé par la *Revue trimestrielle de droit civil* et par le Centre de formation permanente de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et à un séminaire qui s'est tenu les 28 et 29 janvier 1993 à Paris. Les actes du colloque ont été publiés dans un numéro spécial de la *Revue*.

⁶⁵⁸ *Op. cit.*, *Ibid.*

⁶⁵⁹ P. DELVOLVE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », (Note sous T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale*, AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. CASSIA ; D. 2010. 1359, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE), *Dalloz* 2018 : Cons. const., n° 2003-473-DC, 26 juin 2003, Rec. Cons. const. P. 382, consid. 18 ; AJDA 2003. 1404, note E. FATÔME ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. FATÔME et L. RICHER ; Cons. const., n° 2008-567-DC 24 juill. 2008, Rec. Cons. const. p. 341, consid. 9 ; AJDA 2008.

l'utilisation des biens et deniers publics⁶⁶⁰. Ces mêmes exigences semblent fonder la reconnaissance de l'immunité d'exécution aux personnes publiques, parce que sont en cause, les fonds publics.

704. Cependant, cette reconnaissance semble n'avoir pas pour but de faire obstacle à l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA, mais, plutôt, à définir les conditions de son applicabilité ; ce que la conception absolue de cette immunité n'arrive pas encore à faire.

705. Donc, l'enjeu de la présente phase de mise en œuvre des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA est de clarifier le régime juridique applicable à l'exécution volontaire et forcée desdites sentences fondé sur « *la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* »⁶⁶¹.

706. Mais, le problème qui se pose est que la limitation du champ d'application du droit OHADA⁶⁶² au domaine du droit des affaires conduit à l'application des règles du droit public régissant les biens et deniers publics en cause, dont l'efficacité relève, en principe, de la compétence d'une organisation communautaire tierce de l'Afrique subsaharienne, en l'occurrence, l'UEMOA ou la CEMAC.

707. En matière d'arbitrage impliquant les personnes publiques, la double appartenance de ces dernières à des organisations communautaires dont les règles ont le même effet d'application directe dans l'ordre juridique interne de leurs Etats membres, est

1516 ; *ibid.* 1664, note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. MONTECLER ; Mélanges Jégouzo 2009. 227, étude G. MARCOU ; RFDA 2008. 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD.

⁶⁶⁰ Voy., en droit français, la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, et son décret d'application du 12 mai 1981, modifié par ceux du 11 avril 1988 et du 15 mai 1990 ; voy. également, P. Bon, Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980, *Rev. dr. publ.* 1981.5 ; P. Delvolvé, L'exécution des décisions de justice contre l'Administration, *EDCE* 1983-11984, n° 35, p. 111 ; D. Linotte, Exécution des décisions de justice administrative et astreintes en matière administrative, *JCP* 1981.I.3011 ; F. Llorens, Astreintes administratives et exécution des jugements par les personnes morales de droit public, *Ann. univ. sciences sociales Toulouse*, 1981, p. 147 ; J. Tercinet, La loi du 16 juillet 1980 : vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'Administration, *AJDA* 1981.3 ; Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, *RFDA* 1990.481. Voy. aussi, la Loi organique du Tchad, un Etat partie de l'OHADA, n°006/PR/98 du 7 août 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême.

⁶⁶¹ P. DELVOLVÉ, *op. cit.*

⁶⁶² Art. 2 du Traité de l'OHADA dispose : « Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ».

un dilemme qui jalonne les différentes étapes du processus arbitral, telles qu'identifiées par CUPERLIER⁶⁶³. Les règles applicables à l'étape de la participation à l'arbitrage sont distinctes de celles applicables à l'exequatur de la sentence et à son exécution proprement dite.

708. En dépit du caractère moniste du droit de l'arbitrage OHADA, un dualisme juridictionnel⁶⁶⁴ semble alors s'imposer à l'exécution des sentences arbitrales administratives. Il faut préciser que le problème se pose essentiellement, en termes d'autonomie des ordres juridiques dont les règles applicables sont parfois divergentes, comme en matière de compensation.

709. Donc, un régime juridique qui serait adapté à l'exécution desdites sentences ne consisterait-il pas à harmoniser les règles communes à l'OHADA et à l'UEMOA ? L'applicabilité des règles impératives du droit public aux contrats dont le litige a donné lieu aux sentences en cause ne traduirait-elle pas une renonciation implicite des personnes publiques à leur immunité d'exécution ?

710. En tout état de cause, il s'agira de répondre, ci-après, aux questions que posent l'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA (Titre 1) et l'exécution forcée desdites sentences (Titre 2) en dépit de l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA.

⁶⁶³ O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in Mathias AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. Jean-Bernard AUBY), Bruylant 2011.

⁶⁶⁴ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 153, n°204.

TITRE 1.- L'EXÉCUTION VOLONTAIRE OU SPONTANÉE DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

711. L'exécution volontaire des sentences arbitrales administratives de l'OHADA ne saurait se heurter à l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA. Lorsqu'on la définit comme le « *fait, pour une personne, de se conformer sans contrainte aux dispositions d'une convention ou d'un jugement* »⁶⁶⁵, c'est aussi pour traduire « *le fait de se conformer volontairement et spontanément* » à une décision juridictionnelle, la respecter.

712. En matière d'arbitrage, l'exécution volontaire a le même sens et s'entend du paiement spontané des condamnations pécuniaires des personnes publiques fondées sur une sentence arbitrale administrative.

713. L'exécution volontaire ou spontanée est, comme l'a affirmé un auteur⁶⁶⁶, « *le destin normal d'une sentence arbitrale* », fut-elle administrative. Par extension, le respect des injonctions de certains actes juridictionnels peut être assimilé à une exécution volontaire.

714. Dans l'affaire Benin Control SA contre l'Etat du Bénin⁶⁶⁷, le Tribunal arbitral a « *enjoint à l'Etat du Bénin de reprendre et de poursuivre l'exécution du contrat de marché n° 20/MEF/MPDEPP-CAG/MDCENTMIP/DNCMP du 9 février relatif à la mise en place du Programme de Vérification des Importations (PVI) de Nouvelle Génération avec la Société Benin Control SA, dans les termes et conditions convenus dans un délai de soixante (60) jours à compter de la notification de la sentence* ». C'est ce qui a été fait. L'Etat du Bénin a retourné le PVI Nouvelle Génération à la Société Benin Control SA.

715. De même, l'exécution du débiteur de certains actes de recouvrement de créance notifiés par le créancier est assimilable à une exécution spontanée ou volontaire. Il en est ainsi de la mise en demeure et du commandement de saisie-vente. En effet, il a été

⁶⁶⁵ Cf. G. CORNU, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, 2^{ème} tirage, 2012, p. 428.

⁶⁶⁶ Voy. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 548-549, n°869 et s.

⁶⁶⁷ CCJA, arr. n°103/2015, du 15/10/2015, Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin.

jugé qu'une mise en demeure, notifiée par un créancier à son débiteur, tend à obtenir de lui une exécution volontaire ⁶⁶⁸, « sous la simple menace d'une éventuelle exécution forcée » ⁶⁶⁹. En outre, « le commandement aux fins de saisie-vente [...] est exigé comme préalable à celle-ci, afin d'inciter le débiteur à une exécution volontaire » ⁶⁷⁰.

716. L'exécution volontaire est fondée sur des règles régies, au plan communautaire de l'UEMOA (ou la CEMAC, selon le cas), par la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et au plan national, par le Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique (par exemple, en République du Bénin).

717. Au vu de ces textes, le droit OHADA est inapplicable à l'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA. Le Règlement général sur la comptabilité publique n'a pas été actualisé à l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage.

718. On note d'ailleurs, une divergence entre ce Règlement et l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en matière de compensation des dettes publiques.

719. En outre, ladite compensation a été envisagée pour atténuer les conséquences de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA ⁶⁷¹,

⁶⁶⁸ Voy. document sur Lextenso.fr, « La nature du commandement de saisie-vente : retour sur la distinction entre l'exécution volontaire et l'exécution forcée » ; Cass. 2^e civ., 13 mai 2015 ; voy. également, N. Cayrol, « Mise en demeure », J.-Cl. Civ., art. 1136, fasc. 60 ; adde C. ROBIN, « *La mora creditoris* », RTD civ. 1998, p. 607 ; voy. aussi R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français », in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, M. de FONTAINE (ss dir.e), et G. VINEY, Bruylant et LGDJ 2001, spéc., p. 113 ; G. VINEY, « Sur les fonctions préventive et probatoire de la mise en demeure », note ch. mixte, 6 juil. 2007 : D. 2007, p. 2642, spéc., p. 2645 ; M. MEKKI, note même arrêt : JCP G 2007, II, 10175.

⁶⁶⁹ Ibid., *op. cit.*, p.3.

⁶⁷⁰ Ibid., *op. cit.*, p. 5. Voy. aussi l'article 92 de l'AUPSRVE aux termes duquel « La saisie est précédée d'un commandement de payer signifié au moins huit jours avant la saisie au débiteur, qui contient à peine de nullité :

1° mention du titre exécutoire en vertu duquel les poursuites sont exercées avec le décompte distinct des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux des intérêts ;
2° commandement d'avoir à payer la dette dans un délai de huit jours, faute de quoi il pourra y être contraint par la vente forcée de ses biens meubles ».

⁶⁷¹ Notamment, CCJA, 1^{ère} Ch. ARRÊT N° 43/2005 DU 07 Juillet 2005, affaire Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY contre Société TOGO TELECOM ; CCJA, 3^e Ch. ARRÊT N° 103/2018 DU 26 Avril 2018, affaire Monsieur MBULU MUSESO contre société des Grands Hôtels du Congo S.A.

traduisant ainsi l'importance que le législateur de l'OHADA accorde à l'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives.

720. Cependant, pourquoi, en vertu de son rôle atténuateur des conséquences de l'immunité d'exécution de l'OHADA, la compensation⁶⁷² ne contient-elle pas de règles procédurales en droit OHADA ? Comment le Règlement général sur la comptabilité publique peut-il contribuer à l'effectivité des sentences arbitrales administratives de l'OHADA s'il n'a pas été actualisé avec les objectifs du Traité de l'OHADA⁶⁷³ ?

721. Nous tenterons de répondre à ces questions en présentant, tout d'abord, le régime pathologique de la compensation. C'est un procédé d'exécution volontaire ou spontanée des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA à la croisée des droits communautaires de l'Afrique subsaharienne (Chapitre 1). Ensuite, nous aborderons les règles de mise en œuvre, aussi bien, de la compensation, que des autres procédés d'exécution volontaire ou spontanée prévus par le Règlement général sur la comptabilité publique (Chapitre 2).

⁶⁷² Dans le langage propre au Code civil, la "compensation" est une opération par laquelle une créance et une dette s'annulent mutuellement à concurrence de la somme la plus faible, de sorte que si elles ne sont pas d'un montant égal, seul le solde en devient exigible. La compensation n'a pas les mêmes fonctions en droit OHADA comme en droit UEMOA. Suivant l'art. 53, du Décret de la République du Bénin n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique, conformément à la transposition en droit interne béninois de l'article 41 de la Directive de l'UEMOA portant règlement général de la comptabilité publique, « *Les débiteurs de l'Etat ne peuvent pas se prévaloir de leurs créances vis-à-vis de l'Etat pour s'opposer au paiement de leurs dettes. Par contre, le comptable doit, préalablement à tout paiement, opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse* ».

⁶⁷³ A titre de rappel, les objectifs de l'OHADA consistent, notamment, à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* », et « *à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* » (Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008).

Chapitre 1.- La compensation des dettes à la croisée des droits communautaires

722. Le procédé de compensation des dettes publiques est à la croisée des droits communautaires de l'Afrique subsaharienne. Il se trouve discuté entre le droit OHADA et le droit UEMOA ou la CEMAC (selon le cas) sans qu'aucun acte communautaire ne puisse en attribuer la propriété à l'une ou à l'autre.

723. Mais, on peut remarquer que le droit OHADA n'a pas envisagé de voie d'exécution volontaire ou spontanée des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, de sorte que la compensation des dettes apparaît comme une matière sortie de nulle part à l'article 30 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ; ce qui est tout de même paradoxal, au regard de l'article 28 de cet Acte uniforme, lequel fait de l'exécution volontaire une étape préalable à toute voie d'exécution forcée.

724. Le législateur de l'OHADA⁶⁷⁴ ne fait renvoi à aucun texte applicable en matière d'exécution volontaire des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA. Mais, il envisage le procédé de compensation pour le paiement de ces condamnations, dont le but est d'atténuer, au sens de l'article 30 alinéa 2 de l'Acte uniforme⁶⁷⁵, les conséquences de l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA.

⁶⁷⁴ Il convient de préciser que, dans le cadre de la présente étude, il s'agit de la compensation des dettes publiques prévues à l'article 30 al. 2 AUPSRVE. Cette compensation est à distinguer de la compensation régie par le Code civil objet des décisions de la CCJA dont notamment, CCJA, Arr. n° 041/2012, 07 juin 2012, aff. BIAO-CI c/ 1/-Mermoz Roch Pauline et 12 autres 2/-Société Induschimie ; CCJA, Arr. n° 100/2016, 02 juin 2016, aff. La Société UNIPESCA IVORY Sarl c/ La Société de Gestion des Entrepôts Frigorifiques en Côte d'Ivoire dite la SOGEF S.A. ; CCJA, Arr. n° 028/2015, 09 avril 2015, aff. SGBCI c/ Madame Gabris Elaham, Madame Gabris Laura épouse Zorkot.

⁶⁷⁵ Notamment, CCJA, 1ère Ch. Arr. n° 43/2005, du 07 Juillet 2005, affaire Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM ; CCJA, 3e Ch. Arr. n° 103/2018, du 26 Avril 2018, affaire Monsieur MBULU MUSESO c/ société des Grands Hôtels du Congo S.A. Dans l'affaire Monsieur MBULU MUSESO contre Société des Grands Hôtels du Congo S.A., la CCJA a jugé que « l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, en son alinéa 1^{er}, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences à l'alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques ».

725. Or, la compensation, dans ses conceptions substantielle et formelle, est une règle du droit public relevant de la compétence du droit interne des Etats parties de l'OHADA, inspiré des règles de l'UEMOA ou de la CEMAC, organisations communautaires de l'Afrique subsaharienne d'intégration économique et financière, dont ils sont membres.

726. Entendu comme un mode d'extinction des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, la compensation est une ultime alternative du droit OHADA (Section 1) aux voies d'exécution inapplicables à ces personnes publiques. Mais, cette alternative a des limites (Section 2).

Section 1.- La compensation, ultime alternative du droit OHADA

727. La compensation est une ultime alternative du droit OHADA, en ce que l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA n'offre pas vraiment de chance à l'exécution forcée des sentences arbitrales administratives⁶⁷⁶.

728. En outre, le droit OHADA ne contient, comme en droit français, aucune règle relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public⁶⁷⁷, nonobstant la Directive, controversée⁶⁷⁸, de l'UEMOA portant Règlement général sur la comptabilité publique⁶⁷⁹.

729. Il faut remarquer que la compensation n'est pas l'unique procédé d'exécution volontaire ou spontanée d'une condamnation pécuniaire des personnes publiques. La question se pose donc de savoir pourquoi le législateur de l'OHADA a indexé la compensation au lieu du procédé de l'ordonnancement ou du mandatement.

⁶⁷⁶ Art. 30 al. 1 AUPSRVE : « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ». La conception absolue de cette immunité en droit OHADA semble ne conserver que la possibilité d'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives.

⁶⁷⁷ Cf. Loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

⁶⁷⁸ Cf. F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public de l'espace OHADA », Ohadata D-11-43, p. 11.

⁶⁷⁹ Cf. la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et le Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique en République du Bénin.

730. Nous pensons que la préférence a porté sur un mécanisme qui consiste à limiter les flux de ressources publiques par l'annulation, de façon réciproque et instantanée, des comptes de dettes et de créances à l'égard des cocontractants privés de l'Etat.

731. La compensation apparaît ainsi comme un procédé de paiement⁶⁸⁰ simplifié (Paragraphe 2). En matière d'arbitrage, ce procédé peut s'avérer un véritable levier du développement économique. L'acquiescement à la sentence arbitrale par les personnes publiques, en dépit de leurs prérogatives de puissance publique, est une sorte de renonciation au recours en annulation de ladite sentence (Paragraphe 3). La compensation apparaît comme une matière commune au droit civil, au droit public et semble encore réclamée une spécificité en droit des affaires. C'est pourquoi, il sera, avant tout, question de la notion polysémique de la compensation (Paragraphe 1).

Paragraphe 1.- La notion de compensation

732. La compensation conduit à l'utilisation des finances publiques dont les règles peuvent être en conflit avec le droit OHADA. L'harmonisation de ces règles ne relève pas de la seule compétence du Traité de l'OHADA, de sorte que la divergence entre l'OHADA et l'UEMOA en cette matière est décrédibilisante pour le droit OHADA face aux conséquences de l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de l'OHADA.

733. Quel est l'intérêt de cette divergence ? Une guerre de pouvoirs institutionnels ou une réelle volonté du législateur OHADA de libéraliser le procédé de compensation des dettes publiques ?

734. Ces questions nous amènent à aborder d'une part, le caractère polysémique de la compensation (A), et d'autre part, l'analyse chronologique de l'intérêt des droits communautaires pour une matière relevant jusque-là du droit interne des Etats parties de l'OHADA (B).

⁶⁸⁰ F.-X. LUCAS, « Compensation fiscale de recouvrement en période suspecte », EDED - 04/02/2015 - n° 02 - page 2, RÉSULTAT DE RECHERCHE LEXTENSO.FR - 18/07/2017 03:16 | UNIV DE NICE SOPHIA ANTIPOLIS ; Tribunaux de commerce Coutances, 20 janv. 2015, no 2015 000285, SAS AIM Group.

A.- La compensation, une notion polysémique

735. La compensation a des caractéristiques spécifiques en droit commun (1), en droit public (2) et en droit OHADA (3).

1.- La compensation en droit commun

736. L'intérêt de la présente étude est de voir si la compensation en droit commun peut être invoquée, d'une part, par chacune des parties librement sans privilège, et d'autre part, pour l'extinction des obligations publiques.

737. En droit commun, la compensation⁶⁸¹ est régie par les articles 1289 et suivants du Code civil de 1804⁶⁸² applicable dans les Etats parties de l'OHADA. L'article 1289 de ce Code dispose : « *Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes* »⁶⁸³.

⁶⁸¹ Dans le langage propre au Code civil, la "compensation" est une opération par laquelle une créance et une dette s'annulent mutuellement à concurrence de la somme la plus faible, de sorte que si elles ne sont pas d'un montant égal, seul le solde en devient exigible. La compensation fait l'objet de la section IV du chapitre V du titre III du Code civil, c'est un mode d'extinction des obligations. La compensation s'applique d'une manière automatique dès lors que les deux créances sont réciproques et qu'elles sont certaines, liquides et exigibles. Dès lors que le créancier d'un débiteur mis en redressement judiciaire n'a pas déclaré sa créance, du fait que le juge ne peut pas constater la liquidité et l'exigibilité des deux dettes, la compensation ne peut être prononcée (Chambre commerciale 3 mai 2011 pourvoi n°10-16758, BICC n°748 du 1er octobre 2011 et Legifrance). Cf. site Internet : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/compensation.php>

⁶⁸² Promulgué au Sénégal par arrêté du gouverneur du 5 novembre 1830, le code civil de 1804 a été étendu à toute l'Afrique occidentale française par le décret du 6 août 1901 portant réorganisation du service de la justice en Guinée, Dahomey (Bénin), Côte d'Ivoire. Ces trois colonies, avec le Sénégal, se répartissaient alors tout le territoire de l'AOF. Notons que, depuis l'indépendance, le code civil a été modifié par la plupart des Etats parties de l'OHADA. Il en est ainsi du Bénin, du Burkina-Faso, du Sénégal, de la Côte d'Ivoire, les Comores, etc. Ces modifications, pour les plus récentes, sont intervenues sur le fondement de l'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité de l'OHADA aux termes duquel « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieure ou postérieure ». Pour plus d'informations, voy. les commentaires du Professeur J. ISSA-SAYEGH concernant l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in, OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002, pp. 619 et ss.

⁶⁸³ Art. 1289, C. civ. de 1804 : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas [exprimés par le Code civil] ».

738. La compensation est ainsi définie comme la situation dans laquelle les parties d'une obligation sont débitrices l'une envers l'autre. Donc, la réciprocité des dettes est la condition qui donne droit à la compensation, outre cependant, les conditions relatives aux dettes elles-mêmes en termes de certitude, de liquidité et d'exigibilité.

739. Elle s'opère par voie d'extinction entre les dettes des deux parties, au sens de l'article 1290⁶⁸⁴. C'est l'effet de la compensation. Aucun formalisme n'est imposé pour son application.

740. Aussi, la Cour de cassation française a-t-elle jugé, dans une affaire relative à l'invocation de la compensation légale, opposant la Société Estivin logistique services transports frigorifiques de Touraine SA à la Société Leroy Transports SA, que : « *par application de l'article 1290 du Code civil, la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu du débiteur, son bénéfice pouvant être invoqué à tout moment ; que la Cour d'appel, qui a retenu que les factures de la société Leray correspondaient à des créances elles aussi certaines, liquides et exigibles, en a exactement déduit que les dettes réciproques des deux sociétés s'étaient trouvées éteintes à concurrence de leur quotité respective à l'instant où elles se sont trouvées exister à la fois et a ainsi légalement justifié sa décision* »⁶⁸⁵.

741. Alors, pour bénéficier de la compensation, elle peut être invoquée à tout moment par des débiteurs réciproques. En droit français, le mécanisme de la compensation était régi par les articles 1289 et suivants du Code civil, comme au sein des Etats parties de l'OHADA, avant l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, dont l'article 1347 définit la compensation comme « *l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes. Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies* ».

⁶⁸⁴ Cf. art. 1290, C. civ. de 1804 : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ».

⁶⁸⁵ Cass. com., 30 mars 2005, Société Estivin logistique services transports frigorifiques de Touraine SA c/ Société Leroy Transports SA. Selon l'arrêt déféré, (Rennes, 17 octobre 2003), la société Estivin logistique transports frigorifiques de Touraine (société Els), qui a effectué divers transports de marchandises au profit de la société Leray Transports (société Leray) entre octobre 1999 et juin 2000, a assigné en paiement du fret cette dernière société qui a invoqué par conclusions du 26 avril 2001 la compensation de cette dette avec ses propres créances de fret correspondant à des expéditions effectuées entre les mois d'août 1999 et de juin 2000, demande à laquelle la société Els a opposé la prescription annale de l'article L. 133-6 du Code de commerce. Voy. J.-P. TOSI, « Invocation de la compensation légale et délai de prescription », in Petites affiches, 18/05/2005, n° 98, p. 14, Lextenso.

742. En définitive, le droit commun de la compensation ne régit pas la compensation des obligations publiques. Etant donné qu'il s'agit du droit commun, certaines dispositions du Code civil sont applicables dans d'autres matières notamment, en droit OHADA.

743. C'est ainsi que les conditions de créances certaines, liquides et exigibles sont fixées par l'article 1291 du Code civil. Nous n'abordons pas ici l'exception de certaines créances fiscales⁶⁸⁶, notamment en matière de TVA, en ce que le principe est établi non pas, par le Code civil, mais par des règles de droit public.

744. Néanmoins, il convient de relever qu'alors que le Code civil de 1804 ne comporte aucune exception⁶⁸⁷ relative aux dettes publiques, le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose en son article 217 portant sur l'exception concernant les dettes publiques que « *La compensation ne peut être opposée à l'Etat et aux collectivités locales et à leurs établissements publics administratifs* »⁶⁸⁸. Ainsi, sans aucun doute, les obligations publiques ne sont pas compensables au préjudice de l'Administration.

⁶⁸⁶ P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *Revue du Droit Public*, n° 6, p. 1645, 01/11/2017, Lextenso, p. 6.

⁶⁸⁷ Art. 1293, Code civ. 1804 : « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : 1) de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ; 2) de la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ; 3) d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables ». Mais, ces exceptions s'expliquent : « Au XIXe siècle déjà, les auteurs civilistes avaient isolé un fondement incontournable de la non-compensation, et propre au droit administratif » ; voy. à ce sujet P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *Revue du Droit Public*, n°6, p. 1645, 01/11/2017, Lextenso, p. 5.

⁶⁸⁸ La révision du Code civil de 1804 par le Sénégal s'est inspirée, sans doute, de l'affirmation de Aubry et Rau qui, « par exemple estimaient qu'en dehors des exceptions à la compensation prévues par le Code civil, il faut en ajouter une, fondée sur les règles relatives à l'organisation des finances publiques. Elle concerne « les contributions dues à l'Etat, à l'égard desquelles la compensation n'a jamais été admise. Les autres créances de l'Etat sont, en ce qui concerne la compensation, soumises aux règles du droit commun. Toutefois, la compensation légale ne s'opère, en ce qui les concerne, qu'autant que l'Etat se trouve, en sa double qualité de créancier et de débiteur, représenté par la même Régie, et que, d'ailleurs, cette compensation ne porte pas atteinte aux règles de la comptabilité financière » ». (in P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », op. cit., p. 5) ; R. BONNARD, « De la compensation comme mode d'extinction des créances », *RSLF* 1911, p. 1 à 23 ; A. HEURTE, « La compensation en droit administratif », *AJDA* 1960, p. 57 à 65 ; M. WALINE, « La compensation entre la dette fiscale et la créance sur l'Etat », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, PUSS, Toulouse, p. 1159 à 1164 ; P. AMSELEK, « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », préc.

2.- La compensation en droit public

745. En comparaison avec le droit commun, la compensation en droit public n'est pas réciproque. Pierre CASTERA affirme que : « *Si en droit civil la compensation s'est réalisée en prenant en compte la nature des obligations civiles, en droit public, le mécanisme n'a pas été défini conformément aux spécificités des créances publiques, d'où la difficulté à en définir un régime et la tendance à admettre une application trop systématique du principe de non-compensation* »⁶⁸⁹.

746. Par analogie, la compensation des obligations publiques, sur le fondement des condamnations pécuniaires issues des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques, devrait se définir sur la base des spécificités de l'arbitrage, en général, et de l'arbitrage mixte en particulier.

747. C'est ainsi que s'est construit le régime de la compensation en droit civil dans les méandres desquels se construisent les spécificités du droit public en la matière⁶⁹⁰. La notion de la compensation n'a donc pas reçu une définition spécifique en droit public.

748. Celle-ci s'est fondée sur la définition du droit privé de sorte que la compensation en droit public ne se distingue de la compensation en droit privé que par ses caractéristiques spécifiques à la gestion des finances publiques.

749. Le procédé de la compensation a, en effet, des caractéristiques propres aux prérogatives de puissance publique. Il est fondé, notamment, sur le principe de la non-compensation des créances publiques et l'unilatéralité de l'application de la compensation au profit des personnes publiques, comme le mentionnent les règles de gestion des finances au sein des Etats parties de l'OHADA.

⁶⁸⁹ P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *op. cit.*, p. 3.

⁶⁹⁰ Cf. P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *op. cit.*, p. 2 : le mécanisme de la compensation s'est construit depuis le XIX^e siècle dans l'ordre civil, alors qu'il n'a été reçu par le droit public que depuis la fin du XIX^e siècle. V. en ce sens, les premières applications jurisprudentielles de la compensation aux personnes publiques, CE, 17 déc. 1809, Campau : Jurisprudence du Conseil d'Etat, t. 1, p. 345 ; v. encore par ex. CE, 27 août 1811, Tron : Jurisprudence du Conseil d'Etat, t. 1, p. 529 ; CE, 10 janv. 1890, Syndicat des marais du littoral de la Gironde, concl. Valabrègue : D. 1891, Jur., III, p. 39 à 40 – CE, 5 avr. 1895, Bureau : Lebon, p. 314, concl. Wurtz ; D. 1896, Jur., III, p. 75 à 76.

750. Suivant l'article 53 du Décret portant règlement général de la comptabilité publique en République du Bénin, « *Les débiteurs de l'Etat ne peuvent pas se prévaloir de leurs créances vis-à-vis de l'Etat pour s'opposer au paiement de leurs dettes. Par contre, le comptable doit, préalablement à tout paiement, opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse* »⁶⁹¹. Cette disposition est la transposition, dans le droit interne d'un Etat partie de l'OHADA, de l'article 41 de la Directive portant règlement général de la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

Elle est l'affirmation, à la fois de la non-opposabilité des créances publiques aux personnes publiques et de l'unilatéralité de l'invocation de la compensation au profit desdites personnes. Il ressort de l'alinéa 1^{er} de cet article que la compensation légale des obligations publiques ne peut être invoquée par les débiteurs de l'Etat.

Ce qui, au regard de l'alinéa 2, n'est pas le cas du comptable, lequel « doit », ce qui marque un devoir, « préalablement à tout paiement », « opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse ». Ainsi que l'affirme Pierre CASTERA, « *Le débiteur privé de l'Administration est, en toute hypothèse et dans le silence de la loi, dans l'impossibilité d'opposer la compensation à l'Administration créancière quand bien même leur rapport d'obligation serait conforme aux prescriptions du Code civil* »⁶⁹².

751. Notons que, la réserve ou la condition du « *silence de la loi* », justifierait sans doute l'esprit libéral du législateur de l'OHADA en la matière que nous aborderons dans les lignes à suivre, étant donné que ce libéralisme a conduit à l'anéantissement du principe de la non-compensation des obligations publiques et de l'invocation unilatérale de ce principe⁶⁹³.

⁶⁹¹ Art. 53, Décret de la République du Bénin n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique. Ce Décret est la transposition en droit interne de l'article 41 de la Directive de l'UEMOA portant règlement général de la comptabilité publique aux termes duquel « Les débiteurs de l'Etat ne peuvent pas se prévaloir de leurs créances vis-à-vis de l'Etat pour s'opposer au paiement de leurs dettes. Par contre, le comptable doit, préalablement à tout paiement, opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse ».

⁶⁹² P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *Revue du Droit Public*, n°6, p. 1645, 01/11/2017, Lextenso, p. 1.

⁶⁹³ Cf. les dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE. Cependant, nous pensons que la compensation en droit OHADA n'est opposable uniquement qu'en cas d'immunité d'exécution des personnes publiques. En outre, cette disposition nous paraît insuffisante en ce qu'elle ne distingue pas les décisions judiciaires des décisions arbitrales.

752. En tout Etat de cause, la non-compensation des obligations publiques n'est pas qu'une interdiction légale. C'est un principe caractéristique du droit public. Pierre CASTERA a observé qu'« *Il existe en droit public, un principe autonome de non-compensation des créances publiques dont la conséquence est d'interdire aux débiteurs privés des personnes publiques de faire usage à leur encontre du mécanisme de la compensation des dettes et des créances* »⁶⁹⁴.

Ce principe « *opère [...] une distorsion manifeste dans le rapport d'obligation, parfaitement opposée à la logique de la compensation du droit civil, mais il révèle les spécificités attachées aux obligations publiques* »⁶⁹⁵. En suivant les analyses de cet auteur, la non-compensation des obligations publiques est fondée aussi bien, sur l'insaisissabilité des biens et deniers publics que sur le respect de la légalité budgétaire.

Or, la compensation ne peut être confondue avec une saisie, puisque, n'étant pas un paiement, mais un mécanisme spécifique d'extinction des obligations, il n'y a aucun moyen de réalisation de la saisie.

753. S'il est admis en droit public que « *la compensation n'est, si l'on va au fond des choses, qu'une espèce de saisie, un paiement imposé au débiteur par son créancier* »⁶⁹⁶, aucune saisie ne peut être réalisée dans la mesure où la compensation ne fait pas intervenir le paiement.

Le créancier ne se paie donc en aucun cas sa propre créance avec ce qu'il doit. En ce sens, elle ne peut être confondue avec une voie d'exécution puisqu'il n'y a pas dans la

⁶⁹⁴ P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *op. cit.* ; CE, 23 mai 2012, Société SPIE SCGPM ; T. LEBON, p. 854 : « le principe de non-compensation des créances publiques fait obstacle à ce que puisse être invoquée à l'encontre des personnes publiques une compensation entre les créances détenues par elles et les créances détenues sur elles par un tiers » ; v. aussi CAA Marseille, 16 déc. 2015, n° 14MA00756, Chambre de commerce et d'industrie de Marseille Provence : « À supposer que les créances dont M. C... se prévaut remplissent les conditions du droit commun de la compensation, ces créances sont, en application du principe de non-compensation des créances publiques, sans incidence sur le droit de la CCIMP d'obtenir le remboursement des rémunérations indues qu'il a perçues » ; v. en outre, CE, 26/07/2011 : il résulte de cette décision que la condamnation d'un établissement public hospitalier à verser une somme à un patient en réparation des conséquences dommageables d'une intervention est, en application du principe de non-compensation des créances publiques, sans incidence sur le droit de cet établissement de recouvrer les frais non réglés se rapportant à l'hospitalisation de ce patient.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 1., Lextenso ; v. aussi, Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », in *Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, 1999, PUF, p. 612 à 627 ; J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », 2000, Dalloz, Archives de philosophie du droit, p. 179 à 194 ; R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », 2000, Dalloz, Archives de philosophie du droit, p. 43 à 49.

⁶⁹⁶ V. WURTZ, concl. sur CE, 5 avr. 1895, Bureau, p. 76, cité par P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *op. cit.*, p. 9.

compensation d'exécution par le débiteur de son obligation, car il n'y a pas de paiement véritable.

754. L'interdiction de compenser des personnes privées, selon Pierre CASTERA, « tient finalement à l'idée que les créances publiques doivent faire l'objet d'un paiement véritable, non pour éviter une saisie ou pour celui d'assurer le respect des règles de la comptabilité publique, mais précisément parce que ces règles protègent les deniers publics et assurent l'équilibre des finances publiques »⁶⁹⁷. Alors, la compensation devrait s'imposer non seulement « parce qu'elle permet d'éviter deux paiements réciproques, mais encore et peut-être surtout parce qu'il serait injuste que l'une des parties puisse exiger de l'autre un paiement effectif alors qu'elle est elle-même débitrice en sens inverse »⁶⁹⁸.

Sous le titre « *L'abandon souhaitable du principe de non-compensation des créances publiques* », la doctrine plaide pour l'abandon d'un mécanisme dont les fondements (saisie et paiement) ne sont pas conformes avec la réalité en ce qu'il n'y a ni saisie ni paiement, mais simplement, l'extinction des dettes réciproques. C'est aussi l'avis de CASTERA lorsqu'il affirme « *du moment où la compensation est conçue comme un mécanisme autonome d'extinction des obligations et non comme un paiement, elle devrait pouvoir être opposée par les créanciers des personnes publiques* ».

755. La compensation en droit public est caractérisée par son opposition à la réciprocité. Elle ne peut être invoquée qu'au profit de l'Administration, de sorte qu'elle est inadaptée à l'extinction des dettes des créanciers de l'Etat.

756. Mais, c'est justement cette aptitude à l'invoquer par l'une ou l'autre partie, sans privilège pour l'une par rapport à l'autre, que le législateur de l'OHADA semble indiquer.

⁶⁹⁷ R. BONNARD, « De la compensation comme mode d'extinction des créances », RSLF 1911, p. 1 à 23, cité par P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *op. cit.*, p. 10.

⁶⁹⁸ R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, 1969, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, spéc. p. 108 à 113.

3.- La compensation en droit OHADA

757. Le champ d'application du droit OHADA est défini à l'article 2 du Traité de l'OHADA⁶⁹⁹ et ne s'étend pas à la compensation, l'un des procédés d'exécution volontaire ou spontanée des condamnations pécuniaires prononcées contre les personnes publiques.

Ces procédés d'exécution sont régis par des règles de gestion des finances publiques dont le contrôle ne relève pas de la compétence du droit OHADA. Cette incompétence du droit OHADA en cette matière pourrait entraver l'efficacité de la procédure d'exécution volontaire.

En effet, l'exécution volontaire des sentences arbitrales administratives peut se heurter aux règles relatives à l'ordonnancement ou à la compensation des dettes publiques en ce que ces dernières ne sont pas fondées sur les objectifs du Traité de l'OHADA.

758. L'ordonnancement est défini à l'article 47, alinéa 1, de la Directive portant Règlement général de la comptabilité publique⁷⁰⁰, comme l'acte administratif par lequel, conformément aux résultats de la liquidation, l'ordre est donné par l'ordonnateur au comptable assignataire de payer la dette de l'Etat.

Cette définition correspondant à celle de l'article 59 du Décret portant règlement général sur la comptabilité publique en République du Bénin⁷⁰¹, et sans doute, dans les autres Etats parties de l'OHADA membres de l'UEMOA.

759. Quant à la compensation, elle consiste en l'extinction de dettes réciproques. Elle est également régie par les textes ci-dessus cités dont le contrôle ne relève pas de la compétence de l'OHADA.

⁶⁹⁹ L'art. 2 du Traité de l'OHADA dispose : « Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ».

⁷⁰⁰ Art. 43, Directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique : « Les dépenses de l'Etat sont autorisées par la loi de finances. Celles de ses établissements publics à caractère administratif sont autorisées par leur conseil d'administration ou organes délibérants en tenant lieu ». Quant à son article 44, il dispose que « Les dépenses sont engagées, liquidées et ordonnancées avant d'être payées. Toutefois, certaines catégories de dépenses limitativement énumérées peuvent, dans les conditions prévues par les textes en vigueur dans les Etats membres, être payées avant ordonnancement, mais doivent faire l'objet d'un ordonnancement de régularisation ».

⁷⁰¹ Décret n°2014/-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique en République du Bénin.

760. La mise en œuvre de ces procédés d'exécution volontaire des sentences arbitrales administratives se heurte à l'incompétence de la CCJA pour en contrôler l'exécution. La question est alors de savoir pourquoi, à défaut d'harmonisation avec les objectifs du Traité de l'OHADA, ces règles n'ont pas été actualisées à l'admission des personnes publiques à l'arbitrage.

761. Il a été noté que, contrairement à la loi française n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, les règles régissant l'ordonnancement au sein des Etats parties de l'OHADA ne sont pas appliquées « *avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques* »⁷⁰².

762. Cette absence de diligence que révèle l'analyse des opérations de dépense définies par le règlement général sur la comptabilité publique ne permet pas d'établir un climat de confiance auquel se sont engagés les Etats parties de l'OHADA.

763. Le législateur de l'OHADA se trouve ainsi lié par des règles relatives à la gestion des finances publiques que ses tentatives d'en assurer le contrôle ne lui permettent guère de dénouer.

764. Il en est ainsi de la compensation qui, en dépit de son applicabilité réciproque⁷⁰³ en droit OHADA, ne saurait être invoquée qu'au profit de l'Administration, au regard des prescriptions du Règlement général sur la comptabilité publique ; les rapports de forces étant plutôt favorables à ce dernier.

765. En tout état de cause, l'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage n'a pas donné lieu à l'actualisation ou à l'harmonisation des règles applicables à l'exécution des sentences arbitrales administratives avec les objectifs du Traité de l'OHADA.

766. Ce qui justifierait l'inefficacité ou l'inadaptation des règles de gestion des finances publiques, dont la compensation, avec l'exécution des sentences arbitrales

⁷⁰² Cf. Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

⁷⁰³ Suivant les règles de la comptabilité publique, la compensation ne peut être invoquée qu'au profit de l'Etat ; mais, la doctrine de l'OHADA sur la compensation l'entend bien dans le sens de son invocation réciproque lorsqu'elle affirme par la plume du Professeur SAWADOGO que les personnes qui sont créancières vis-à-vis des personnes morales de droit public et des entreprises publiques peuvent compenser leurs créances avec les dettes qu'elles doivent à ces personnes. Cf. F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. arb., num. spéc., févr. 2010, p. 136, Ohadata D-11-43, p. 12.

administratives en termes, notamment, de célérité dans le traitement, d'application réciproque.

767. Au regard de tout ce qui précède, la compensation semble une matière ambiguë, étant donné que le même Conseil des ministres qui l'a introduite dans le droit OHADA est le même qui l'a adoptée au sein de l'UEMOA et de la CEMAC⁷⁰⁴. Donc, il y a sans doute, une nuance que le législateur de l'OHADA a voulu introduire qui la distingue de la compensation des créances publiques dans l'espace OHADA que l'analyse de la chronologie de son adoption peut révéler.

B.- L'analyse chronologique de l'adoption de la compensation

768. La compensation ne relève pas du domaine d'intervention⁷⁰⁵ du Traité de l'OHADA. Mais, une classification chronologique des règles régissant la compensation dans l'espace OHADA nous amène au constat que la Directive de l'UEMOA, n°06/97/CM/UEMOA, du 16 décembre 1997 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique et ses textes modificatifs, avant qu'elle ne soit modifiée, le 26 juin 2009, en vigueur au moment de la présente rédaction, est antérieure à l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) qui ne date que du 10 avril 1998.

Ces actes sont adoptés par le Conseil des ministres⁷⁰⁶ des Etats parties des organisations interétatiques régionales concernées. Ainsi, le Conseil des ministres qui a

⁷⁰⁴ L'analyse chronologique des instruments juridiques régissant la compensation dans l'espace OHADA révèle que le Conseil des ministres qui a adopté la Directive de l'UEMOA portant règlement général de la comptabilité publique, le 16 décembre 1997, est le même qui a participé à l'adoption de l'AUPSRVE du 10 avril 1998, à l'exception des Etats non-membres de l'UEMOA. Mais, d'autres espaces communautaires comme la CEMAC dont certains Etats parties de l'OHADA sont parties, ont aussi adopté les mêmes dispositions. Il faut d'ailleurs souligner que les dispositions relatives à la non-compensation des créances publiques ne datent pas de la création de ces organisations interétatiques sous-régionales. Elles sont fondées sur les principes de gestion des finances publiques. L'harmonisation de ces principes est assurée par ces organisations et ne font ainsi pas partie des attributions de l'OHADA.

⁷⁰⁵ Art. 2, Traité OHADA : « Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports [...] ».

⁷⁰⁶ Aux termes de l'article 8 du Traité de l'OHADA, les actes uniformes de l'OHADA sont adoptés par le Conseil des ministres des Etats parties de l'OHADA. Quant aux directives de l'UEMOA, celles-ci sont, aux

adopté la Directive de l'UEMOA portant règlement général de la comptabilité publique, le 16 décembre 1997, est le même qui a participé à l'adoption de l'AUPSRVE du 10 avril 1998.

769. Lorsqu'on ramène l'analyse au niveau d'un Etat souverain, on pourrait dire que le même Etat qui a interdit la compensation des créances publiques au sein d'un groupe d'Etats donné, est le même qui l'a autorisée au sein d'un autre groupe d'Etats. Il y a donc un intérêt impérieux à cerner le bien-fondé de ces dispositions contradictoires pour deux raisons notamment.

770. D'abord, cela participe de la sécurité juridique des activités économiques dans l'espace OHADA qu'il n'y ait point de conflit ou de divergence entre les textes adoptés par les organisations communautaires de l'Afrique subsaharienne ; ensuite, les obstacles légaux participent de l'inefficacité du régime d'exécution des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques.

771. Alors, la position divergente des Etats parties de l'OHADA à l'égard du procédé de compensation ne serait-elle pas due à la répartition des compétences législatives entre l'OHADA et l'UEMOA ?

772. En principe, l'OHADA n'avait plus à légiférer en matière de compensation, vu que l'UEMOA venait de le faire un an plus tôt. En outre, les règles de l'UEMOA s'appliquent, comme celles de l'OHADA, directement au sein des Etats parties. Donc, ses règles étaient susceptibles de créer un conflit au sein des Etats.

773. Mais, l'absence de règles procédurales ou de mise en œuvre de la compensation permet d'affirmer que le législateur OHADA a bien réservé la compétence de l'UEMOA en la matière, la compensation étant, de surcroît, une règle du droit public.

774. Alors, comment comprendre l'idée de réciprocité qui résulterait de l'article 30 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, étant donné que la compensation ne peut être invoquée que par et au profit de l'Administration ?

termes de l'article 42 du Traité de l'UEMOA du 10 mai 1996, adoptées par le Conseil des ministres des Etats membres de l'UEMOA. Il en est également ainsi des directives au sein de la CEMAC dont le Traité constitutif est du 05 juillet 1996, révisé le 25 avril 2007.

775. A la limite, la divergence des droits communautaires relativement à la compensation ne résulterait que de l'interprétation de la doctrine⁷⁰⁷ qui n'aurait pas pris en compte le contexte de sa mention.

776. En effet, pour la jurisprudence⁷⁰⁸, la compensation aurait pour but d'atténuer les conséquences de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA. Elle n'aurait donc pas de fonction processualiste ou procédurale. Car, dans ce sens, « *la plus grande spécificité de l'utilisation en droit public de ce mécanisme tient à son unilatéralité et au déséquilibre qu'elle crée au profit de l'Administration* »⁷⁰⁹.

777. En définitive, la contradiction que semble induire la compensation en droit OHADA n'en serait pas une. Elle a bien une fonction alternative par rapport à l'immunité d'exécution des personnes qui en bénéficient et non processualiste dont les règles, hors du champ d'application du droit OHADA, relèvent du droit public des Etats parties de l'OHADA en matière de gestion des finances publiques.

778. Aussi, ce n'est pas parce qu'elle n'autoriserait pas la réciprocité que la compensation en droit public n'admettrait pas certaines limites. Mais, en attendant d'aborder ces limites, il faut reconnaître que la compensation se distingue des autres procédés d'exécution volontaire ou spontanée par son aptitude à simplifier l'extinction des dettes.

⁷⁰⁷ L'art. 53 de cette Directive cité par l'auteur est libellé comme suit : « Les redevables de l'Etat et des autres organismes publics ne peuvent opposer la compensation légale dans le cas où ils se trouvent dans le même temps, créanciers de l'Etat ou d'organismes publics. Dans la même situation, préalablement à tout paiement, le comptable public doit opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse ». Ainsi, la compensation ne joue qu'en faveur des personnes publiques et est une obligation pour le comptable public qui est tenu de la faire jouer. Cf. F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public de l'espace OHADA », *Ohadata* D-11-43, p. 11.

⁷⁰⁸ Cf. CCJA, 3ème ch., n° 103/2018, 26-4-2018, X. c/ La Société des Grands Hôtels du Congo SA et 10 autres : l'article 30 de l'[AUPSRVE] pose, en son alinéa 1er, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences à l'alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques ; CCJA, no 043/2005, 7-7-2005, A. Y. et autres c./ Sté TOGO TELECOM, recueil de Jurisprudence de la CCJA, no 6, juin-décembre 2005, p. 25 ; Le Juris-Ohada n° 1/2006, p. 8. obs. Filiga Michel SAWADOGO in *Ohadata* D-07-16 ; *Ohadata* J-06-32 ; Voir notamment F. M. SAWADOGO, "La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA" (à propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2007, Affaire Aziablévi YOVO contre Société Togo Telecom), cf. site Internet :

<http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-07-16.html>

⁷⁰⁹ P. CASTERA, « Le principe de non-compensation des créances publiques », *Revue du Droit Public*, n°6, p. 1645, 01/11/2017, Lextenso.

Paragraphe 2.- La compensation, un moyen simplifié d'extinction de dettes

779. La simplification de l'extinction des dettes est l'un des avantages de la compensation que nous développerons à l'absence de contrainte pour payer les condamnations pécuniaires (1) et la renonciation au recours en annulation des sentences arbitrales (2).

A.- Absence de contrainte pour payer les condamnations pécuniaires

780. L'exécution volontaire ou spontanée des condamnations pécuniaires des personnes publiques est un moyen sans contrainte d'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

C'est le cas de la compensation. *« [Elle] est le plus souvent envisagée, à la fois, comme un mode de paiement simplifié entre deux parties réciproquement obligées et comme une garantie de paiement »*⁷¹⁰. Les personnes publiques ont pu opposer la compensation, après la saisine du juge, sans conciliation préalable⁷¹¹. De même, un contribuable à la TVA a demandé, devant le tribunal administratif, que les redressements de taxe qui lui étaient assignés soient compensés par un crédit de taxe se rapportant à une période antérieure et qu'il aurait omis de déduire.

781. Bien que l'administration eût contesté dans son principe cette possibilité de compensation, le tribunal a, par un premier jugement, ordonné un supplément d'instruction

⁷¹⁰ A. CROSIO, « REFLEXIONS SUR LA COMPENSATION LEGALE ET CONVENTIONNELLE DES CREANCES », Petites affiches - 09/12/1996 - n° 148 - page 7, RÉSULTAT DE RECHERCHE LEXTENSO.FR - 18/07/2017 02:58 | UNIV DE NICE SOPHIA ANTIPOLIS.

⁷¹¹ Dans l'arrêt n° 376119, du 14-11-2014, rendu entre Département de la Guadeloupe et Société d'exploitation de l'abattoir de la Guadeloupe (SEAG), il a été jugé que « [...] Considérant que, devant la cour, le département de la Guadeloupe avait fait valoir, en défense, que la somme dont la société s'estimait créancière devait faire l'objet d'une compensation avec sa propre créance sur cette société, résultant, selon lui, du non-reversement du montant des taxes qu'elle collectait en application du contrat ; qu'en rejetant ces prétentions comme irrecevables au motif qu'elles auraient dû être soumises à la procédure de conciliation préalable à la saisine du juge, organisée par l'article 38 du cahier des charges de la convention d'affermage, la cour administrative d'appel de Bordeaux a entaché son arrêt d'erreur de droit ».

pour déterminer la réalité et le montant d'un tel crédit. Il a ainsi admis le principe de la compensation demandée par le contribuable⁷¹².

782. Néanmoins, elle ne peut être invoquée en période suspecte. Les faits de la cause se présentent comme suit⁷¹³ :

« Une société en difficulté n'ayant pas été en mesure de respecter le plan d'apurement de son passif fiscal que la CCSF lui avait consenti, l'Administration avait, le même jour, résolu ce plan et procédé, en vertu de l'article L 257 B du Livre des procédures fiscales, à la compensation de différentes dettes fiscales et d'un crédit de TVA dû à ce contribuable. Un redressement judiciaire ayant été ouvert quelques jours plus tard, les administrateurs judiciaires, émus de voir ainsi siphonner une importante créance sur laquelle ils devaient compter pour financer la période d'observation, ont saisi dans des délais record le tribunal d'une demande d'annulation de ce paiement, réussissant ce tour de force d'obtenir une décision au fond – favorable de surcroît – moins d'un mois après le jugement d'ouverture, et ce après avoir été autorisés par ordonnance à assigner à bref délai ».

783. Par ailleurs, la compensation ne peut non plus être invoquée si l'Administration y a renoncé. En effet, dans un arrêt du 11 janvier 2017⁷¹⁴, « la Cour de cassation limite la faculté de l'Administration fiscale de demander, à tout moment de la procédure, la compensation entre les dégrèvements accordés et les insuffisances ou omissions réclamées en précisant qu'elle est écartée si on peut déduire du comportement de l'Administration qu'elle a renoncé à s'en prévaloir ». Mais, la compensation n'est pas le seul procédé d'exécution volontaire ou spontanée applicable à aux sentences arbitrales administratives de l'OHADA. A l'instar de la Loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les

⁷¹² C.E., n° 15058, 28-04-1982, Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat 1982.

⁷¹³ F.-X. LUCAS, « Compensation fiscale de recouvrement en période suspecte », EDED - 04/02/2015 - n° 02 - page 2, RÉSULTAT DE RECHERCHE LEXTENSO.FR - 18/07/2017 03:16 | UNIV DE NICE SOPHIA ANTIPOLIS ; Tribunaux de commerce Coutances, 20 janv. 2015, no 2015 000285, SAS AIM Group.

⁷¹⁴ Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-18429, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00038, FS-PB (cassation partielle), Flash Defrénois - 30/01/2017 - n° 04 - page 16, RÉSULTAT DE RECHERCHE LEXTENSO.FR - 18/07/2017 03:03 | UNIV DE NICE SOPHIA ANTIPOLIS.

personnes morales de droit public, les Etats parties de l'OHADA sont aussi dotés de règles pour le paiement des dettes publiques.

784. Il s'agit, comme sus-cité, de la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et du Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique en République du Bénin.

785. Néanmoins, la mise en œuvre de ces procédés de paiement spontané des condamnations pécuniaires des personnes publiques peut souffrir de délai d'exécution non prévu ou non respecté par l'Administration publique. En tout état de cause, « *Dès lors que la sentence est exécutée volontairement, il s'agit, d'un point de vue juridique, d'un acquiescement [à la sentence]* »⁷¹⁵.

B.- Renonciation au recours en annulation des sentences arbitrales

786. La renonciation au recours en annulation d'une sentence arbitrale⁷¹⁶ est une manière d'acquiescer au *dictum* de cette sentence. L'acquiescement à la sentence emporte soumission aux chefs de ladite sentence et renonciation aux voies de recours⁷¹⁷. Il est une cause d'extinction de l'instance arbitrale.

787. Dès lors que la sentence est exécutée volontairement, il s'agit, d'un point de vue juridique, d'un acquiescement à la sentence⁷¹⁸. Ainsi, le fait pour une partie de payer volontairement la somme à laquelle elle a été condamnée est le signe d'un acquiescement implicite à la sentence.

⁷¹⁵ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 549, n°871.

⁷¹⁶ La renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale par les parties est prévue à l'article 25 alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

⁷¹⁷ Sur l'acquiescement de manière générale, v. Y. STRICKLER, « Acquiescement », *Rep. Pr. Civ. Dalloz*, oct. 2015, cité par J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 550, n° 871.

⁷¹⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 549, n° 871.

788. Alors, l'acquiescement d'une personne publique à la sentence est-elle valable lorsqu'elle renonce aux voies de recours⁷¹⁹ ou lorsque, après l'annulation de la sentence⁷²⁰, elle n'engage pas une nouvelle instance ? Face aux « exigences constitutionnelles inhérentes [...] à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »⁷²¹, l'acquiescement implicite aux sentences arbitrales administratives est-il valable ? Nous aborderons, ci-après, d'abord, l'acquiescement au *dictum* de la sentence (1), et ensuite, ses effets (2).

1.- Acquiescement au *dictum* de la sentence

789. L'acquiescement « est l'acte par lequel un plaideur consent à adhérer soit à une demande formée par son adversaire (acquiescement à la demande), soit à l'ensemble d'un jugement (acquiescement au jugement). L'acquiescement est un acte juridique unilatéral qui ne nécessite pas, en principe, le consentement de l'adversaire pour produire des effets »⁷²². Les auteurs de droit civil définissent l'acquiescement comme « un acte

⁷¹⁹ Cf. notamment, CCJA, Arr. n°103/2015 du 15 octobre 2015, aff. Société Benin Control SA c/ Etat du Bénin ; CCJA, Arrêt N° 104/2015 du 15 octobre 2015, aff. Etat du Bénin représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON.

⁷²⁰ *Idem*, *op. cit.*

⁷²¹ P. DELVOLLE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », (Note sous T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale*, AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. CASSIA ; D. 2010. 1359, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE), Dalloz 2018 : Cons. const., n° 2003-473-DC, 26 juin 2003, Rec. Cons. const. P. 382, consid. 18 ; AJDA 2003. 1404, note E. FATÔME ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. FATÔME et L. RICHER ; Cons. const., n° 2008-567-DC 24 juill. 2008, Rec. Cons. const. p. 341, consid. 9 ; AJDA 2008. 1516 ; *ibid.* 1664, note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. MONTECLER ; Mélanges Jégouzo 2009. 227, étude G. MARCOU ; RFDA 2008. 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD.

⁷²² Acquiescement (Procédure civile) - Septembre 2017, Dalloz. Cf. Y. STRICKLER, « Acquiescement », in Répertoire procédure civile, oct. 2015, *Revue Dalloz* ; C. MOREL « L'acquiescement à un jugement ne peut être présumé », Civ. 3^e, 30 avr. 2002, n° 01-70.076, RDI 2003. 51 ; J. DJOUDI, « La constatation de l'acquiescement implicite au jugement », D. 1996. 91 ; I. PETEL-TEYSSIE, *Droit et pratique de la procédure civile, 2014, sous la direction de Serge Guinchard* ; P. CALLE/L. DARGENT, Code de procédure civile 2017, annoté, Droit privé, 108^e éd., 2016 ; Ch. LEFORT, « Procédure civile », Droit privé, 5^e éd., 2014 ; S. GUINCHARD/F. FERRAND/N. FRICERO/H. GERPHAGNON/Ph. HOONAKKER/A. LACABARATS/J.-P. LACROIX-ANDRIVET/J. PELLERIN/I. PETEL-TEYSSIE/M. BANDRAC/C. BLERY/G. BOLARD/N. CAYROL/D. CHOLET/D. d'AMBRA/C. FATTACCINI/M. REDON, « Droit et pratique de la procédure civile », 2017/2018 (Droits interne et de l'Union européenne), 9^e éd., 2016 ; S. GUINCHARD/F. FERRAND/C. CHAINAIS, « Procédure civile », Droit privé, 4^e éd., 2015 ; J. LARGUIER/Ph. CONTE/Ch. BLANCHARD, Droit judiciaire privé. Procédure civile, Droit privé, 20^e éd., 2010 ; S. GUINCHARD/F. FERRAND/C. CHAINAIS, Procédure civile (Droit interne et droit de l'Union européenne), Droit privé, 33^e éd., 2016 ; G. COUCHEZ/X. LAGARDE, Procédure civile, Droit privé, 17^e éd., 2014. Pour Y. STRICKLER, « L'acte d'acquiescement consiste, pour un plaideur, à adhérer à une

*unilatéral ; il n'a donc pas besoin d'être accepté [...] . Il est la reconnaissance pure et simple de la prétention de l'adversaire ou l'adhésion à un jugement sans que la partie auquel il profite consente à des sacrifices en contrepartie »*⁷²³. Ce caractère unilatéral, selon M. BLUMANN, « *est de l'essence même de l'acquiescement* »⁷²⁴.

790. Il résulte de ces définitions, qu'il y a deux types d'acquiescement : l'acquiescement à la demande et l'acquiescement au jugement, distincts, l'un de l'autre, à travers⁷²⁵ leurs conditions de validité (consentement libre et éclairé, capacité et pouvoirs), leurs formes (exprès, tacite et exécution sans réserve d'un jugement) et leurs effets (reconnaissance du bien-fondé des prétentions adverses, extinction de l'instance, soumission aux chefs du jugement, renonciation aux voies de recours).

791. Le droit OHADA ne définit pas la notion d'acquiescement. Mais, les personnes publiques de l'OHADA ont adopté diverses postures à l'égard des sentences qui les ont, soit condamnées, soit données raison, dont l'interprétation peut induire un acquiescement à ces sentences. Alors, quels sont les effets d'un acquiescement ?

2.- Effets de l'acquiescement

792. L'acquiescement peut se déduire du silence des personnes publiques à l'égard de la sentence portant leur condamnation pécuniaire. Mais, la confidentialité qui

demande formée par son adversaire ou à un jugement rendu. L'acquiescement peut ainsi s'appliquer, d'abord, à la demande et, ensuite, au jugement » (Y. STRICKLER, « Acquiescement », in Répertoire procédure civile, oct. 2015, *Revue Dalloz*).

⁷²³ Ph. MALAURIE (V. Rép. pr. civ., V^e Acquiescement, n^{os} 1 et s.), cité par Gustave Peiser, « Incidents de procédure », janvier 2007, actualisation : mars 2018, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz.

⁷²⁴ G. PEISER, « Incidents de procédure », *op. cit.*

⁷²⁵ En effet, en tant qu'acte juridique unilatéral, la validité de l'acquiescement doit être le fruit d'une volonté dénuée des vices prévus par le nouvel article 1130 du code civil (C. civ., anc. art. 1109), à savoir l'erreur, le dol et la violence. Qu'il porte sur une demande ou sur l'ensemble du jugement, l'acquiescement emporte toujours renonciation à un droit. Il suppose donc que celui qui l'émet ait la capacité de disposer du droit litigieux. Certains mandataires sont légalement autorisés à acquiescer au nom et pour le compte du représenté. Tel est le cas par exemple, du tuteur du majeur incapable ou du mineur non émancipé. En cas de mandat de représentation, le mandataire est irréfragablement présumé avoir reçu pouvoir spécial d'acquiescement, à l'égard du juge et de la partie adverse. En cas de mandat conventionnel, le mandataire doit disposer d'un mandat spécial en application de l'article 1988 du code civil qui dispose que le « mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ». L'acquiescement du mandataire conventionnel est subordonné à un pouvoir expressément prévu par le contrat.

couvre les sentences qui n'ont fait l'objet ni de recours en annulation ni de requête d'exequatur rend difficile l'appréciation de la situation.

793. En dépit de la transparence qui régit l'utilisation des deniers publics, les informations relatives à l'exécution des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques ne sont pas disponibles au public. Néanmoins, l'inexécution de ces sentences peut se déduire aisément de l'attitude des créanciers des personnes publiques. Donc, pas de contestation, pas d'inexécution.

794. Un auteur⁷²⁶ a affirmé qu'il n'y a pas de raison de refuser d'appliquer l'article 1^{er} de la Loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public à une sentence arbitrale dès lors qu'elle est revêtue de l'exequatur.

795. Conformément à l'article 409 du Code de procédure civile français, lequel correspond à l'article 492 de la Loi de la République du Bénin n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes, « *L'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours. Il est toujours admis, sauf disposition contraire* ».

796. L'article 493 de la loi précitée du Bénin, correspondant à l'article 410 CPC, dispose : « *L'acquiescement peut être exprès ou implicite* ». Ces dispositions du Code de procédures sont applicables aussi bien, aux jugements, qu'aux sentences arbitrales. A ce sujet d'ailleurs, « *Il a été jugé que l'article 409 CPC était applicable aux sentences arbitrales* »⁷²⁷.

797. Il résulte des dispositions précitées, que l'acquiescement à la sentence emporte deux effets : d'une part, soumission aux chefs du jugement (sentence), et d'autre part, renonciation aux voies de recours.

798. La soumission aux chefs du jugement (ou à la sentence) est le fait d'accepter les termes de ce jugement. Selon Yves STRICKLER, « *L'acquiescement*

⁷²⁶ P. DELVOLLE, « L'exécution contre l'Administration », *op. cit.*, p. 3, n°9.

⁷²⁷ A ce sujet, J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 549, n°871 a cité : Paris, 14 mai 2009, Rev. Arb. 2009, p. 651. L'acquiescement ne peut résulter que d'actes impliquant d'une manière non équivoque la volonté d'accepter la sentence arbitrale (Paris, 26 nov. 1968, Rev. Arb. 1968, p. 133). V. aussi Paris, 29 avr. 1982, Rev. Arb. 1983, p. 342 ; Civ. 2, 20 juin 1996, Paris, 29 oct. 1993, Paris, 4 avr. 1996, Rev. Arb. 1997, p. 437, obs. Th. B. ; Paris, 28 oct. 2014, Rev. Arb. 2014, p. 1033 ; Paris, 17 mars 2017, Rev. Arb. 2015, p. 628.

exprimant la volonté de son auteur d'accepter le jugement, il est logique qu'il emporte soumission aux chefs de celui-ci, étant entendu que seuls les chefs sur lesquels il a été statué sont concernés »⁷²⁸.

799. Il ajoute que cette conséquence n'empêche cependant pas celui qui a acquiescé de se prévaloir des dispositions d'une loi immédiatement applicable et postérieure à cette décision⁷²⁹.

800. L'acceptation d'un chef de jugement s'étend également aux autres chefs avec lesquels existe un lien nécessaire ou d'individualité⁷³⁰. Il a ainsi été jugé que lorsque l'auteur d'un fait dommageable verse sans réserve les sommes qu'il a été condamné à payer, il acquiesce aux chefs de jugement retenant sa responsabilité intégrale. Bien d'autres cas de soumission aux chefs d'un jugement ont été évoqués⁷³¹.

⁷²⁸ Y. STRICKLER, « Acquiescement », Rép. proc. Civ., Dalloz, octobre 2015. L'auteur a cité au fondement de la soumission aux chefs du jugement : Civ. 2^e, 17 oct. 1984, Bull. civ. II, n° 151 ; Gaz. Pal. 1985. 1. Panor. 49, note S. GUINCHARD. – Civ. 2^e, 16 avr. 1986, Bull. civ. II, n° 51 ; D. 1986. IR 331. – Civ. 2^e, 30 juin 1993, n° 91-22.003, inédit.

⁷²⁹ *Ibid*, *op. cit.* : Civ. 3^e, 16 mai 1990, n° 88-20.130, Bull. civ. III, n° 117 ; D. 1990. IR 139.

⁷³⁰ Civ. 30 avr. 1897, DP 1901. 1. 14. – Civ. 7 déc. 1937, JCP 1938. IV. 635. – Com. 21 déc. 1960, Bull. civ. III, n° 423. – Civ. 2^e, 30 juin 1966, Bull. civ. II, n° 716.

⁷³¹ Y. STRICKLER, « Acquiescement », *op. cit.* : Pour pouvoir retenir un acquiescement global, le lien nécessaire entre le chef de jugement qui a fait l'objet de l'acquiescement et les autres doit être démontré par les juges du fond (Civ. 2^e, 25 févr. 1987, n° 85-12.491, Bull. civ. II, n° 54). De même, l'acquiescement sur un chef principal s'étend aux chefs simplement accessoires concernant par exemple les intérêts ou les dépens (Douai, 12 août 1846, DP 1846. 4. 4). Le seul fait de l'existence de conclusions subsidiaires accueillies par le juge n'implique pas un acquiescement au jugement qui rejette les conclusions principales ; ainsi, les conclusions subsidiaires de l'intimé tendant à la confirmation du jugement ne constituent pas un acte d'acquiescement à ce jugement (Rennes, 28 juin 1937, Rec. Rennes 1937. 347. – V. égal. Civ. 2^e, 19 juin 1969, Bull. civ. II, n° 219). Mais quand les conclusions subsidiaires se rattachent d'une manière indivisible aux conclusions principales, l'acquiescement soit sur les conclusions principales, soit sur les conclusions subsidiaires, s'étend à toutes les dispositions du jugement et vaut soumission à celles-ci (Civ. 4 août 1856, DP 1856. 1. 334). Lorsque les chefs sur lesquels une décision a statué sont distincts et indépendants les uns des autres, l'acquiescement donné à l'un ou à plusieurs d'entre eux, n'implique pas soumission aux autres (V. *supra*, n° 74). Pour éviter toute équivoque sur la portée de l'acquiescement donné, il peut être recommandé de compléter l'acquiescement ne portant que sur certains chefs, de réserves du droit de former un recours contre les autres chefs (pour un raisonnement similaire à propos de l'exécution partielle du jugement, *rapp. supra*, n° 73). Il faut cependant y insister : normalement, en cas d'appel général d'un jugement de divorce, puisque l'appel est général, la dévolution s'opère pour le tout, peu important que les conclusions des parties n'aient critiqué que certains chefs de la décision, de sorte que l'absence dans les conclusions d'appel de critiques dirigées contre le chef du jugement prononçant le divorce ne vaut pas acquiescement au divorce et la décision quant au divorce ne passe en force de chose jugée, sauf acquiescement ou désistement, qu'après le prononcé de l'arrêt (Civ. 2^e, 31 janv. 2013, n° 11-29.004, Bull. civ. II, n° 17 ; D. 2014. Pan. 689, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2013. 355, obs. Hauser. – *Rapp. Civ. 1^{re}*, 14 mars 2012, n° 11-13.954, Bull. civ. I, n° 55 ; RTD civ. 2012. 573, obs. Perrot ; D. 2013. Pan. 798, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2012. 298, obs. Hauser). Et lorsque l'acquiescement a été donné successivement par les parties, le jugement acquiert force de chose jugée par le second acquiescement en date. Ainsi, dans une procédure de divorce, si l'épouse, en acquiesçant au jugement le 3 février 2006, a ainsi renoncé à exercer une voie de recours, la décision ne passe en force de chose jugée que lorsqu'elle n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution, autrement dit, en l'espèce, par l'acquiescement du mari intervenu le 24 juin

801. Cependant, nous avons peu de cas de soumission aux chefs des sentences arbitrales par les personnes publiques. De toute évidence, les sentences arbitrales impliquant les personnes publiques qui n'auraient pas fait l'objet d'exécution forcée sont présumées avoir été exécutées volontairement ; donc, soumission aux chefs desdites sentences. Mais, l'acquiescement à la sentence n'a pas que pour effet, la soumission aux chefs de celle-ci ; il a aussi pour effet la renonciation aux voies de recours.

802. La renonciation aux voies de recours est un effet qui se déduit de celui de la soumission aux chefs de la sentence arbitrale et, sont concernées toutes les voies de recours, peu important à cet égard que l'acquiescement fut exprimé de façon expresse ou implicite⁷³².

803. L'acquiescement à un jugement⁷³³ peut être antérieur à ce jugement et donner ainsi lieu à renonciation aux voies de recours, comme il peut intervenir après le jugement. Dans ce cas, la renonciation aux voies de recours peut se faire avant l'ouverture de l'instance juridictionnelle⁷³⁴ ou pendant le déroulement de l'instance⁷³⁵.

2006. C'est alors à cette date que prend fin l'exigibilité de la pension alimentaire due à l'épouse au titre du devoir de secours (Civ. 1^{re}, 31 mars 2010, n° 09-12.770, Bull. civ. I, n° 79 ; D. 2011. Pan. 1107, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2010. 310, obs. Hauser ; RTD civ. 2010. 618, obs. Perrot). Dans le cas où il s'agit non plus de chefs distincts, mais de jugements différents intervenus dans une même instance, il est également admis que l'acquiescement à l'une des décisions n'entraîne pas acquiescement aux autres (Civ. 15 nov. 1880, DP 1881. 1. 101. – Civ. 9 févr. 1948, Bull. civ., n° 34). À plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'il s'agit de jugements intervenus dans des instances différentes (Civ. 17 avr. 1894, DP 1894. 1. 323. – V. aussi Civ. 13 janv. 1902, DP 1903. 1. 317). Enfin, par application de la même règle, l'acquiescement donné à une décision ordonnant avant dire droit une mesure d'instruction n'emporte pas soumission aux chefs du jugement à intervenir sur le fond (V. en ce sens, à propos de l'acquiescement au jugement déférant au défendeur le serment supplétoire, Civ. 1^{re}, 14 janv. 1969, Bull. civ. I, n° 23).

⁷³² V. Civ. 2^e, 9 oct. 1985, n° 84-12.441, Bull. civ. II, n° 146. Pour approfondir la question de l'effet de renonciation aux voies de recours de l'acquiescement, voy. Y. Strickler, « Acquiescement », *op. cit.*, n°131-140.

⁷³³ Gustave Peiser, « Incidents de procédure », *op. cit.*, n°48 à 64.

⁷³⁴ *Ibid*, *op. cit.* : En procédure civile, les parties peuvent en principe renoncer au bénéfice du double degré de juridiction, sauf si l'objet du litige est d'ordre public. En revanche, le Conseil d'Etat, dans un arrêt déjà ancien, n'a pas admis la renonciation au double degré de juridiction (CE 26 nov. 1863, Ville de Conches c/ Lemire, S. 1863. 2. 270, DP 1863. 3. 85 ; une telle clause avait été inscrite dans un marché de travaux publics et ne fut pas admise).

⁷³⁵ *Ibid*. Cette possibilité a été reconnue par plusieurs auteurs : ainsi le commentateur au Dalloz de l'affaire Ville de Conches, de même que M. Ch. DEBBASCH (Procédure administrative LGDJ, p. 188). Il semble d'ailleurs y avoir quelques décisions en ce sens (CE 23 juin 1853, Nougaret, Rec. CE, p. 627 ; 29 janv. 1932, Colotte, S. 1932. 3. 96 ; 24 mars 1944, Sieur et Delle Canel, Rec. CE, p. 102 ; 9 nov. 1949, Marquis c/ Ville de Pantin, Rec. CE, p. 470).

804. Quant à l'acquiescement au jugement après le jugement⁷³⁶, il s'agirait, comme l'affirme PEISER, d'un acquiescement à la chose jugée, mais uniquement dans le sens où l'on renonce d'avance aux voies de recours.

805. Mais, si l'acquiescement au jugement est admis en procédure civile, comment est-il faisable en matière administrative ? La doctrine et la jurisprudence apportent des réponses favorables à cet effet⁷³⁷.

806. En matière d'arbitrage, le fait de solliciter l'exequatur d'une sentence et de la signifier avec commandement de payer est une manifestation sans équivoque de l'intention d'acquiescer à ladite sentence. C'est du moins, ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris :

*« Relevant que l'acquiescement à un jugement peut être exprès ou implicite et qu'il emporte renonciation aux voies de recours, la cour estime qu'en sollicitant l'exequatur de la sentence, qui n'était pas nécessaire pour la contester, puis en la signifiant avec commandement de payer, Elan 2009 et M. L. ont sans équivoque manifesté leur intention d'acquiescer à la sentence et que leur recours est donc irrecevable »*⁷³⁸.

807. Aux termes de l'article 25 de l'AUA, la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel ni de pourvoi en cassation. Mais, elle peut faire l'objet

⁷³⁶ G. PEISER, « Incidents de procédure », *ibid*, *op. cit.* ; CE 27 nov. 1929, Merlot, Rec. CE, p. 1032 ; 30 nov. 1933, Desseaux, Rec. CE, p. 1119 ; 23 janv. 1953, Min. Travaux publics c/ Grenier, Rec. CE, p. 39 ; et surtout CE 8 juill. 1964, Min. Travaux publics c/ Crinque, Rec. CE, p. 391 (acquiescement au jugement est possible après jugement) ; CE 28 avr. 1972, Sté Bordelaise d'entreprise, Dr. adm. 1972, n° 228 (volonté sans équivoque) ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, T. 2, n° 1351 ; CHAPUS, *op. cit.*, n° 169 (acquiescement impossible dans un contentieux d'annulation). Pour M. CHAPUS, il n'est pas possible de renoncer au bénéfice de la chose jugée ; la décision annulée sera considérée comme « ayant été et restant annulée ». Pour J.-M. AUBY et R. DRAGO, l'appel est toujours recevable quelle que soit l'attitude du requérant ; CE, sect., 13 juill. 1967, Min. Éducation nationale c/ École privée de filles de Pradelles, Rec. CE, p. 339, AJDA 1968. 344, note O. Dupeyroux, D. 1968. 431, note M. Voisset, RD publ. 1968. 187, concl. M. BERNARD ; 2 févr. 1972, Min. Santé publ. et sécurité sociale c/ Dame Minuit-Baladut de Saint-Jean, Rec. CE, p. 106, AJDA 1973. 54, RD publ. 1972. 1531, note Waline ; 25 mai 1979, Secr. d'Etat aux Universités et autres c/ Dame Toledano-Abitbel, Rec. CE, p. 228, D. 279, IR 387, obs. P. Delvolvé, RD publ. 1979. 1518 ; 19 déc. 1986, Binard, Dr. adm. 1987, n° 123 ; 27 sept. 1989, Ville de Vallauris, Rec. CE, p. 881).

⁷³⁷ M. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 229 ; M. de FONT-REAULX, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs », Thèse, Poitiers, 1930, p. 258. Pour M. BLUMANN, l'acquiescement serait possible, car ici l'affaire a déjà fait l'objet d'un examen, et surtout parce que, dans cette hypothèse, les parties ne renonceraient pas au droit d'appel, ce qui serait illicite, mais l'acquiescement ne ferait qu'exprimer l'intention des parties d'accepter le jugement rendu. Pour davantage de références, v. Yves STRICKLER, « Acquiescement », *op. cit.*

⁷³⁸ CA Paris, P. 1, ch. 1, 28 oct. 2014, no 13/14346, Elan 2009 et M. L. c/ SAS Animatrice de la Franchise (SA F) commenté par D. BENSUAUDE, « Acquiescement à la sentence et irrecevabilité du recours », Gazette du Palais, n°073, p. 13, 14/03/2015, in Lextenso.

d'un recours en annulation auquel les parties peuvent convenir de renoncer à la condition que ladite sentence ne soit pas contraire à l'ordre public international.

808. Les alinéas 4, 5 et 6 de cet article disposent :

« La décision de la juridiction compétente dans l'Etat Partie sur le recours en annulation n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. La sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition par toute personne devant la juridiction de l'Etat Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits. Elle peut également faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer sur la solution du différend une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision. Lorsque le tribunal arbitral ne peut plus être réuni, le recours en révision est porté devant la juridiction de l'Etat Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage ».

809. L'acquiescement est exprès *« lorsque la volonté d'acquiescer est expresse, aucune autre formalité n'est en principe exigée »*, affirme Yves STRICKLER⁷³⁹. Pour que l'acquiescement soit exprès, il faut que l'intention de son auteur soit manifestée clairement et sans équivoque. Peu importe à cet égard la forme choisie pour exprimer l'intention d'acquiescer ; aucun formalisme particulier ne vient alourdir la matière.

810. En ce qui concerne l'acquiescement implicite, l'auteur affirme que *« Lorsque le code vise une volonté implicite d'acquiescer, la formule qu'il retient dans ce second cas impose néanmoins de caractériser l'intention non équivoque de l'intéressé d'acquiescer »*⁷⁴⁰. Pour être en présence d'un acquiescement implicite, il faut que

⁷³⁹ Yves STRICKLER, « Acquiescement », *op. cit.* : Spécialement, l'acquiescement est pleinement valable même s'il est constaté par le tribunal bien des mois plus tard (Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n° 97-15.921, inédit, RTD civ. 2000. 157, obs. Perrot : en l'espèce, l'acquiescement à la demande de validité d'une saisie-arrest avait été donné à une époque où la partie saisie était *in bonis* ; l'acquiescement n'ayant été constaté par le tribunal qu'après mise en liquidation judiciaire de cette dernière au moment de l'instance en validité de la saisie-arrest, le nouvel administrateur social entendait contester l'acquiescement donné). On ajoutera, sous forme de nuance, le propos de L. CADIET : « Un acquiescement n'est pas forcément valable par cela seul qu'il est exprès » (*adde* : Versailles, 21 mars 1996, Juris-Data n° 040544, stigmatisant « la pratique consistant à faire souscrire, à la hâte par un justiciable, une déclaration d'acquiescement préétablie à un jugement qui vient d'être prononcé »).

⁷⁴⁰ *Ibid.* De sorte qu'un acquiescement ne peut s'induire de simples présomptions (Civ. 20 août 1883, DP 1884. 1. 361. – Civ. 8 janv. 1929, DH 1929. 147. – Soc. 4 nov. 1949, Bull. civ. III, n° 1002. – Com. 24 avr. 1952, D. 1952. 637. – Civ. 2^e, 19 juin 1969, D. 1970. somm. 9. – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1962, Bull. civ. II, n° 134. –

l'intention de l'auteur de l'acte ou du fait révélateur de celle-ci, soit dénuée de toute équivoque⁷⁴¹.

811. En somme, la compensation est une matière commune à l'OHADA et à l'UEMOA ou CEMAC (selon le cas) dont l'efficacité ne saurait dépendre de la divergence entre les droits communautaires. Elle a l'avantage d'être exécutée sans contrainte et de consacrer la renonciation des personnes publiques au recours en annulation de la sentence arbitrale administrative. Néanmoins, elle comporterait certaines limites dont la teneur donnerait raison à l'une et l'autre parties de la réciprocité de la compensation.

Section 2.- Les limites de la compensation du droit UEMOA

812. Comme évoqué ci-avant, l'exécution volontaire a un caractère dérogatoire en droit OHADA. Conformément à l'article 28 de l'Acte uniforme, le créancier ne peut contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits, qu'à défaut d'exécution volontaire de ce dernier.

813. Mais, les juridictions étatiques peuvent aussi y obliger. Aussi, peut-on parfois retrouver dans certaines décisions des juridictions françaises l'expression, « *qu'à défaut d'exécution spontanée [de] la condamnation prononcée par la présente décision* »⁷⁴². Si donc la compensation constitue un moyen d'extinction de dette au profit

Civ. 2^e, 26 nov. 1975, Bull. civ. II, n° 311). En effet, pour qu'un acquiescement soit constitué, il lui faut résulter d'actes ou de faits qui ne laissent aucun doute sur l'intention de celui dont ils émanent. En particulier, la volonté non équivoque d'acquiescer à la demande ne saurait être déduite, lors d'une procédure orale, de l'absence de contestation et d'écritures de la partie adverse (Civ. 2^e, 25 mai 1994, n° 93-10.881, Bull. civ. II, n° 134 ; D. 1995. Somm. 107, obs. Fricero ; Gaz. Pal. 1995. 1. Somm. 157, note Croze et Morel). De même, le défendeur qui s'abstient de conclure malgré une injonction du juge, ne permet pas de considérer qu'il y a eu acquiescement, le défaut d'accomplissement des actes de procédure destinés à permettre l'examen de l'affaire ne suffisant pas à caractériser une volonté non équivoque d'acquiescer à la demande (Civ. 3^e, 21 juin 2006, n° 05-12.975, Bull. civ. III, n° 153).

⁷⁴¹ *Ibid.* A l'appui d'intention dénuée de toute équivoque, l'auteur cite, entre autres ex., Soc. 23 oct. 1947, D. 1948. 70. – Com. 24 oct. 1949, D. 1949. 602. – Civ. 2^e, 21 mars 1957, Bull. civ. II, n° 242. – Civ. 2^e, 10 avr. 1962, Bull. civ. II, n° 390. – Civ. 2^e, 19 juin 1969, Bull. civ. II, n° 21 ; D. 1970. somm. 9. – Civ. 1^{re}, 26 janv. 1977, D. 1977. IR 208. – Civ. 2^e, 16 févr. 1984, Bull. civ. II, n° 30 ; RTD civ. 1984. 368, obs. Perrot. – Civ. 1^{re}, 3 mai 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. Pan. 257. – Civ. 2^e, 27 nov. 1996, Gaz. Pal. 1998. 2. Somm. 506, note Perdriau.

⁷⁴² Cour d'appel d'Aix en Provence, 9 février 2018, n° 15/16976. Dans une affaire de licenciement abusif, la Cour d'appel d'Aix en Provence condamna la République Algérienne Démocratique et Populaire à payer diverses sommes et « dit qu'à défaut d'exécution spontanée [de] la condamnation prononcée par la présente

des personnes publiques, les créanciers de la décision judiciaire précitée peuvent n'y avoir aucun intérêt.

814. Le principe veut que seules les personnes publiques puissent se prévaloir de la compensation. Mais ce principe comporte quelques limites ou exceptions. C'est pourquoi, en dépit de la non-réciprocité de la compensation, la jurisprudence en a relevé quelques exceptions.

815. Aussi, conviendrait-il de présenter d'abord, la non-réciprocité de la compensation (Paragraphe 1), et ensuite, les exceptions à la non-réciprocité de cette compensation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1.- Le principe de la non-réciprocité de la compensation

816. Dès lors que la compensation est un mode d'extinction des dettes, opérant « *de plein droit par la seule force de la loi, à l'insu même des débiteurs* »⁷⁴³, le paiement qui en résulte peut se voir assimilé à une voie d'exécution⁷⁴⁴.

817. Or les voies d'exécution ne sont par principe pas ouvertes contre les personnes publiques⁷⁴⁵. Par conséquent, ces dernières peuvent bien invoquer la compensation à l'encontre des tiers pour n'avoir pas à leur payer les dettes qu'elles ont envers eux ; mais la réciproque ne joue pas⁷⁴⁶. Cela est vrai tout particulièrement pour les

décision et qu'en cas d'exécution par voie extrajudiciaire [...] » ; voy. aussi, Cour d'appel de Rouen, 28 juin 2017, n° 16/04882 : « dit qu'en application de l'article 1144 du code civil, et à défaut d'exécution spontanée de la décision par la SCI LES EMBRUNS dans le délai de 3 mois à compter du jugement, M. et Mme J... seront autorisés à faire procéder par eux-mêmes, aux frais de la SCI LES EMBRUNS à l'abattage ou la réduction des deux cyprès litigieux » ; voy. également, Règl. [CE] n° 1896/2006, art. 18, § 3 : « À défaut d'exécution spontanée, le demandeur – à qui la juridiction d'origine a adressé l'injonction de payer exécutoire – va pouvoir poursuivre l'exécution proprement dite de son titre ».

⁷⁴³ C. civ., art. 1290.

⁷⁴⁴ Voy. R. ODENT, fasc. 4, p. 1601.

⁷⁴⁵ V. Rép. cont. adm., V° *Exécution des décisions juridictionnelles*.

⁷⁴⁶ C.E. 5 avr. 1985, Bureau, S. 97.3.74, concl. Wurtz ; 5 déc. 1906, Dupré, *Rec.*, p. 894 ; 28 oct. 1908, de Béarn, S. 1911.3.21 ; 8 mars 1961, Soc. Air-Couzinnet Transocéanic, *Rec.*, p. 162 ; 29 mai 1963, Kolb, *Rec.*, table, p. 965, C.J.E.G. 1965.137 ; 24 avr. 1968, Cie de navigation Denis frères, Syndicat indochinois des armateurs au cabotage et autres, *Rec.*, p. 257 ; sect., 18 juin 1976, dame Culard, A.J.D.A. 1976.579, note M. Durupty.

contribuables souvent tentés de s'en prévaloir pour ne pas avoir à acquitter leurs dettes d'impôt⁷⁴⁷.

818. Mais, en matière fiscale, la compensation se voit nécessairement admise dans certains cas⁷⁴⁸ ; et elle suit des règles particulières posées par le code général des impôts⁷⁴⁹. A cet effet, l'administration actionnée en indemnité peut opposer la compensation entre la somme qui lui est réclamée et celle que lui doit le requérant⁷⁵⁰. Cependant, ce principe connaît quelques exceptions.

Paragraphe 2.- Les exceptions à la non-réciprocité de la compensation

819. Dans certains cas, les personnes privées peuvent invoquer la compensation à l'encontre de personnes publiques et, dans d'autres, ce sont ces dernières qui ne le peuvent pas. Ce qui nous amène à présenter, d'une part, la faculté d'invocation de la compensation par les personnes privées (A), et d'autre part, l'impossible invocation de la compensation par les personnes publiques (B).

A.- Le droit d'invocation de la compensation

820. Lorsque, à une dette réclamée par une personne publique, suite au versement par elle d'une somme prétendument indue, correspond en réalité, au profit de la personne privée, une créance de même nature et de même montant, ce créancier peut invoquer sa propre créance pour s'opposer à l'état exécutoire qui lui réclame cette dette.

⁷⁴⁷ C.E. 25 févr. 1946, Soc. anonyme française des tourteaux, *Rec.*, p. 61 ; 16 janv. 1956, Blanchard, A.J.D.A. 1956.141.

⁷⁴⁸ par ex. en matière de T.V.A., entre une dette et un crédit de T.V.A. ; ou en cas de déduction en cascade dans le cadre de la procédure de redressement de l'art. 1649 *quinquies* C.

⁷⁴⁹ V. art. 1955 pour la compensation dans le cadre de la procédure contentieuse.

⁷⁵⁰ C.E. 9 nov. 1949, Marquis c/ville de Nanterre, *Rec.*, p. 467 ; sect., 13 mars 1964, dame X., *Rec.*, p. 183, *Dr. fisc.* 1964, no 17, Doct. 21, concl. M. Martin, *Rev. sc. fin.* 1965.86, note C. Lalumière.

821. Mais il ne s'agit pas vraiment d'une compensation entre dettes ou créances différentes puisque, en ce cas, les sommes en jeu reposent sur une même cause juridique⁷⁵¹.

822. Il en va de même en matière contractuelle pour la liquidation du règlement : le décompte du marché comporte des éléments actifs et des éléments passifs qui se compensent bien à due concurrence puisque les parties privées, comme les publiques, peuvent, pour l'établissement du solde net, faire état des sommes qui leur sont dues et qui viennent en déduction de celles qu'elles doivent éventuellement.

823. Mais, là non plus, il ne s'agit pas vraiment d'une compensation, dans la mesure où elle n'intervient pas entre de véritables créances ou dettes, mais entre des éléments entrant en ligne de compte pour établir le solde, seule véritable créance ou dette⁷⁵². Même dans cette hypothèse, ces éléments actifs et passifs ne sont susceptibles de se compenser que s'ils présentent les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité de toute façon nécessaires, d'une manière générale, à la compensation⁷⁵³.

824. Par ailleurs, il faut que les éléments actifs et passifs soient bien contractuels ; et les dettes ne sont pas contractuelles lorsqu'elles sont dues non à raison du contrat lui-même, mais des obligations nées de la garantie décennale⁷⁵⁴. En outre, ces éléments doivent être relatifs au même marché⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ C.E. 27 janv. 1960, Roche, *Rec.*, p. 60 : à propos d'une dette pour trop-perçu de prestations familiales alors qu'en réalité celles-ci étaient tout de même dues, mais au titre du budget d'un autre ministère.

⁷⁵² C.E. 23 janv. 1935, Picketty, *Rec.*, p. 94 ; 5 juill. 1950, Soc. française de constructions et d'aménagements industriels et caisse franco-néerlandaise de cautionnement, *Rec.*, p. 416 ; 8 déc. 1961, Soc. nouvelle Cie générale de travaux, *Rec.*, p. 701 ; en cas de nantissement du marché, V. C.E. 18 mars 1959, Soc. de banque et de crédit, *Rec.*, p. 188.

⁷⁵³ V. *infra*, nos 299 et s. et C.E. 2 mai 1956, Cie provençale d'industries métallurgiques et Homole, *Rec.*, table, p. 647 ; 5 mars 1958, ville de Nice, *Rec.*, p. 143 ; 8 déc. 1961, Soc. nouvelle Cie générale de travaux, préc. ; 6 juill. 1966, consorts des Acres de l'Aigle, *Rec.*, p. 441.

⁷⁵⁴ C.E. 10 mai 1974, commune de San-Gavino-di-Fiumorbo et groupement des entrepreneurs de bâtiment et travaux publics de la Corse, *Rec.*, p. 280 ; V. J. Montmerle, *La compensation dans les marchés de travaux publics*, A.J.D.A. 1951.I.314 ; J. Dufau, *Le droit des travaux publics*, éditions du Moniteur, p. 136 ; J. Georgel, Extinction du contrat et situation des tiers, *Juris-class. admin.*, fasc. 515.

⁷⁵⁵ C.E. 5 mars 1958, ville de Nice, préc. ; V. aussi F. Moderne, Le décompte général et définitif des marchés publics de travaux, *Mon. trav. publ.* 24 oct. 1977, p. 103 et 2 mai 1978, p. 97 ; V. aussi M. Morisot, concl. sur C.E., sect., 28 janv. 1977, Min. Finances c/Soc. Heurtey-métallurgie, A.J.D.A. 1977.394.

B.- L'impossible invocation de la compensation

825. Les personnes publiques ne doivent pas pouvoir invoquer la compensation à l'encontre d'autres personnes publiques puisque ce serait admettre contre ces dernières une voie d'exécution.

Elles ne peuvent pas non plus s'en prévaloir à l'encontre de certaines personnes privées lorsque cela nuirait aux droits des tiers : l'admettre en cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens serait accorder à la puissance publique un avantage indu par rapport aux autres créanciers.

Mais, en pareil cas, les éléments passifs et actifs du même marché se compensent tout de même, sans restriction, pour l'établissement du solde net du décompte⁷⁵⁶. Encore faut-il qu'il s'agisse bien en ce cas du même marché et non simplement de la même opération de travail public⁷⁵⁷.

826. En tout état de cause, la non-réciprocité de la compensation des dettes publiques est la règle en droit comparé comme en droit des Etats parties de l'OHADA en la matière. Mais, il y a des cas dans lesquels les personnes privées peuvent être amenées à l'invoquer à leur profit et des cas l'Administration elle-même ne le peut. Ce qu'il conviendrait de retenir de cette section est que la compensation en droit public peut être invoquée réciproquement par les parties dans des cas précis dont la solution est entre les mains des juridictions administratives.

Conclusion du Chapitre 1.-

827. En somme, la compensation des dettes publiques en droit OHADA devrait-elle être entendue comme un procédé d'exécution volontaire en contradiction avec la Directive de l'UEMOA en la matière ?

⁷⁵⁶ C.E. 31 janv. 1934, Soc. Mixedstone, *Rec.*, p. 153 ; 14 oct. 1966, Soc. Entreprise de l'Ile-de-France, *Rec.*, p. 543.

⁷⁵⁷ C.E. 22 mai 1974, Office public départemental d'H.L.M. des Alpes-Maritimes, *préc.*

828. En répondant par la positive, c'est opposer l'OHADA à l'UEMOA ; c'est reconnaître que la compensation est une matière communautaire dont l'efficacité nécessiterait une harmonisation ou unification des règles.

829. Mais, la fonction de la compensation nous semble toute autre. Elle constitue juste une alternative à l'exécution forcée, mieux, une atténuation des conséquences de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA.

830. En définitive, étant l'un des procédés d'exécution volontaire ou spontanée des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, la compensation est régie par la Directive de l'UEMOA applicable en la matière et des décrets de son application au sein des Etats parties de l'OHADA⁷⁵⁸.

831. L'application de ces règles a des avantages indéniables pour le développement de la pratique de l'arbitrage administratif si elles étaient adaptées aux objectifs du Traité de l'OHADA⁷⁵⁹ ou harmonisées avec les matières communes de l'OHADA.

832. Aussi, en dépit de l'applicabilité du Règlement général sur la comptabilité publique, la Loi française relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public⁷⁶⁰, ne devrait-elle pas inspirer les législations des Etats parties de l'OHADA. L'efficacité de ces règles est déterminante pour les procédés d'ordonnancement et de compensation des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA issues des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

⁷⁵⁸ Notamment, la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et le Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique en République du Bénin.

⁷⁵⁹ Lesquels consistent, notamment, à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* », et « *à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* » (Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008).

⁷⁶⁰ Loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, renforcée par la loi du 8 février 1995 accordant au juge administratif un pouvoir général d'injonction qu'il peut assortir d'une astreinte. V. not. Picard E., « La loi du 8 février 1995, aspects administratifs », *JCP* 1995.I.3840, cité par D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », *op. cit.*, p. 23.

Chapitre 2.- La mise en œuvre des procédés d'exécution volontaire

833. L'exécution volontaire des sentences arbitrales administratives par les personnes publiques se traduit par la mise en œuvre des procédés d'ordonnancement et de compensation régis, comme l'a affirmé le Professeur P. DELVOLVE⁷⁶¹, par des règles particulières de la comptabilité publique.

834. Ces règles ne relèvent pas du domaine du droit des affaires, mais d'un régime juridique spécifique de droit public. Ainsi, le droit OHADA est inapplicable en matière d'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

835. La question est de savoir si ces règles sont efficaces à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA, alors qu'elles n'ont pas été actualisées à l'admission de ces personnes publiques à compromettre en arbitrage.

836. Etant donné que les sentences dont l'exécution volontaire est requise sont issues de contrats soumis aux règles impératives du droit public, leur mise en œuvre auprès des administrations publiques compétentes nécessiterait certaine célérité. Il serait dommageable que le paiement des condamnations pécuniaires ne soit pas effectué à temps ou dans un délai assez raisonnable permettant à l'opérateur économique de l'Etat de préserver ses relations avec ce dernier. La question qu'on se pose alors, est de savoir si les procédés d'exécution volontaire sont enfermés dans des délais raisonnables ou s'ils sont laissés à l'apprécier de la puissance publique.

837. En comparaison avec la Loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, de même que la Loi tchadienne⁷⁶², précitées, comment les procédés de compensation (Section 1) et d'ordonnancement (Section 2) régis, comme

⁷⁶¹ P. DELVOLVE, « L'exécution contre l'Administration », *op. cit.*

⁷⁶² Cf. art. 102 et 103, Loi organique n°006/PR/98 du 7 août 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême de la République du TCHAD, citée par F. M. SAWADOGO, *op. cit.*

précité, par le Règlement général sur la comptabilité publique⁷⁶³, contribueraient-ils à l'efficacité du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA ?

Section 1.- Le procédé de compensation des condamnations pécuniaires

838. L'application de la compensation en droit public nécessite que la créance soit, comme en droit civil de 1804, certaine (Paragraphe 1), liquide et exigible (Paragraphe 2), conditions⁷⁶⁴ posées également à l'article 30, alinéa 2 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ces conditions sont-elles cumulatives en droit public ? Etant donné que l'extinction de dette, dans le cas d'espèce, ne nécessite pas la liquidité de la créance, cette condition s'avère-t-elle indispensable pour la mise en œuvre de la compensation ?

Paragraphe 1.- La certitude de la créance

839. « *Qu'est-ce qu'une créance certaine ?* »⁷⁶⁵. En quoi consiste une créance certaine en droit public ? Avant de répondre à ces questions, il conviendrait d'abord de définir la notion de « créance certaine » avant d'aborder ensuite, ses enjeux au regard, notamment, des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques.

⁷⁶³ En l'occurrence, la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et le Décret n°2014-571, du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique.

⁷⁶⁴ Cf. X. DAVERAT, sur la saisie, in Lextenso : Trois conditions de fond sont traditionnellement exigées : la créance doit être certaine, liquide et exigible. Les articles L. 111-2 et L. 311-2 du code des procédures civiles d'exécution le rappelle (la certitude venant de la constatation par un titre exécutoire). Certains textes spécialisés rappellent ces exigences, tel l'article L. 257 B, alinéa 2, du livre des procédures fiscales qui fait allusion à des créances liquides et exigibles quand il s'agit d'« affecter au paiement des impôts, droits, taxes, pénalités ou intérêts de retard dus par un redevable les remboursements, dégrèvements ou restitutions d'impôts, droits, taxes, pénalités ou intérêts de retard constatés au bénéfice de celui-ci » (art. L. 257 B, al. 1^{er}).

⁷⁶⁵ H. BARBIER, « Qu'est-ce qu'une créance certaine ? », RTD civ. 2013. 607. (Civ. 1^{re}, 16 mai 2013, n° 12-13.637, à paraître au Bulletin, D. 2013. 1272 ; AJ fam. 2013. 381, obs. N. LEVILLAIN - Com. 22 mai 2013, n° 11-24.812, à paraître au Bulletin, D. 2013. 1340, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *ibid.* 1706, obs. P. Crocq).

Une créance est certaine « à partir du moment où son existence est avérée, de sorte qu'elle est fondée dans son principe et est considérée comme incontestable »⁷⁶⁶. Aux termes de l'article 30, alinéa 3, « Les dettes [des personnes morales de droit public et des entreprises publiques] ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes et entreprises ». La certitude de la créance tient à son caractère indiscutable et à son actualité⁷⁶⁷.

D'un point de vue pratique, la question, selon le Professeur BARBIER, comporte des enjeux pratiques importants « *puisque une créance doit au moins être certaine pour, par exemple, être payée ou compensée ou encore pour justifier une action paulienne de la part de son créancier* »⁷⁶⁸.

840. Il s'agit de savoir, notamment, si la contestation en justice de la créance par le débiteur lui fait perdre son caractère certain, si le caractère simplement accessoire et de second rang d'une créance n'en fait pas une créance certaine, si les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture sont certaines ou si la contestation d'une clause pénale n'impact pas le caractère certain d'une créance.

841. Sans nul doute, une créance dont la certitude n'est pas établie ne peut faire l'objet de compensation. Ainsi, la compensation légale est inopposable de droit pendant la période suspecte⁷⁶⁹, en matière de procédure collective.

⁷⁶⁶ S. HADDAD, article publié le 29/03/2011 sur le site Internet : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/creances-commerciales-civiles-cinq-conditions-4968.htm>

⁷⁶⁷ Dans une espèce concernant la cession d'un office notarial, la créance saisie était constituée par le prix de cession ; mais les mesures d'exécution forcée avaient été entreprises à une date où la créance n'était pas encore née (antérieurement à l'agrément ministériel obligatoire) : on ne pouvait alors colloquer les créanciers, « une saisie ne pouvant porter sur une créance éventuelle » (Civ. 2^e, 11 mai 2000, n° 97-12.362, n° 97-12.423 et n° 97-15.736, Bull. civ. II, n° 77 ; JCP 2000. IV. 2134 ; D. 2001. 1138, obs. Delebecque). D'autre part, la certitude de la créance ne doit pas faire de doute dans l'intervention des mesures d'exécution forcée, puisque celles-ci sont liées à un titre exécutoire qui constate l'existence de la créance. On constate également que l'intervention sur les rémunérations du travail n'est possible qu'au travers de mesures d'exécution forcée, et qu'il n'existe aucune mesure conservatoire sur les traitements et salaires ; c'est dire que le législateur impose l'existence d'un titre exécutoire qui, en la matière, garantit la certitude de la créance : on ne saurait viser les rémunérations du travail, généralement seule source (ou source principale) de revenus des intéressés pour une créance qui ne serait pas certaine.

⁷⁶⁸ H. BARBIER, « Qu'est-ce qu'une créance certaine ? », *op. cit.*

⁷⁶⁹ Art. 68, al. 4°, acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif.

842. Donc, le jugement ouvrant la procédure collective emporte, de plein droit, interdiction de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture⁷⁷⁰. Dans le même ordre d'idées, il n'y a pas de compensation avec une clause pénale contestée⁷⁷¹.

843. Dans le cas d'espèce, il est légitime de savoir si une sentence arbitrale comportant des condamnations pécuniaires est un titre de créance certaine. L'article 30, alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution semble indiquer la voie à suivre en ce que « *Les dettes [des personnes morales de droit public et des entreprises publiques] ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes et entreprises* ».

844. Ainsi, le caractère certain des créances ou des dettes des personnes publiques de l'OHADA peut résulter soit, d'une reconnaissance de ces dettes, soit, d'un titre ayant un caractère exécutoire.

845. La reconnaissance de dettes est « *un écrit daté et signé par lequel une personne, le débiteur, reconnaît unilatéralement devoir une somme d'argent à une autre, le créancier* »⁷⁷². Elle doit résulter d'un acte probant.

846. Mais, la nature publique de certaines dettes notamment, celles contractées dans le cadre des relations juridiques entre particulier et personne publique, nous amène à considérer, outre les écrits, les dettes fiscales.

Ainsi, « *Le redevable dont l'imposition est redevenue exigible faute pour lui d'avoir contesté devant le tribunal administratif la décision de rejet opposée à sa réclamation, assortie d'une demande de sursis de paiement, n'accomplit pas un acte comportant reconnaissance de sa dette en laissant se poursuivre les prélèvements*

⁷⁷⁰ C. com. Art. L. 622-7.

⁷⁷¹ G. GERLIN, « La compensation légale suppose des créances certaines, liquides et exigibles », L'ESSENTIEL Droit des contrats, n°05, p. 4, 13/05/2015, Lextenso ; voy. aussi Cass. com., 24 mars 2015, n° 13-23791, Sté Dumez Var c/ M. P. et Sté Dumez Méditerranée, PB, in Lextenso.

⁷⁷² La reconnaissance de dette est un acte écrit par lequel une personne se reconnaît débitrice envers une autre. C'est à son sujet que l'article 1132 du code civil énonce : « La convention n'en est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée ». (Paris, 5^e ch. C, 25 nov. 1993, inédit, *Société consortium immobilier de la Seine SARL et Société Monceau Courcelles investissements SARL c/ SARL Cabinet immobilier diffusion [CID]*) ; cf. site Internet : <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/22329-reconnaissance-de-dette-definition>

automatiques périodiques par lesquels une banque se rémunérerait de la caution apportée à l'intéressé afin de lui permettre de surseoir au paiement »⁷⁷³.

Selon le Conseil d'Etat, « *Un acte d'un contribuable ne peut être regardé comme comportant reconnaissance de sa dette fiscale et comme ayant, par suite, un effet interruptif de prescription en vertu de l'article L. 189 du livre des procédures fiscales (LPF) que s'il s'agit d'un acte ou d'une démarche par lesquels le redevable, postérieurement, le cas échéant, au délai légal de déclaration et spontanément ou en réponse à une demande régulière de l'administration, se réfère clairement à une créance fiscale définie par sa nature, son montant et l'identité de son créancier* »⁷⁷⁴.

847. Outre la reconnaissance de dettes, le caractère certain des dettes peut aussi résulter d'un titre exécutoire ; les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'Etat dans lequel ce titre est invoqué, constituent des titres exécutoires.

848. *A contrario*, les sentences arbitrales non revêtues de la formule exécutoire, ne constituent pas de titres exécutoires, et par conséquent, les condamnations pécuniaires qu'elles comportent n'ont pas encore acquis le caractère de créances certaines.

849. Il s'ensuit que les sentences arbitrales exéquaturées comportant une condamnation pécuniaire à la charge des personnes publiques remplissent la condition de créance certaine en vertu de leur caractère exécutoire.

850. En somme, la mise en œuvre de la compensation en droit OHADA nécessite que les créances et les dettes soient certaines. Donc, la définition uniquement du caractère certain de ces créances et dettes par le droit OHADA ne signifie pas forcément une hiérarchisation de ces caractères de la créance.

851. Mais, une créance certaine, au sens de l'article 30, alinéa 3 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, réunit déjà, sans nul doute, les caractères de liquidité et d'exigibilité.

⁷⁷³ Cf. Arrêt Cour administrative d'appel de Paris, 18 mai 1999 – Lebon 1999.

⁷⁷⁴ Conseil d'Etat 17 mai 2013 – Lebon 2013 in Dalloz.

Paragraphe 2.- La liquidité et l'exigibilité de la créance

852. Outre la certitude, la créance pouvant donner lieu à compensation doit être liquide et exigible. Une créance est liquide « *lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation* »⁷⁷⁵.

853. Lorsqu'une juridiction prononce la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent déterminée qui faisait l'objet de l'instance, on dit qu'elle "liquide" la créance. Le montant de la créance doit être évaluable, et, de surcroît, en monnaie légale⁷⁷⁶.

854. En droit français, l'article L. 111-6 du code des procédures civiles d'exécution dispose que « *la créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation* »⁷⁷⁷. Cette définition n'implique pas que le montant de la créance soit chiffré.

855. En droit OHADA, une créance est aussi liquide même si le paiement partiel d'une créance globale n'a pas été pris en compte par l'acte de poursuite⁷⁷⁸. Cette appréciation de la Haute Juridiction communautaire est conforme à la définition de la créance liquide ci-dessus.

856. En ce qui concerne une créance exigible, il convient de noter que l'« *"exigibilité" est le caractère d'une dette qui est venue à son terme et qui, de ce fait, en cas de non-paiement, peut faire l'objet d'une mise en demeure préalable à l'engagement d'une action en paiement et éventuellement d'une mesure conservatoire* »⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ Cf. 2^e Civ. - 19 novembre 2008, n° de pourvoi : 07-18987, BICC n°699 du 1er avril 2009 et Legifrance ; site Internet : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/liquide-creance.php>

⁷⁷⁶ Cf. X. DAVERAT, op. cit., in Dalloz. L'exigence de l'évaluation du montant de la créance a un intérêt pratique. Elle devait, selon X. DAVERAT, permettre d'éviter une disproportion entre le montant de la créance et la valeur des biens saisis.

⁷⁷⁷ V., pour une application, Civ. 2^e, 19 nov. 2008, n° 07-18.488, JCP 2008. IV. 3048.

⁷⁷⁸ C'est dans ce sens que la CCJA a statué dans l'Arrêt N°100/2016 du 02 juin 2016, Société UNIPESCA IVORY Sarl contre la Société de Gestion des Entrepôts Frigorifiques en Côte d'Ivoire dite la SOGEF S.A.

⁷⁷⁹ A. CONSTANTIN, V. HINFRAY, « Théorie et pratique des clauses résolutoires expresses », Paris, 1990 ; V. L. TENEYRE, « Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique », Thèse PAU, 1989 ; R. LIRON, « Essai sur la nature de la demeure du créancier d'après le droit suisse », éd. H. Jaunin, 1953 ; Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », Paris, LGDJ, 1996. Auteurs cités par S. BRAUDO, Dictionnaire du droit privé, site Internet : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/exigibilite.php>

857. Les sentences arbitrales administratives portant condamnations pécuniaires réunissent les conditions d'application de la compétence. Les condamnations pécuniaires constituent la créance du colitigant de l'Etat sur ce dernier.

858. Cette créance est certaine au regard des condamnations pécuniaires. Elle est également liquide en ce qu'elle est évaluée en argent. Enfin, l'exigibilité peut résulter soit du prononcé de la sentence, soit d'un délai fixé par la mise en demeure.

859. En tout Etat de cause, la compensation des créances dont le débiteur est une personne morale de droit public peut se heurter aux dispositions de l'article 41 du Règlement général de la comptabilité publique de l'UEMOA en l'absence d'harmonisation avec le droit OHADA.

Section 2.- Le procédé d'ordonnancement des condamnations pécuniaires

860. L'ordonnancement est défini à l'article 47, alinéa 1, de la Directive comme *« l'acte administratif par lequel, conformément aux résultats de la liquidation, l'ordre est donné par l'ordonnateur au comptable assignataire de payer la dette de l'Etat »*⁷⁸⁰. Les ordres de paiement signés par les ordonnateurs sont assignés sur la caisse des comptes de l'Etat. L'ordonnancement apparaît ainsi comme une procédure administrative ; mais, l'ordonnancement n'est pas que cela.

861. Il est un lien de droit, c'est une obligation dont l'inexécution est sanctionnée par la loi. Aux termes de l'article 48, les modalités pratiques d'exécution de la dépense, lors de la phase administrative, sont fixées par les réglementations nationales. Il en est ainsi du Décret portant Règlement général sur la comptabilité publique, lequel renvoie la fixation de ces modalités pratiques à l'arrêté du ministre chargé des finances.

⁷⁸⁰ Art. 47, al. 1, Directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009, portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA ; voy. aussi l'art. 59, Décret n°2014/-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique en République du Bénin. Dans la fonction publique, l'ordonnancement est un acte administratif donnant ordre à un comptable public de régler une dépense publique préalablement engagée et liquidée. Il est prescrit par un ordonnateur, agent de l'Etat ou d'une collectivité territoriale qualifié pour prescrire l'exécution des dépenses et recettes publiques. Ces définitions se rapportent à l'ordre de payer une dépense. C'est aussi dans le sens que le droit français le définit : « l'ordonnancement est l'ordre, quelle qu'en soit la forme, donné par l'ordonnateur au comptable de payer une dépense ». Cf. Article 32 du Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (GBCP).

862. Conformément à l'article 44 de la Directive, « *Les dépenses sont engagées, liquidées et ordonnancées avant d'être payées* »⁷⁸¹. Cette procédure conduit à distinguer la phase administrative de la dépense publique (Paragraphe 1) de la phase comptable et de réquisition de paiement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1.- La phase administrative des opérations de dépenses publiques

863. La phase administrative de la dépense publique est constituée de l'engagement, la liquidation et l'ordonnancement de la dépense. L'engagement de la dépense distingue l'engagement juridique de l'engagement comptable de la dépense.

864. Aux termes de l'article 45, alinéa 1, de la Directive, « *L'engagement juridique de la dépense publique est l'acte par lequel l'Etat crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle résultera une charge* ». Celui suppose que l'exécution volontaire d'une sentence arbitrale rendue à l'encontre de l'Etat consistera à la lui notifier aux fins de constater son encontre la condamnation pécuniaire. La question se pose de savoir, si l'Etat, en dehors de notification de la sentence, peut directement instruire ses services compétents pour en assurer le règlement.

865. En principe, l'utilisation des deniers publics est tenue de se conformer aux règles de la transparence. Alors, l'initiative de l'Etat pour le paiement du colitigant peut être sujet à caution.

866. Car, en vertu du fait que les dettes sont quérables et non portables, il est souhaitable que la procédure en la matière consiste à attendre une demande du paiement de la dette avec notification de la sentence.

867. Ce serait donc pour raison de transparence dénuée de tout soupçon de corruption que l'exécution spontanée ou volontaire de la sentence par l'Etat sera subordonnée à la demande initiale du créancier.

⁷⁸¹ Art. 43, Directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique : « Les dépenses de l'Etat sont autorisées par la loi de finances. Celles de ces établissements publics à caractère administratif sont autorisées par leur conseil d'administration ou organes délibérants en tenant lieu ». Quant à son article 44, il dispose que « Les dépenses sont engagées, liquidées et ordonnancées avant d'être payées. Toutefois, certaines catégories de dépenses limitativement énumérées peuvent, dans les conditions prévues par les textes en vigueur dans les Etats membres, être payées avant ordonnancement, mais doivent faire l'objet d'un ordonnancement de régularisation ».

868. Dans la pratique, l'engagement juridique de la dépense publique ne se passe pas autrement. D'ailleurs les comptables assignataires sont chargés de vérifier les droits et qualités des parties prenantes et la régularité de leurs acquits et, à cet effet, d'exiger les pièces justificatives prévues par les réglementations nationales.

869. Cette vérification permet, dans le cas d'espèce, de s'assurer de l'effectivité d'une instance arbitrale ayant donné lieu à la sentence dont l'exécution est requise. En vertu du principe que l'Etat est une continuité, les changements de gouvernement ne constituent pas un obstacle à l'exécution de ladite sentence.

870. Néanmoins, il est souvent arrivé que les administrations publiques se donnent un délai anormalement long pour procéder à certaines vérifications de manière à avoir raison de la patience du créancier. Il s'agit alors de savoir s'il y a lieu d'assortir l'engagement juridique de délai.

871. Quant à l'alinéa 2 de cet article, il dispose que « *L'engagement comptable de la dépense publique consiste à affecter des crédits au paiement de la dépense* ». Il est ajouté que le montant total des engagements ne doit pas dépasser le montant des autorisations budgétaires, et doit demeurer subordonné aux lois et règlements nationaux.

872. Cette disposition pose le problème du caractère aléatoire de ces autorisations budgétaires dont le montant peut s'avérer inférieur à celui de la condamnation. Dans ce cas, une condamnation pécuniaire en vertu d'une sentence arbitrale pourrait s'exécuter sur plusieurs années avec toutes ses conséquences sur les activités économiques du créancier.

873. Suivant l'article 46 de la Directive, la liquidation a pour objet de vérifier la réalité de la dette et d'arrêter le montant exact de la dépense. Elle est faite au vu des titres et pièces justifiant la preuve des droits acquis par les créanciers.

874. A l'instar de ce qui précède, la question se pose de savoir si l'autorisation du comptable assignataire à arrêter le montant de la dépense consiste en une sommation des différents frais ou s'il peut être amené à en diminuer. Nous pensons qu'il ne peut agir que dans la stricte conformité avec le dispositif de la sentence.

875. Il résulte de l'analyse de cette phase administrative des opérations de dépenses publiques que les règles applicables ne sont pas à la hauteur de la promotion de l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels.

876. L'observation d'un délai anormalement long ou d'une vérification inappropriée des pièces sont constitutives d'obstacles à l'effectivité des sentences arbitrales. C'est pourquoi, il conviendrait d'envisager une harmonisation de ces règles avec les objectifs du Traité de l'OHADA et l'admission des personnes publiques à l'arbitrage.

Paragraphe 2.- La phase comptable des opérations de dépenses publiques

877. Il s'agit du paiement de la dette publique, de la condamnation pécuniaire issue de la sentence arbitrale rendue à l'encontre de l'Etat. Le paiement, suivant l'article 49 de la Directive, est l'acte par lequel l'Etat se libère de sa dette. Sous réserve des exceptions prévues par les lois et règlements, les paiements ne peuvent intervenir qu'à l'échéance de la dette, après l'exécution du service, au vu de décisions individuelles d'attribution de subvention, d'allocation ou d'avance.

878. Cette disposition ne couvre manifestement pas la nature des dettes issues d'une condamnation judiciaire. Mais, une dette échue, est une dette certaine. Cette certitude résulte de la sentence exéquatée ou non.

879. Cependant, la phase comptable, sans constituer une nouvelle phase administrative, ne donne pas lieu à un paiement systématique de la dette. Aux termes de l'article 50 de la Directive :

«Lorsqu'à l'occasion des contrôles prévus en matière de dépenses à l'article 26 de la présente Directive, des irrégularités sont constatées par les comptables, ceux-ci sont tenus de refuser le visa de la dépense.

Les comptables sont tenus d'adresser aux ordonnateurs et au ministre chargé des finances une déclaration écrite et motivée de leurs refus de visa, accompagnée des pièces rejetées. En cas de désaccord persistant, l'ordonnateur principal, après avoir recueilli l'avis consultatif du ministre chargé des finances, peut réquisitionner le comptable selon les dispositions prévues par les réglementations nationales.

Dans ce cas, le comptable procède au paiement de la dépense, et annexe au mandat, une copie de sa déclaration de rejet et l'original de l'acte de réquisition qu'il a reçu. Une copie de la réquisition et une copie de la déclaration des rejets sont transmises à la Cour des Comptes et au ministre chargé des finances et publiées.

Toutefois, sous réserve des dispositions particulières propres aux réglementations nationales, les comptables ne peuvent déférer à la réquisition de l'ordonnateur dès lors que le refus de visa est motivé par :

- *l'indisponibilité de crédits ;*
- *l'absence de justification du service fait, sauf pour les avances et les subventions ;*
- *le caractère non libératoire du règlement.*

Lorsque le comptable obtempère, en dehors des cas ci-dessus, à l'ordre de payer de l'ordonnateur, il cesse d'être responsable personnellement et pécuniairement de la dépense en cause. Dans ce cas, la responsabilité est transférée à l'ordonnateur ».

880. L'admission du refus de paiement de la dette et l'engagement de la responsabilité de l'ordonnateur amènent à croire que la sentence rendue à l'encontre de l'Etat n'engage pas le budget national. La sentence ne peut être remise en cause lorsque les voies de recours éventuelles sont épuisées. Elle devient définitive et a l'autorité de la chose jugée dès qu'elle a été rendue. C'est dire que le Trésor public est lié dès cet instant si toutefois l'Etat envisage une exécution volontaire. Conformément à l'article 52 de la même Directive :

« Les règlements de dépenses sont faits par remise d'espèces, de chèques, virement, ou d'autres instruments de paiement dans les conditions fixées par les réglementations nationales. Ces règlements ne doivent intervenir que sous réserve de l'application par le comptable assignataire des dispositions de l'article 41 de la présente Directive relatives à la compensation légale.

Les comptables assignataires sont chargés de vérifier les droits et qualités des parties prenantes et la régularité de leurs acquits et, à cet effet, d'exiger les pièces justificatives prévues par les réglementations nationales ».

En ce qui concerne la prescription de la créance, l'article 54 dispose que, *« Conformément aux dispositions de la Directive relative aux lois de finances, sont prescrites au profit de l'Etat, toutes créances de tiers qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. L'interruption, la suspension ou l'exemption de la prescription qui découle des dispositions du présent article sont régies par les réglementations nationales ».*

881. La prescription quadriennale de la dette publique traduit une caducité, une prescription de la sentence arbitrale administrative qui n'aura pas été exécutée dans un

délai de quatre (4) ans. Comme l'affirme KLEIN⁷⁸², « la question des délais de prescription de la sentence elle-même apparaît largement oubliée de la doctrine française. Plus encore, aucune décision de justice ne semble s'être expressément prononcée sur la prescription de la sentence. Pourtant, sécuriser l'exécution des sentences arbitrales suppose bien évidemment aussi de veiller au respect des délais de prescription ».

882. Le droit OHADA ne comporte non plus, aucune disposition relative au délai de prescription d'une sentence arbitrale. Mais, l'exécution d'une décision de justice ne peut attendre indéfiniment comme le droit auquel elle a donné lieu.

Conformément aux articles L. 111-3 et L. 114-4 du Code des procédures civiles d'exécution, « l'exécution des titres exécutoires mentionnés aux 1° à 3° de l'article L. 111-3 ne peut être poursuivie que pendant dix ans, sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long ».

Le même article précise que « le délai mentionné à l'article 2232 du Code civil [c'est-à-dire, le délai butoir de 20 ans introduit par la réforme de la prescription en matière civile par la loi du 17 juin 2008] n'est pas applicable dans le cas prévu au premier alinéa ».

L'article L. 111-3, auquel il est ainsi renvoyé, énumère les titres considérés comme exécutoires, et vise en particulier, aux 1° et 2°, « les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire » et « les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution, sans préjudice des dispositions du droit de l'Union européenne applicables ».

883. En dépit de son adaptation au besoin immédiat des opérateurs économiques des ressources financières, l'ordonnancement est un procédé d'exécution volontaire applicable à l'exécution des sentences arbitrales administratives. A cet effet, il s'avère nécessaire d'assurer l'harmonisation des règles applicables en la matière avec les objectifs de l'OHADA afin de garantir l'effectivité desdites sentences suivant le procédé d'ordonnancement.

⁷⁸² J. KLEIN, « Exécution des sentences arbitrales et délais de prescription », Cah. arb. 2017, n° 2, p. 183, Lextenso.

884. Il convient de noter que si l'ordonnancement/mandatement n'a pas été réglementé par le législateur de l'OHADA en dépit de sa finalité d'exécution volontaire et spontanée de décision de justice, il n'en est pas ainsi de la compensation.

885. Lorsqu'on considère que les règles applicables également à ce procédé ne relèvent pas du champ d'application du Traité de l'OHADA, la question se pose de savoir pourquoi il n'a pas été fait renvoi à l'application pure et simple des législations nationales des Etats parties de l'OHADA.

886. En tout état de cause, le législateur africain semble manifester une certaine faveur à l'exécution volontaire dans la mesure où il a envisagé le paiement des dettes publiques par voie de compensation. Cette disposition aurait été efficace s'il avait ensuite renvoyé les règles de sa mise en œuvre aux dispositions nationales.

Conclusion du Chapitre 2.-

887. En somme, la question essentielle à laquelle nous avons essayé de répondre est de savoir comment les procédés de compensation et d'ordonnancement, régis, comme précité, par le Règlement général sur la comptabilité publique⁷⁸³, contribueraient à l'efficacité du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA.

888. Par exemple, la Loi française⁷⁸⁴ et celle du Tchad⁷⁸⁵ n'ont pas été que descriptives sur les procédures à suivre ; elles ont envisagé des mesures restrictives à l'égard de l'Administration qui serait en cause. C'est en cela que le Règlement général sur

⁷⁸³ En l'occurrence, la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et le Décret n°2014-571, du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique.

⁷⁸⁴ Loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, renforcée par la loi du 8 février 1995 accordant au juge administratif un pouvoir général d'injonction qu'il peut assortir d'une astreinte. V. not. Picard E., « La loi du 8 février 1995, aspects administratifs », *JCP* 1995.I.3840, cité par D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », *op. cit.*, p. 23.

⁷⁸⁵ Cf. art. 102 et 103, Loi organique n°006/PR/98 du 7 août 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême de la République du TCHAD, citée par F. M. SAWADOGO, *op. cit.*

la comptabilité publique contribuerait à l'efficacité du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA.

889. L'Administration, comme l'a affirmé un auteur⁷⁸⁶, « *est tenue de respecter les condamnations à payer une somme d'argent prononcées contre elle, [...]* ». C'est sous cette obligation que les règles régissant les procédés de compensation et d'ordonnancement des condamnations pécuniaires des personnes publiques ont été analysées.

890. Le procédé de compensation des dettes publiques exige trois conditions de fond⁷⁸⁷ pour son application, conditions posées également à l'article 30, alinéa 2 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en ces termes « *Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité* ».

891. Mais, l'objectif de ce procédé consistant à l'extinction des dettes réciproques sans formalisme et même parfois à l'insu du débiteur, la question s'est posée de savoir si les conditions précitées sont cumulatives. En ce qui concerne le procédé d'ordonnancement, il ne comporte nullement l'absence de contrainte ou la simplification de la procédure d'extinction de dettes du procédé de compensation. La déclinaison de ce procédé en phase administrative et en phase comptable suffit à imaginer la lourdeur administrative qui caractériserait le traitement du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA.

⁷⁸⁶ P. DELVOLVE, « L'exécution contre l'Administration », *RTD civ.* 1993. 151, *Dalloz* 2018. La réforme des procédures civiles d'exécution par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 a donné lieu à un colloque organisé par la *Revue trimestrielle de droit civil* et par le Centre de formation permanente de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et à un séminaire qui s'est tenu les 28 et 29 janvier 1993 à Paris. Les actes du colloque ont été publiés dans un numéro spécial de la *Revue*.

⁷⁸⁷ Cf. X. DAVERAT, sur la saisie, in *Lextenso* : Trois conditions de fond sont traditionnellement exigées : la créance doit être certaine, liquide et exigible. Les articles L. 111-2 et L. 311-2 du code des procédures civiles d'exécution le rappelle (la certitude venant de la constatation par un titre exécutoire). Certains textes spécialisés rappellent ces exigences, tel l'article L. 257 B, alinéa 2, du livre des procédures fiscales qui fait allusion à des créances liquides et exigibles quand il s'agit d'« affecter au paiement des impôts, droits, taxes, pénalités ou intérêts de retard dus par un redevable les remboursements, dégrèvements ou restitutions d'impôts, droits, taxes, pénalités ou intérêts de retard constatés au bénéfice de celui-ci » (art. L. 257 B, al. 1^{er}).

892. Alors, comme en droit français précité, de même que le droit tchadien, il y a lieu de poser la question de savoir s'il y a « *possibilités de contraindre l'Administration à exécuter ses obligations* »⁷⁸⁸ en droit des Etats parties de l'OHADA.

⁷⁸⁸ P. DELVOLVE, « L'exécution contre l'Administration », p. 2, n°6. Sur les possibilités de contraindre l'Administration, l'auteur a cité, notamment, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 3^e éd., Montchrestien, 1991, n° 935 et s. ; A. de LAUBADERE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 12^e éd., LGDJ, 1992, p. 612 ; G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, 12^e éd., PUF, 1992, t. 2, p. 362 et s. ; E. BARADUC-BENABENT, *L'astreinte en matière administrative*, D. 1981, Chron.95 ; P. BON, *Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980*, Rev. dr. publ 1981.5 ; P. DELVOLVE, *L'exécution des décisions de justice contre l'Administration*, EDCE 1983-1984, n° 35, p. 111 ; D. LINOTTE, *Exécution des décisions de justice administrative et astreintes en matière administrative*, JCP 1981.I.3011 ; F. LLORENS, *Astreintes administratives et exécution des jugements par les personnes morales de droit public*, Ann. univ. sciences sociales Toulouse, 1981, p. 147 ; J. TERCINET, *La loi du 16 juillet 1980 : vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'Administration*, AJDA 1981.3 ; Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, RFDA 1990.481.

Conclusion du Titre 1.-

893. Comme l'a affirmé un auteur⁷⁸⁹, l'exécution spontanée est « *le destin normal d'une sentence arbitrale* ». C'est ce destin que le présent titre a l'occasion de contribuer à réaliser à travers l'appréciation de l'efficacité des règles applicables à l'exécution volontaire ou spontanée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

894. Cette exécution pose, avant tout, le problème des règles régissant l'utilisation des deniers publics. En effet, l'Administration n'est pas comme le particulier ; elle est astreinte à observer certaines « *exigences constitutionnelles inhérentes [...] à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* »⁷⁹⁰. Ces exigences ont nécessité l'adoption de règles régissant les finances publiques et l'utilisation des biens et deniers publics⁷⁹¹.

895. Donc, l'exécution volontaire des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA ne saurait se heurter à l'immunité d'exécution dont ces dernières bénéficient en vertu de l'article 30 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ; elle ne consiste pas en une mesure de contrainte.

⁷⁸⁹ Voy. J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 548-549, n°869 et s.

⁷⁹⁰ P. DELVOLLE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », (Note sous T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale*, AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. CASSIA ; D. 2010. 1359, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE), Dalloz 2018 : Cons. const., n° 2003-473-DC, 26 juin 2003, Rec. Cons. const. P. 382, consid. 18 ; AJDA 2003. 1404, note E. FATÔME ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. FATÔME et L. RICHER ; Cons. const., n° 2008-567-DC 24 juill. 2008, Rec. Cons. const. p. 341, consid. 9 ; AJDA 2008. 1516 ; *ibid.* 1664, note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. MONTECLER ; Mélanges Jégouzo 2009. 227, étude G. MARCOU ; RFDA 2008. 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD.

⁷⁹¹ Voy., en droit français, la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, et son décret d'application du 12 mai 1981, modifié par ceux du 11 avril 1988 et du 15 mai 1990 ; voy. également, P. Bon, Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980, *Rev. dr. publ* 1981.5 ; P. Delvolvé, L'exécution des décisions de justice contre l'Administration, *EDCE* 1983-11984, n° 35, p. 111 ; D. Linotte, Exécution des décisions de justice administrative et astreintes en matière administrative, *JCP* 1981.I.3011 ; F. Llorens, Astreintes administratives et exécution des jugements par les personnes morales de droit public, *Ann. univ. sciences sociales Toulouse*, 1981, p. 147 ; J. Tercinet, La loi du 16 juillet 1980 : vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'Administration, *AJDA* 1981.3 ; Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, *RFDA* 1990.481. Voy. aussi, la Loi organique du Tchad, un Etat partie de l'OHADA, n°006/PR/98 du 7 août 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême.

896. Considérée, dans un premier temps, en divergence⁷⁹² avec le Règlement général sur la comptabilité publique, la compensation⁷⁹³ en droit OHADA a pour but d'atténuer les conséquences de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA.

897. Elle est, comme tout procédé d'exécution volontaire ou spontanée des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA, régie par le Règlement général sur la comptabilité publique.

898. Alors, comment le Règlement général sur la comptabilité publique peut-il contribuer à l'effectivité des sentences arbitrales administratives de l'OHADA s'il n'a pas été actualisé avec les objectifs du Traité de l'OHADA⁷⁹⁴ ?

899. C'est à cette épineuse question que nous avons essayé de répondre. Dans un premier temps, la compensation n'est pas une matière commune aux droits communautaires de l'Afrique subsaharienne. Son régime juridique relève de la compétence d'un seul ordre juridique communautaire, celui de l'UEMOA ou de la CEMAC, selon le cas.

900. Aussi, le principe de réciprocité de l'invocation de la compensation qu'on semble déduire de l'article 30 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est-il contraire à celui de non-réciprocité résultant du Règlement général sur la comptabilité publique⁷⁹⁵. Mais,

⁷⁹² Cf. F. M. SAWADO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public de l'espace OHADA », Ohadata D-11-43, p. 11.

⁷⁹³ Dans le langage propre au Code civil, la "compensation" est une opération par laquelle une créance et une dette s'annulent mutuellement à concurrence de la somme la plus faible, de sorte que si elles ne sont pas d'un montant égal, seul le solde en devient exigible. La compensation n'a pas les mêmes fonctions en droit OHADA comme en droit UEMOA. Suivant l'art. 53, du Décret de la République du Bénin n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique, conformément à la transposition en droit interne béninois de l'article 41 de la Directive de l'UEMOA portant règlement général de la comptabilité publique, « *Les débiteurs de l'Etat ne peuvent pas se prévaloir de leurs créances vis-à-vis de l'Etat pour s'opposer au paiement de leurs dettes. Par contre, le comptable doit, préalablement à tout paiement, opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse* ».

⁷⁹⁴ A titre de rappel, les objectifs de l'OHADA consistent, notamment, à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* », et « *à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* » (Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008).

⁷⁹⁵ Aux termes de l'article 41 de la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, « *Les débiteurs de l'Etat ne peuvent pas se prévaloir de leurs créances vis-à-vis de l'Etat pour s'opposer au paiement de leurs dettes. Par contre, le comptable doit, préalablement à tout paiement, opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse* ».

comme précité ⁷⁹⁶, les personnes privées, dans certains cas, peuvent invoquer la compensation à l'encontre de personnes publiques et, dans d'autres, ce sont ces dernières qui ne le peuvent pas.

901. Dans un second temps, nous avons abordé la mise en œuvre de ces procédés d'exécution volontaire ou spontanée afin d'apprécier le dynamisme du traitement des condamnations pécuniaires prononcées à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA.

902. Dans cette perspective, le procédé de compensation des dettes s'est révélé adapter aux objectifs du Traité de l'OHADA ⁷⁹⁷ contrairement au procédé d'ordonnancement ou de mandatement, purement formaliste et pouvant générer des lourdeurs administratives. A cet effet, certains gouvernements des Etats parties de l'OHADA ont été amenés à prendre des actes réglementaires au profit des petites et moyennes entreprises en vue de réduire les délais de traitement de leurs créances sur l'Etat.

903. En définitive, l'étude du présent titre a permis de révéler ou de préciser le véritable objectif de la mention du procédé de compensation des dettes publiques à l'article 30 alinéa 2 de l'Acte uniforme précité.

904. En dépit de l'applicabilité du procédé d'ordonnancement ou de mandatement, régi par le Règlement général sur la comptabilité publique, celui de compensation des dettes est spécifiquement indiqué par le législateur de l'OHADA en raison de ses avantages précités.

905. Aussi, le législateur de l'OHADA admet-il ainsi que l'immunité d'exécution des personnes qui en bénéficient, au sens de l'article 30 alinéa 1 du même Acte uniforme, puisse entraîner des conséquences aux investisseurs et opérateurs économiques. Alors, pourquoi ne pas envisager d'agir en responsabilité contre l'Etat ⁷⁹⁸ en cas d'abus de cette

⁷⁹⁶ V. Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, v° *Compensation*.

⁷⁹⁷ Lesquels consistent, notamment, à « établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique », et « à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement » (Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008).

⁷⁹⁸ Au sens de l'arrêt CE, sect., 14 oct. 2011, no 329788 : AJDA 2011, p. 2482, note C. Broyelle ; RFD adm. 2012, p. 45, concl. C. Roger-Lacan, cite par M. LAAZOUZI, « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'État étranger en France », disponible sur LABASE-LEXTENSO.FR - 04/11/2021 16:56 | UNIVERSITE DU SUD TOULON VAR.

immunité ou de difficultés ou du fait de l'impossibilité à exécuter une condamnation pécuniaire contre un Etat partie de l'OHADA ?

906. En général, l'exécution volontaire ou spontanée requiert l'acquiescement de la personne publique en cause, laquelle peut aussi recourir à une autre autorisation afin de procéder au paiement de ladite condamnation pécuniaire.

907. Mais, contrairement à l'exécution volontaire, l'exécution forcée peut être opérée sur plusieurs biens de la personne publique en cause et sans son accord. En cette matière, c'est la loi du lieu de l'exécution qui a compétence, de sorte que l'immunité d'exécution des Etats parties de l'OHADA semble discriminatoire par rapport à tous les lieux potentiels où ces Etats détiennent de biens publics.

TITRE 2.- L'EXÉCUTION FORCÉE DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

908. L'exécution forcée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA peut se heurter à l'immunité d'exécution de l'OHADA, en ce qu'il s'agit de voies d'exécution contre les personnes publiques. Ces dernières ne sont, par principe, pas ouvertes contre les personnes publiques⁷⁹⁹.

909. La sentence arbitrale déclarée exécutoire par une décision juridictionnelle de l'Etat dans lequel son exécution est envisagée, constitue, au sens de l'article 33 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, un titre exécutoire.

Ce dernier permet au créancier de pratiquer directement, et sans autorisation préalable, une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur s'il justifie de circonstances de nature à en justifier le recouvrement⁸⁰⁰.

Cette saisie conservatoire rend indisponibles ces biens. Conformément à l'article 69 de l'Acte uniforme précité, le créancier, muni du titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, peut procéder à la conversion en saisie-vente de la saisie conservatoire pratiquée. Ainsi, contre un débiteur ordinaire, l'Acte uniforme de l'OHADA a envisagé les voies d'exécution d'une sentence arbitrale revêtue de titre exécutoire⁸⁰¹.

Mais, lorsque le débiteur est une personne publique, la mise en œuvre de ces voies d'exécution peut se heurter à l'immunité d'exécution dont elle bénéficie, au sens de l'article 30 de l'Acte uniforme. Cette immunité d'exécution ne couvre pas que les personnes publiques ; comme évoqué dans le chapitre précédent, elle est étendue aux entreprises publiques ayant « *pour objet une mission d'intérêt général, un capital*

⁷⁹⁹ V. Rép. cont. adm., V° *Exécution des décisions juridictionnelles*.

⁸⁰⁰ Art. 54 et 55 AUPSRVE.

⁸⁰¹ Cf. Livre 2, AUPSRVE.

*entièrement détenu par l'Etat et des ressources exclusivement d'origine publique constituées par des redevances et/ou des allocations budgétaires étatiques »*⁸⁰².

Néanmoins, cette immunité n'est ni une couverture imperméable ni une barrière étanche ou infranchissable. En dépit de son application stricte ou absolue et de son caractère *in personam*, « l'immunité d'exécution ne peut plus être excipée par un Etat lorsqu'il a consenti à l'arbitrage et à condition que le règlement d'arbitrage applicable en l'espèce comporte une obligation d'exécuter la sentence à intervenir »⁸⁰³.

L'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution interdit l'exécution forcée et les mesures conservatoires à l'encontre des personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. C'est un principe général⁸⁰⁴ du droit OHADA dont les conséquences sont atténuées par le procédé de compensation des dettes abordé ci-avant.

L'extension de ce principe aux entreprises publiques, abondamment critiquée par la doctrine⁸⁰⁵, est la consécration de la conception absolue de l'immunité d'exécution en droit OHADA. Car, le législateur de l'OHADA ne semble pas lier le statut d'entreprise publique

⁸⁰² CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA.

⁸⁰³ Civ. 1re, 6 juill. 2000, no 98-19.068, Creighton Ltd c/ Gouvernement du Qatar, RTD com. 2001. 409, obs. E. Loquin ; Clunet 2000. 1054, note I. Pingel-Lenuzza ; JCP 2001. II. 10512, note G. Cuniberti et C. Kaplan ; Rev. arb. 2001. 114, note P. Leboulanger.

⁸⁰⁴ V. notamment, CCJA, 1ère Ch. arr. n° 43/2005, 07 Juillet 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM ; CCJA, arr. n° 154/2020, 30 Avril 2020, aff. Société d'Exploitation de Sable et de Gravier SARL dite SESG SARL c/ Agence d'Exécution des Travaux d'Intérêt Public pour l'Emploi dite AGETIPE ; CCJA, 3e Ch. arr. n° 103/2018, 26 avr. 2018, aff. Monsieur MBULU MUSESO c/ société des Grands Hôtels du Congo S.A. ; CCJA, 1ère Ch. arr. n° 44/2016, 18 mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit «FER» ; CCJA, ass. plén., arr. n°136/2014, 11 nov. 2014, aff. Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar, dite ASECNA c/ Collectif des ex-employés de l'ASECNA ; CCJA, Ass. plén. arr. n° 105/2014, 04 nov. 2014, aff. société AES SONEL c/ Messieurs Henri NGALLE MONONO, Georges EYOMBO ANGANDZIE et BALENG MAAH Célestin ; CCJA, 3e Ch. arr. n° 24/2014, 13 Mars 2014, aff. KOUTOUATI A AKAKPO Danwodina, et autres c/ société TOGO-PORT dit Port Autonome de Lomé ; CCJA, 2e Ch. arr. n° 09/2014, 27 Février 2014, aff. Société des Télécommunications du Tchad dite SOTEL-TCHAD c/ Société SAS ALCATEL SPACE.

⁸⁰⁵ V. notamment, F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. arb., num. spéc., févr. 2010, p. 136, Ohadata D-11-43, p. 12 ; G. NAHM-TCHOUGLI, « L'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA », Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, vol. 1, n°6, 2005, p. 577 ; Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », Rev. cam. d'arb., Actes colloque des 14 et 15 janvier 2008, p. 127 ; O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in Mathias AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. Jean-Bernard AUBY), Bruylant 2011.

au bénéfice de l'immunité d'exécution ; le régime de compensation dont relèvent ces dernières devant être distingué de celui de l'immunité d'exécution.

910. L'absolutisme de cette immunité peut être confronté à certaines exceptions issues autant, du droit international coutumier⁸⁰⁶, que de la jurisprudence en droit comparé⁸⁰⁷, admettant la renonciation des personnes publiques à l'immunité d'exécution. De même, en droit OHADA, l'exécution forcée peut être fondée sur le consentement de la personne publique en cause⁸⁰⁸.

911. Aussi, l'immunité d'exécution en droit OHADA ne saurait-elle être opposable à l'exécution forcée des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA si ces dernières y ont renoncé.

912. Donc, la conception absolue de l'immunité d'exécution en droit OHADA (Chapitre 1) a des limites (Chapitre 2), au regard du fondement contractuel⁸⁰⁹ aussi bien de l'arbitrage administratif que du droit de ses bénéficiaires à y renoncer.

⁸⁰⁶ E. HENRAY, « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts NML Capital c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 », *MBDE/Contentieux international public*, Soumis le 31/05/2015, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-renonciation-d%E2%80%99un-etat-%C3%A0-son-immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution%C2%A0et-sa-conciliation-avec-le-droit-%C3%A0-un-p>

⁸⁰⁷ C. Cass, Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, *Société Creighton Ltd c/ Qatar*, n° 98-19.068, Rev. arb. 2001. P. 114, disponible sur site Internet :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/

C. Cass, Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2011, *Société NML Capital Ltd c/ République Argentine*, n° 09-72.057, disponible sur site Internet :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/867_28_21103.html ;

C. Cass, Civ 1^{ère}, 28 mars 2013, *NML Capital c/ La République argentine* ; et autre, pourvois n°10-25.938, n°11-10.450 et n°11-13.323., disponible sur site Internet :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/396_28_25873.html

⁸⁰⁸ CCJA, ass. plén., arr. n°136/2014, 11 nov. 2014, aff. Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar, dite ASECNA c/ Collectif des ex-employés de l'ASECNA. L'acceptation, par une personne publique, de la compétence des tribunaux nationaux, n'implique pas le consentement à l'exécution forcée, qui nécessite un consentement exprès distinct.

⁸⁰⁹ Art. 2 al. 2 AUA ; sur l'origine conventionnelle de l'arbitrage, voy. Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., p. 28 ; J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 118 et s., n°150 et s. Plus spécifiquement, voy. H. FOUILLET, « Le Consentement de l'Etat à l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », site Internet : <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/11/Le%20consentement%20de%20l'Etat%20c3%a0%20l'arbitrage%20CIRDI.pdf>

Chapitre 1.- La conception absolue de l'immunité d'exécution

913. La conception absolue de l'immunité d'exécution de l'OHADA est un obstacle au développement de la pratique de l'arbitrage administratif en ce qu'elle entraînerait des difficultés d'exécution des sentences arbitrales administratives.

914. Comme un auteur l'a affirmé, l'inexécution d'une décision de justice a, de façon générale, des « *conséquences fâcheuses pour les créanciers [...] et dramatiques pour le développement du secteur privé* »⁸¹⁰. La CEDH a même jugé que « *le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne permettait qu'une décision définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie* »⁸¹¹.

Or, l'objectif du législateur de l'OHADA n'est certainement pas de faire obstacle à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA après avoir admis ces dernières à compromettre en arbitrage ; il ne consisterait pas non à limiter l'exécution de ces sentences au seul procédé de compensation de dettes alors que le créancier peut se tourner vers d'autres ordres juridiques où l'exécution forcée contre les biens publics est admise.

915. Elle semble donc induite par les prérogatives de puissance publique (Section 1) et par la CCJA (Section 2).

⁸¹⁰ G. NAHM-TCHOUGLI, « L'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA », *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n°6, 2005, p. 577. L'auteur [...] affirme qu'en ce qui concerne les créanciers, l'immunité d'exécution est susceptible d'entraîner la faillite de nombre de sociétés privées en relation avec les entreprises publiques. Cette hypothèse serait amplifiée par le fait que la déchéance quadriennale ne permet pas aux créanciers de s'inscrire dans une perspective de long terme pour recouvrer leurs créances. Mais, à court terme, l'immunité d'exécution entraîne un gonflement de la dette intérieure susceptible d'hypothéquer les relations des sociétés créancières avec les institutions financières nationales et internationales. D'autre part, l'immunité d'exécution peut aussi hypothéquer l'éclosion d'un secteur privé dynamique. La mise en place des Programmes d'Ajustement Structurel par le FMI et la Banque Mondiale résultait en partie de la faillite ou encore la mauvaise gestion de l'Etat et plus particulièrement des entreprises publiques. Ces dernières étaient devenues de grands gouffres financiers des deniers publics. Si au surplus, et au bénéfice de l'immunité d'exécution, elles doivent engloutir les deniers privés des sociétés privées, c'est d'un côté la mort du secteur privé et de l'autre l'hypothèque sur toutes les perspectives de développement des pays.

⁸¹¹ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n°107/1995/613/701, Rec. 1997-II, §40, in Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *Rev. cam. d'arb.*, Actes colloque des 14 et 15 janvier 2008, p. 127.

Section 1.- L'approche induite par les prérogatives de puissance publique

916. En observant la systématisation de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA, on comprend mieux ce que le Professeur Ph. FOUCHARD a voulu dire lorsqu'il affirmait que, « *Si en matière d'arbitrage international, il est admis que l'Etat et les collectivités publiques soient ramenés au rang de simples particuliers, individus ou personnes morales de droit privé, cette position ne s'impose pas aisément dans l'ordre interne. Au demeurant, il y a lieu de se demander si en légiférant de la sorte le Conseil des Ministres n'a pas engagé les Etats au-delà de ce qu'ils auraient pu accepter dans un autre contexte* »⁸¹².

En effet, le libéralisme du droit de l'arbitrage OHADA à l'épreuve des prérogatives de puissance publique est moins enthousiasmant à l'exécution des sentences arbitrales administratives régie par des règles du droit public. Car, « *si l'exécution des décisions de justice peut être entreprise avec le concours ou au bénéfice de la puissance publique, elle ne peut être entreprise contre elle. Toute puissance divisée contre elle-même est conduite à sa perte. La puissance publique ne peut être mise en oeuvre contre la puissance publique* »⁸¹³.

917. Les demandes relatives à l'exécution forcée d'une sentence arbitrale administrative ne sont pas différentes de celles d'une décision de justice de droit commun. Elles sont soumises, au sens de l'article 49 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, au « *président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* ».

918. Ce dernier connaît également des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageable des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires. Dans les mêmes conditions, il autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en œuvre.

⁸¹² Ph. FOUCHARD, « L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 97.

⁸¹³ P. DELVOLLE, « L'exécution contre l'administration », RTD Civ. 1993 p. 151 ; CE 4 févr. 1976, *Ellisonde*, Rec. p. 1069 ; 4 nov. 1983, *Noulard*, Rec. p. 451 ; AJDA 1984.531, Chron. Schottl et Hubac ; 3 avr. 1987, *Consorts Heugel*, Rec. p. 119 ; AJDA 1987.534, concl. Hubac.

919. Les décisions dont l'exécution forcée est requise, doivent être revêtues d'un titre exécutoire, au sens de l'article 55 du même Acte uniforme. Les attributions du juge de l'exécution sont précisées par la loi nationale de chaque Etat partie de l'OHADA⁸¹⁴.

920. Telle que décrite ci-dessus, la procédure d'exécution forcée d'une condamnation pécuniaire des personnes publiques de l'OHADA est régie par le droit OHADA et les lois nationales non contraires des Etats parties de l'OHADA, au sens de l'article 10 du Traité de l'OHADA.

921. L'immunité d'exécution de ces dernières apparaît dès lors comme une exception dont le fondement est apprécié par le juge de l'exécution. Ce qui laisse entendre que l'immunité d'exécution est une présomption dont la preuve revient à son bénéficiaire ; elle ne peut pas être soulevée d'office⁸¹⁵.

922. Nous aborderons, ci-après, le bien-fondé de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA (Paragraphe 1) et les obstacles induits par les prérogatives de puissance publique (Paragraphe 2).

⁸¹⁴ Au Bénin, les attributions du juge de l'exécution sont définies aux articles 584 et suivants de la Loi n° 2020-08, du 23 avril 2020 portant modernisation de la justice.

⁸¹⁵ La question se pose de savoir si les solutions issues d'une affaire internationale est applicable devant la CCJA. Dans le cas d'espèce, la question se pose en ces termes : lorsqu'un Etat étranger qui est attiré devant le juge d'un Etat partie de l'espace OHADA dans le cadre d'une voie d'exécution, ne comparaît pas, le juge étatique doit-il d'office invoquer l'immunité ? La jurisprudence de la CCJA ne semble pas encore avoir pris position sur la question. En droit comparé, la jurisprudence s'est montrée hésitante sur cette question (Pour l'affirmative, v. Cass. civ., 20 oct. 1987, *D.* 1987.IR. 221 ; pour la négative, Cass. civ., 30 juin 1993, *JDI*). Dans une affaire complexe, la Cour de cassation française a, en 1993, laissé croire qu'elle censurait une Cour d'appel pour avoir soulevé d'office la question de l'immunité (Cass., 30 juin 1993, *JDI* 1994, p. 157). Cette conclusion est ressortie clairement dans un arrêt du 12 octobre 1999 où la Haute Cour jugeait que « la Cour d'appel, en l'absence d'un Traité en la matière, n'avait pas à rechercher d'office si la République fédérale de Yougoslavie bénéficiait, pour elle-même des immunités de juridiction et d'exécution qui, n'étant pas absolues, doivent être invoquées par l'Etat étranger qui s'y prétend fondé » (Cass. civ 1re, 12 oct. 1999, *JDI* 2000, pp. 1036-1054). Voy. D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », cf. site Internet :

<https://www.ohada.com/uploads/actualite/1961/immunit-e-d-execution-eberande-kolongele.pdf>

Paragraphe 1.- Le bien-fondé de l'immunité d'exécution

923. Il y a des limites à ne pas franchir en toute chose ; c'est ce qu'est l'immunité d'exécution pour l'exécution des sentences arbitrales administratives. L'immunité d'exécution traduit l'affectation des biens publics à une activité de souveraineté de l'Etat⁸¹⁶.

Elle est un « *privilège fondé, en droit interne, sur le bon fonctionnement des collectivités publiques – en théorie toujours solvables – qui pourrait être perturbé si les biens et deniers affectés à leur fonctionnement pouvaient être appréhendés par un créancier, et, en droit international, par le fait que de telles mesures porteraient atteinte à la souveraineté d'un Etat étranger à moins que celui-ci ait renoncé à son immunité y compris sur des biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques* »⁸¹⁷.

Cette définition traduit le dualisme de l'immunité d'exécution en droit français. En droit OHADA, le régime juridique de l'immunité d'exécution est moniste et ne distingue pas, en conséquence, le régime du droit interne de celui du droit international.

924. Ainsi, c'est une règle unique de l'immunité d'exécution qui s'applique aux personnes qui en bénéficient⁸¹⁸, en dépit de la nature interne ou internationale de la décision à exécuter. Selon BRENNER, « *les principales immunités d'exécution en droit interne ne se comprennent vraiment que dans la perspective de sauvegarder la souveraineté de l'Etat et de la protection des biens et des ressources nécessaires à*

⁸¹⁶ Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *op. cit.*

⁸¹⁷ Cf. Code des procédures civiles d'exécution, commentaire sous art. L. 111-1, Copyright 2018 - Dalloz – Tous droits réservés.

⁸¹⁸ Dans l'arrêt CCJA n° 103/2018, 26 avr. 2018, aff. Monsieur MBULU MUSESO c/ société des Grands Hôtels du Congo S.A., la question de la détermination des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution n'est pas renvoyée au droit national des Etats parties de l'OHADA, mais, relève de la compétence de la CCJA.

l'exercice des missions de service public »⁸¹⁹. C'est dans ce sens que semble s'inscrire également la position de la CCJA⁸²⁰.

925. Donc, c'est ne pas faire confiance à la crédibilité et à l'impartialité des juridictions étatiques que de recourir à ses prérogatives de puissance publique, car, l'immunité d'exécution a pour but de sauvegarder aussi bien, la mission d'intérêt général des personnes publiques (A), que les ressources nécessaires à cette mission (B).

A.- La sauvegarde d'une mission d'intérêt général

926. L'immunité d'exécution est applicable, en droit OHADA comme en droit français, aux personnes qui en bénéficient. Le caractère absolu de cette immunité, est défini, en droit interne français, au sens de l'arrêt du 21 décembre 1987, comme le refus de la Cour de cassation de toute distinction fondée sur l'exercice d'une activité de service public ou simplement commerciale de l'établissement public.

927. La Cour a jugé que, *« s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé ; qu'il appartient seulement au créancier bénéficiaire d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée et condamnant une personne publique au paiement, même à titre de provision, d'une somme d'argent, de mettre en œuvre les règles particulières issues de la loi du 16 juillet 1980 ; d'où il suit qu'en validant des saisies-arrêts pratiquées à l'encontre du Bureau de recherches géologiques et minières, établissement public à caractère industriel et commercial qui avait été condamné par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée à payer une indemnité provisionnelle à la compagnie d'assurance Llyod continental, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ; »*⁸²¹.

⁸¹⁹ Cl. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2007, n° 90, p. 58.

⁸²⁰ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA.

⁸²¹ Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, 86-14.167, Publié au bulletin.

928. D'un point de vue historique, l'immunité d'exécution a été considérée comme absolue dès lors que les Etats se cantonnaient à leurs activités de souverain⁸²². Leur intervention dans le commerce international a conduit à la distinction entre activités *jure imperii* et activités *jure gestionis*.

Ainsi, en droit international, l'immunité d'exécution des personnes publiques est écartée dès lors que, soit, « *le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande* »⁸²³, soit, l'Etat a renoncé à son immunité d'exécution⁸²⁴.

929. Contrairement au droit de l'arbitrage OHADA, le droit français a adopté un régime juridique de l'immunité d'exécution différent selon que la sentence à exécuter résulte d'un arbitrage de droit interne ou de droit international.

930. En matière interne, c'est d'abord la prohibition des personnes publiques à l'arbitrage dans le but d'en limiter les effets juridiques. L'article 2060 du code civil exclut du droit à l'arbitrage l'Etat et les organismes publics ; l'ordre public interne s'y oppose. « *Il y aurait une incompatibilité de principe entre personnes publiques et justice privée* »⁸²⁵.

931. Corrélativement, ces personnes publiques « *sont protégées par une immunité de saisie assez large, qui a été réaffirmée par un arrêt de principe du 21 décembre 1987 relatif à la question de savoir s'il était possible, à l'époque, de valider des saisies-arrests pratiquées à l'encontre d'un établissement public à caractère industriel et commercial qui avait été condamné, par une décision juridictionnelle passée en force de*

⁸²² P. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *Ohadata* D-11-42, *Rev. cam. de l'arbitrage*, numéro spéc., févr. 2010, p. 127.

⁸²³ Civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodif*, no 82-12.462, *Rev. crit.* 1984. 648, note Bischoff ; *JDI* 1984. 598, note Oppetit ; *D.* 1984. 629, rapport Fabre et note Robert ; *JCP* 1984. II. 20205, concl. Gulphe, note Synvet ; *Rev. arb.* 1985. 69, note Couchez ; ajoutant aux activités économiques ou commerciales les activités civiles de l'Etat, *V. Civ. 1re*, 25 janv. 2005, no 03-18.176 et *Civ. 1re*, 19 nov. 2008, no 07-10.570.

⁸²⁴ La Cour de cassation a pu juger en raison de la rédaction de l'article 24 du Règlement de la CCI, devenu l'article 34.6 du Règlement 2012, que la référence au Règlement d'arbitrage de la CCI démontrait la volonté de l'Etat de ne plus se prévaloir de son immunité (*Civ. 1re*, 6 juill. 2000, no 98-19.068, *Creighton Ltd c/ Gouvernement du Qatar*, *RTD com.* 2001. 409, obs. E. Loquin ; *Clunet* 2000. 1054, note I. Pingel-Lenuzza ; *JCP* 2001. II. 10512, note G. CUNIBERTI et C. KAPLAN ; *Rev. arb.* 2001. 114, note Ph. LEBOULANGER).

⁸²⁵ Arbitrage intéressant l'Etat et les organismes publics, *in* *Rép. Proc. Civ.*, Copyright 2018 - Dalloz – Tous droits réservés.

*chose jugée, à payer une indemnité provisionnelle à une compagnie d'assurance »*⁸²⁶. Même si elle refuse toute distinction fondée sur l'exercice d'une activité de service public ou simplement commerciale de l'établissement public, la solution reste conforme aux règles du droit public, plus particulièrement au principe de continuité qui est de l'essence du service public et dont l'intérêt prime sur celui de ses créanciers.

932. La possibilité pour les créanciers en attente de mettre en œuvre les dispositions de la loi du 16 juillet 1980, codifiée aujourd'hui dans l'article L. 911-5 du code de justice administrative notamment, a, au demeurant, été rappelée par une décision du Tribunal des conflits en date du 19 mars 2007, affirmant, dans une formule de synthèse assez complète, que « *l'immunité d'exécution dont bénéficie l'Etat, dont les biens et les créances sont insaisissables, si elle interdit au juge de prendre à son encontre des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires, ne s'oppose pas au prononcé d'une astreinte qui est le corollaire de tout pouvoir d'injonction et dont le seul effet est de mettre une somme à sa charge, en cas de retard dans l'exécution volontaire d'une décision de justice* »⁸²⁷.

933. En droit interne français, l'absolutisme de l'immunité d'exécution des personnes publiques se justifierait alors par la prohibition des personnes publiques à l'arbitrage, à l'exception, bien évidemment, des autorisations spécifiques accordées à certaines d'entre elles⁸²⁸.

⁸²⁶ Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987 : *cité note*9ss. art. L. 111-1 ; par ailleurs, lorsqu'une même décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, l'art. L. 911-9, al. 5, CJA pose en principe que « cette somme doit être mandatée ou ordonnancée dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision » ; à défaut, c'est le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle qui procède au mandatement d'office.

⁸²⁷ Cf. T. confl. 19 mars 2007, n° 07-03.497 PArt. L. 111-1, Code des procédures civiles d'exécution *in* Copyright 2018 - Dalloz.

⁸²⁸ Il résulte du Rapport Labetoulle que des dispositions à valeur législative ont organisé « des dérogations ponctuelles en droit interne à la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public. Certaines de ces dérogations ont visé des personnes publiques précisément identifiées ou des catégories de personnes publiques : le législateur a ainsi autorisé expressément la SNCF (Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, art. 25), la Poste (Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, art. 28) et RFF (Loi n°97-135 du 13 février 1997, art. 3) à recourir à l'arbitrage ; la loi du 9 juillet 1975 a, pour sa part, ouvert la possibilité au Gouvernement d'autoriser par décret certaines catégories d'établissements publics industriels et commerciaux à compromettre (Loi n°75-596 du 9 juillet 1975, modifiant l'article 2060 du code civil. V. le décret n°2002-56 du 8 janvier 2002 autorisant à compromettre des établissements publics à caractère industriel et commercial (secteur des mines et secteur de l'électricité et du gaz)). D'autres dérogations ont concerné certains types de litiges : notamment ceux relatifs à la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux (Loi du 17 avril 1906, article 69 ; art. 132 du code des marchés publics), ceux relatifs à l'exécution de contrats conclus entre des collectivités publiques et des sociétés étrangères « pour la réalisation d'opérations d'intérêt national » (Loi

934. En revanche, en matière internationale, la participation des personnes publiques à l'arbitrage conduit à écarter leur immunité. Cette participation a été reconnue à la faveur de l'arrêt *Galakis*, lequel trancha la question en édictant une règle matérielle de droit international privé selon laquelle la prohibition des personnes publiques à compromettre était inapplicable en matière internationale⁸²⁹.

935. Selon cette décision, un Etat peut compromettre s'il existe « *un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international* ».

936. En d'autres termes, la prohibition de l'article 2060 du code civil n'a vocation à s'appliquer qu'aux contrats internes. Le seul constat de l'existence d'un contrat international est suffisant pour valider la convention d'arbitrage.

937. Cette solution venait par ailleurs confirmer des décisions antérieures ayant posé ce principe⁸³⁰. Dès lors que les personnes publiques françaises sont admises à compromettre en matière internationale, l'application stricte⁸³¹, en droit interne, de l'article

n°86-972 du 19 août 1986, art. 9 (intéressant la réalisation du parc Eurodisney)), ceux relatifs aux fouilles en matière d'archéologie préventive (Art. L 523-10 du code du patrimoine ; décret n°2004-490 du 3 juin 2004, art. 47 à 52), ceux relatifs aux contrats de partenariat (Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, art. 11) » (cf. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage (dénommé Rapport Labetoulle du nom de son président) en date du 13 mars 2007 élaboré dans le cadre d'une réflexion sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux).

⁸²⁹ Civ. 1re, 2 mai 1966, *Galakis*, Bull. civ. I, no 256 ; D. 1966. 575, note J. ROBERT ; JCP 1966. II. 14798, note P. LIGNEAU ; JDI 1966. 563, note D. G. ; Rev. crit. DIP 1967. 533, note B. GOLDMAN.

⁸³⁰ Paris, 10 avr. 1957, *Myrtoon Steamship*, JCP 1957. II. 10078, note H. MOTULSKY ; Rev. crit. DIP 1958. 120, note Y. L. ; JDI 1958. 1002, note B. G. ; Rev. arb. 1957. 16), mais de manière moins libérale (Civ. 1re, 14 avr. 1964, *Onic c/ capitaine SS San Carlo*, D. 1964. 637, note J. ROBERT ; JDI 1965. 646, note B. GOLDMAN ; JCP 1965. II. 14406, note P. L. ; Rev. crit. DIP 1964. 68, note H. BATTIFOL ; Rev. arb. 1964. 82, suivant la méthode conflictuelle exigeant que le contrat soit soumis « à une loi étrangère admettant la validité de la clause compromissoire »). La solution dégagée par l'arrêt *Galakis* a ensuite été étendue à toutes les personnes morales de droit public, françaises ou étrangères (Paris, 17 déc. 1991, *Gatoil*, Rev. arb. 1993. 281, note H. SYNVET. - Paris, 24 févr. 1994, *Bec Frères*, Rev. arb. 1995. 275, note Y. GAUDEMET - Paris, 13 juin 1996, *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment*, Rev. arb. 1997. 251, note E. Gaillard). La jurisprudence arbitrale avait d'ailleurs adopté le principe, affirmé dans différentes sentences. Il a ainsi pu être décidé que, même s'il doit être acquis que l'entreprise d'Etat partie au contrat ne pouvait compromettre sans autorisation des autorités compétentes de l'Etat et que cette autorisation a fait défaut, il est constant que ce vice n'a pas été porté à la connaissance de l'autre partie lors de la conclusion du contrat ; dans ces conditions, l'ordre public international s'opposerait à ce qu'un organe de l'Etat puisse se prévaloir de son défaut de capacité (*Sent. CCI, aff. no 4381, 1986, JDI 1986. 1102, aff. no 5103, JDI 1988. 1206. - V. déjà : 14 janv. 1983, aff. Elf, Rev. arb. 1984. 401 ; 18 nov. 1983, aff. Benteler, ibid. 1989. 339, note D. Hascher. - Paris, 27 oct. 2011, issue de Gaz. Pal. du 24 janv. 2012, no 24*).

⁸³¹ Cf. commentaire sous art. L. 111-1 Code des procédures civiles d'exécution in Copyright 2018 - Dalloz – Tous droits réservés : Il est en effet de tradition qu'en vertu des « principes de droit international privé régissant les immunités des Etats », les Etats étrangers et leurs agents diplomatiques jouissent d'une immunité d'exécution « de principe » (Civ. 1^{re}, 14 mars 1984 : *cité note 11ss. art. L. 111-1*). Par extension, « le droit international coutumier », lui, exige que les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient,

L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution aux termes duquel « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* »⁸³², est désormais relativisée lorsque, d'une part, « *le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande* », et d'autre part, en présence d'une « *renonciation par l'Etat à l'immunité d'exécution de ses autres biens* »⁸³³.

938. Outre la sauvegarde de la mission d'intérêt général, l'immunité d'exécution permet également la sauvegarde des ressources nécessaires à l'accomplissement de cette mission dont l'effectivité est garantie par les juridictions étatiques.

B.- La sauvegarde des ressources nécessaires à la mission d'intérêt général

939. Comme évoqué ci-avant, « *les principales immunités d'exécution en droit interne ne se comprennent vraiment que dans la perspective de sauvegarder la souveraineté de l'Etat et de la protection des biens et des ressources nécessaires à l'exercice des missions de service public* »⁸³⁴.

940. Ainsi, outre la sauvegarde de la souveraineté de l'Etat, l'immunité d'exécution ne se comprend aussi que pour la protection des deniers publics. En droit

pour le fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome, et la Cour de cassation a considéré en 2011 que « cette immunité s'étend, notamment, aux fonds déposés sur les comptes bancaires de l'ambassade ou de la mission diplomatique », et a pour conséquence qu'il doit être donné mainlevée de toute saisie portant sur ces fonds (Civ. 1^{re}, 28 sept. 2011: *cité note6ss. art. L. 111-1*).

⁸³² Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, Eurodif, no 82-12.462, Rev. crit. 1984. 648, note BISCHOFF ; JDI 1984. 598, note OPPETIT ; D. 1984. 629, rapport FABRE et note ROBERT ; JCP 1984. II. 20205, concl. GULPHE, note SYNDET ; Rev. arb. 1985. 69, note COUCHEZ ; ajoutant aux activités économiques ou commerciales les activités civiles de l'Etat, V. Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, no 03-18.176 et Civ. 1^{re}, 19 nov. 2008, no 07-10.570.

⁸³³ La Cour de cassation a pu juger en raison de la rédaction de l'article 24 du Règlement de la CCI, devenu l'article 34.6 du Règlement 2012, que la référence au Règlement d'arbitrage de la CCI démontrait la volonté de l'Etat de ne plus se prévaloir de son immunité (Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, no 98-19.068, Creighton Ltd c/ Gouvernement du Qatar, RTD com. 2001. 409, obs. E. LOQUIN ; Clunet 2000. 1054, note I. PINGEL-LENUZZA ; JCP 2001. II. 10512, note G. CUNIBERTI et C. KAPLAN ; Rev. arb. 2001. 114, note Ph. LEBOULANGER).

⁸³⁴ Cl. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2007, n° 90, p. 58.

OHADA, la CCJA⁸³⁵ pose « *qu'une société d'Etat doit, pour bénéficier de l'immunité d'exécution, avoir pour objet une mission d'intérêt général, un capital entièrement détenu par l'Etat et des ressources exclusivement d'origine publique constituées par des redevances et/ou des allocations budgétaires étatiques* ».

941. Dans l'affaire MBULU MUSESO contre Société des Grands Hôtels du Congo S.A., l'immunité d'exécution a été refusée à une société d'économie mixte⁸³⁶ au motif que « *le débiteur poursuivi est une société anonyme dont le capital social est détenu à parts égales par des personnes privées et par l'Etat du Congo et ses démembrements ; qu'une telle société étant d'économie mixte, et demeure une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres* ».

942. Donc, les deniers publics doivent être détenus entièrement ou en majorité par la personne morale de droit privé pour bénéficier de l'immunité d'exécution. L'origine publique des ressources peut ainsi être déterminante pour bénéficier de l'immunité d'exécution.

943. Le silence de l'Acte uniforme sur les bénéficiaires de l'immunité d'exécution a conduit à beaucoup d'interprétations dont certaines ont affirmé « *que la détermination des entreprises bénéficiaires de l'immunité d'exécution [est] renvoyée au droit interne de chaque Etat partie de l'OHADA* »⁸³⁷.

944. Mais, la CCJA a, à juste titre, relevé que cette détermination entre dans la compétence de la CCJA⁸³⁸. Cette compétence de la CCJA éviterait ainsi bien des dispositions subjectives en la matière au sein des Etats parties de l'OHADA.

945. Cependant, l'obsession de la sauvegarde des ressources attribuées à la mission d'intérêt général serait à l'origine des obstacles à l'exécution des condamnations pécuniaires des personnes publiques.

⁸³⁵ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA.

⁸³⁶ CCJA, 3e Ch. ARRÊT N° 103/2018 DU 26 Avril 2018, affaire Monsieur MBULU MUSESO contre société des Grands Hôtels du Congo S.A. Dans cette affaire, la CCJA a jugé qu'une société d'économie mixte ne bénéficie pas de l'immunité d'exécution.

⁸³⁷ CCJA, 3e Ch. arr. n° 103/2018, 26 Avril 2018, aff. Monsieur MBULU MUSESO c/ société des Grands Hôtels du Congo S.A.

⁸³⁸ *Idem*.

Paragraphe 2.- Les obstacles à l'exécution des condamnations pécuniaires de l'Etat

946. Les obstacles à l'exécution forcée des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA peuvent résulter du fait des prérogatives de puissance publique⁸³⁹ de l'Etat dont ces personnes publiques sont ressortissantes.

947. On distingue, selon la classification d'un auteur⁸⁴⁰, essentiellement, deux catégories d'obstacles à cette occasion. Il s'agit, d'une part, des « obstacles factuels » (A), et d'autre part, des « obstacles juridiques » (B).

A.- Les obstacles factuels

948. Les obstacles factuels peuvent prendre la forme de menaces proférées par les personnes publiques dans le but d'empêcher l'exécution d'une décision de justice défavorable.

949. Un exemple de telles menaces est fourni par les réactions d'un Etat partie de l'OHADA à la suite d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCJA le condamnant à payer des dommages-intérêts à une entreprise privée du même droit national que cet Etat⁸⁴¹.

950. Le Garde des Sceaux d'alors de cet Etat avait déclaré : « *Le Trésor Public n'entend pas verser 1 Franc à qui que ce soit* »⁸⁴². En dépit de la gravité de cette

⁸³⁹ Prérogative s'entend « compétence ou droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité, puissance ou immunité. Voy. Gérard CORNU (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, 7^{ème} édition, Paris, PUF, 2005, v° « prérogative ». Elles sont aussi définies comme « manifestation de l'essence même du pouvoir souverain de l'Etat, celles qui permettent d'exercer un pouvoir de coercition ».

⁸⁴⁰ BRENNER, « L'ineffectivité de l'exécution forcée », in BRENNER [dir.], « Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité », 2007, EJT, p. 43.

⁸⁴¹ CCJA, arr. n°103/2015, du 15/10/2015, Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin.

⁸⁴² Cf. Site Internet : <https://lanouvelletribune.info/archives/benin/politique/19644-affaire-talon-pvi-le-tresor-public-n-entend-pas-verser-1-franc-a-qui-que-ce-soit-valentin-djenontin#!/ccomment-comment=158485>

déclaration⁸⁴³, son collègue du développement abonda dans le même sens : « *On va bloquer la mise en œuvre de la procédure* »⁸⁴⁴ ; « *si [l'Etat] est méprisé, il peut même se retirer de l'OHADA. L'essentiel, c'est de ne pas payer ces ressources* »⁸⁴⁵.

951. Les effets de ces menaces, dont le but, comme nous l'affirmions, est d'empêcher l'exécution de la sentence arbitrale rendue à l'encontre de cet Etat, sont limités au territoire national de l'Etat en cause, et ne lient pas les Etats hors de l'espace OHADA dans lesquels ledit Etat pourrait disposer de biens. C'est le principe de la loi du lieu où l'exécution d'une décision de justice est envisagée.

952. A une certaine époque, certains Etats avaient menacé de se retirer du CIRDI⁸⁴⁶ dont les arbitrages, disait-on, « *reflétaient, par la protection systématique des entreprises étrangères, un état d'esprit peu compatible avec l'idée même de justice et d'équité* »⁸⁴⁷.

953. A l'instar de ces obstacles factuels, d'autres peuvent parfois s'étendre au-delà des frontières de l'Etat en cause. Tout récemment, ce fut le cas de la Russie qui, dans l'affaire *Ioukos*⁸⁴⁸, menaça de représailles « *contre toute tentative d'application de mesures*

⁸⁴³ Cf. Site Internet : <http://fr.africatime.com/articles/apres-la-decision-de-la-ccja-le-benin-ne-paiera-aucun-kopeck-talon-dixit-valentin-djenontin>

⁸⁴⁴ Cf. Site Internet : <https://lanouvelletribune.info/archives/benin/politique/19645-affaire-pvi-si-le-benin-est-meprise-il-peut-meme-se-retirer-de-l-ohada-marcel-de-souza>

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

⁸⁴⁶ Cf. Thèse de doctorat en droit de Jonathan Proust, « L'arbitrage CIRDI face aux droits de l'homme », soutenue le 22.11.2013, à Paris 1, sous la direction de Horatia Muir Watt. Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) est une institution d'arbitrage d'investissement mise en place par la Convention de Washington du 18 mars 1965.

⁸⁴⁷ Ph. Leboulanger, « L'arbitrage international Nord-Sud », in Etudes offertes à P. Bellet, 1991, p. 323, spéc., p. 327, n°15.

⁸⁴⁸ Cour d'appel de Paris – 27 juin 2017 – n° 459/17 : A la suite de l'expropriation de la société pétrolière russe Ioukos, les sociétés Hulley Enterprises Limited, Veteran Petroleum Limited, sociétés de droit chypriote, et la société Yukos Universal Limited, constituée conformément au droit de l'île de Man, anciens actionnaires majoritaires, ont engagé des procédures d'arbitrage à l'encontre de la Fédération de Russie, sous l'égide de la cour permanente d'arbitrage de La Haye. Aux termes de trois sentences arbitrales finales prononcées le 18 juillet 2014, faisant suite à trois sentences partielles en date du 30 novembre 2009, la Fédération de Russie a été condamnée à indemniser ces trois sociétés à hauteur de la somme globale en principal de 50 020 867 798 dollars américains, majorée des frais d'arbitrage et de représentation. La société *Hulley Enterprises Limited* (la société *Hulley*) a obtenu pour sa part une indemnisation à hauteur de 39 971 834 360 de dollars en principal, outre 3 388 197 euros à titre de remboursement des frais d'arbitrage et 47 946 190 dollars pour indemnisation de ses frais de représentation et d'assistance juridique. Les anciens actionnaires majoritaires de la société Ioukos ont entrepris l'exécution forcée des sentences arbitrales dans plusieurs pays dont la France. Cf. site Internet : http://www.dalloz.fr.proxy.unice.fr/documentation/Document?id=CA_PARIS_2017-06-27_45917&ctxt=0_YSR0MT1hZmZhaXJlIGlvdWtv8KneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPThCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPTlwwqdzJGlzYWJvPVRydWXCp3MkcGFnaW5nPVRydWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2XCp3Mkd29JUz1GYWxzZcKncyRicT0=&nrf=0_UmVjaGVyY2hlfExp3Rl

conservatoires ou exécutoires à l'égard de biens russes »⁸⁴⁹. Cette menace prit ensuite la forme d'une loi de représailles votée en janvier 2016 « *à l'encontre des pays où ont lieu des saisies de biens détenus par l'Etat russe* »⁸⁵⁰.

954. En outre, le Parlement russe adopta, le 23 octobre 2016, une loi lui permettant de saisir les actifs d'Etats étrangers sur son sol. Au département d'Etat américain, la Douma écrivit que toute mainmise sur des biens russes constituerait un motif de « *mesures réciproques adéquates et comparables contre les Etats-Unis, ses citoyens et ses entités juridiques* » se trouvant en Russie⁸⁵¹.

955. Ces menaces, assimilables aux voies de fait ou aux actes de rébellion punis par la loi, mais qui ne le seront pas en raison de la personnalité publique de leur auteur, peuvent être classées dans la catégorie de ce que BRENNER a appelé « obstacles factuels »⁸⁵² à distinguer des obstacles juridiques.

B.- Les obstacles juridiques

956. Les obstacles juridiques résultent des dispositions de certaines lois, comme l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, interdisant, pour certaines raisons, l'exécution forcée et les mesures conservatoires contre les bénéficiaires d'une immunité d'exécution.

957. Ainsi, alors que, dans un pays de tradition *commonlaw*, l'immunité d'exécution n'est pas absolue⁸⁵³, dans les pays de tradition romano-germanique, le

⁸⁴⁹ <https://www.village-justice.com/forum/memberlist.php?mode=viewprofile&u=39810>

⁸⁵⁰ *Ibidem*.

⁸⁵¹ Cf. site Internet : https://www.lesechos.fr/20/04/2016/LesEchos/22175-042-ECH_des-milliards-et-des-menaces---ioulos--une-histoire-sans-fin.htm#3QCftYWZoODgUVbX.99

⁸⁵² BRENNER, *op. cit.*

⁸⁵³ Exemples : la *Sovereign Immunity Act* de 1978 et la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976. Arrêt *Orascom Telecom Holding SAE v Chad* : le juge fait ressortir les hypothèses où l'immunité d'exécution d'un Etat souverain est susceptible d'être écartée en droit anglais.

dualisme juridictionnel⁸⁵⁴ de l'immunité d'exécution⁸⁵⁵ entretient, à la fois, l'absolutisme et le relativisme de cette immunité.

958. Constituerait également un obstacle juridique, une règle de procédure entravant l'efficacité d'une sentence arbitrale administrative. C'est le cas de la loi française n°2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II⁸⁵⁶, abondamment critiquée par la doctrine⁸⁵⁷, en ce qu'elle a été adoptée, alors que, d'une part, la Russie était sous la menace des saisies dans l'affaire *Ioukos*, et d'autre part, qu'elle a eu pour effet d'allonger le délai d'exécution d'une sentence arbitrale administrative.

959. Ainsi, les « obstacles juridiques » ne consisteraient pas uniquement à permettre aux personnes publiques d'échapper ou d'être à l'abri des mesures de contrainte qui pourraient s'exercer sur leurs biens ; ils consisteraient aussi en inefficacité des règles applicables.

960. En tout état de cause, on ne peut anticiper tous les obstacles à l'exécution d'une décision de justice contre l'Etat. Car, l'utilisation des prérogatives de puissance publique diffère d'un régime politique à un autre d'un Etat.

961. Cependant, ces obstacles à l'exécution forcée des condamnations pécuniaires des personnes publiques de l'OHADA étalent une protection excessive des biens publics, et donc, de l'immunité d'exécution par la CCJA.

⁸⁵⁴ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », Thémis, PUF, 2016, 1^{ère} éd. p. 153, n°205. Sur le sujet, l'auteur a cité Rapport Prada de 2011 (sur lequel v. Ph. YOLKA, « Personnes publiques et arbitrage international : le Diable s'habille en Prada », JCP A, mai 2011, act. 319).

⁸⁵⁵ Dans J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.* : F. KNOEPFLER, « L'immunité d'exécution contre les Etats », Rev. arb. 2003, p. 1017 ; D. Cohen, « Immunité d'exécution des Etats et arbitrage international », in Mélanges P. MAYER, LGDJ, Lextenso, 2015, p. 159 ; Ph. THERY, « Feu l'immunité d'exécution ? », Gaz. Pal. 12 juin 2001, n°163, p. 18.

⁸⁵⁶ Cf. LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique accessible sur site Internet :

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000033558528

⁸⁵⁷ M. DANIS, « Immunité des Etats : un amendement d'opportunité de la Loi Sapin II ? », 04/01/2017 ; H. HERMAN, G. HANNOTIN, « Le nouveau régime applicable aux mesures conservatoires et mesures d'exécution prises contre des Etats étrangers issu de la loi Sapin 2 », Gaz. Pal. 9 mai 2017, n° 293r2, p. 14, 09/05/2017, Lextenso ; ISABELLE COUET, « Saisies des biens d'un Etat : le parcours du combattant des créanciers », le 09/06/16 ; cf. site Internet :

https://www.lesechos.fr/09/06/2016/lesechos.fr/0211014303425_saisies-des-biens-d-un-etat---le-parcours-du-combattant-des-creanciers.htm#dykRIFJLVhBqPmVj.99 ;

V. AUPETIT, « La France clarifie le régime de l'immunité d'exécution à l'égard des biens des Etats étrangers », 10 mars 2017, sur le même site Internet.

Section 2.- L'approche induite par la CCJA

962. La CCJA a une conception absolue de l'immunité d'exécution du droit OHADA. Cette conception se déduit de l'extension de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques⁸⁵⁸ dont le fondement a du mal à convaincre.

963. Le régime de compensation de dettes n'est pas un apanage des entreprises publiques, car tous les créanciers des personnes publiques peuvent en bénéficier pour l'extinction de leurs dettes à l'égard de ces dernières.

964. Ces créanciers bénéficieraient-ils pour autant de l'immunité d'exécution ? Le régime de compensation des dettes publiques ne devrait-il pas être distingué de l'immunité d'exécution des personnes publiques ?

965. Ce critère ne semble donc pas convainquant, et c'est, sans doute, pour cette raison que la CCJA a retenu des critères d'identification d'une entreprise publique. Ainsi, à la condition de relever du régime de compensation pour bénéficier de l'immunité d'exécution, la CCJA a ensuite ajouté des conditions pour être considéré comme une entreprise publique.

966. Cependant, à supposer que certains créanciers n'aient aucun intérêt à la compensation des dettes publiques, les préjudices résultant de l'immunité d'exécution de ces entreprises publiques peuvent-ils conduire à engager la responsabilité de l'Etat partie de l'OHADA dans lequel cette immunité a été invoquée ?

967. Nous verrons, ci-après, que l'extension de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques (Paragraphe 1) pouvait engager la responsabilité de l'Etat dans lequel cette immunité a été invoquée. En outre, le critère de soumission de ces dernières au régime de compensation des dettes (Paragraphe 2) pour bénéficier de l'immunité d'exécution n'est pas convainquant au regard de la nouvelle définition de conditions pour qu'une personne morale soit considérée comme une entreprise publique.

⁸⁵⁸ CCJA, Arr. n° 043/2005, du 07 juillet 2005, Aff. Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM, JURIDATA n° J043-07/2005.

Paragraphe 1.- L'extension de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques

968. Les entreprises publiques⁸⁵⁹ ne sont pas expressément déterminées par l'Acte uniforme de l'OHADA comme bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Les personnes qui en bénéficient ne peuvent être déterminées que par la loi ou celles que la jurisprudence, de par leurs caractéristiques, reconnaît comme telles.

969. Les bénéficiaires ordinaires de l'immunité d'exécution, au sens des règles d'origine coutumière et des textes conventionnels⁸⁶⁰, étant les Etats et leurs démembrements, l'ajout des entreprises publiques par la CCJA est critiquable.

970. Car, si « *L'octroi des immunités aux personnes morales de droit public a pour fondement la souveraineté, l'indépendance et l'égalité des Etats qui interdisent à un Etat de juger ses pairs (selon l'adage par in parem non habet)* »⁸⁶¹, l'extension de l'immunité d'exécution à ces entreprises publiques traduirait l'assimilation de ces dernières avec les personnes publiques et non parce qu'elles seraient assujetties au régime de compensation des dettes.

971. Le but d'une immunité d'exécution est de mettre à l'abri tout Etat, national ou étranger, de toute mesure d'exécution forcée sur ses biens lorsqu'un tribunal, national ou étranger, a reconnu un droit à son encontre au profit d'une partie⁸⁶².

972. Alors, l'exécution forcée des créances sociales (A) et des créances civiles et commerciales (B) devrait-elle se heurter à l'immunité d'exécution étendue aux entreprises

⁸⁵⁹ Il convient de rappeler que, par définition, une entreprise publique est un organisme doté de la personnalité juridique, qu'il s'agisse d'une personne morale de droit public ou de droit privé, gérant une activité de production de biens ou de services, ce qui couvre toutes les activités économiques, vendus contre un prix et soumis organiquement au pouvoir prépondérant d'une autorité publique. V. A. DELION, « Le droit des entreprises et participations publiques », Collect. Finances publiques, LGDJ, 2003, note 82 (in F. M. SAWADO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. arb., num. spéc., févr. 2010, p. 136), citant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984, AJDA 1984, p. 625, concernant la SNCF qui revêtait la forme d'EPIC malgré son appellation de société.

⁸⁶⁰ La Convention de Vienne du 18 avril 1961, entrée en vigueur le 24 avril 1964 (Pingel-Lenuzza I., note sous Paris, 10 août 2000, JDI 2001-1, p. 123 et s., in D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », op. cit.) ; la Convention de Vienne du 24 avril 1963, entrée en vigueur le 19 mars 1967.

⁸⁶¹ Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », Ohadata D-11-42, Rev. cam. de l'arbitrage, numéro spéc., févr. 2010, p. 127.

⁸⁶² D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », op. cit.

publiques alors que ces dernières peuvent n'être que des établissements publics à caractère industriel et commercial ?

A.- L'exécution forcée des créances sociales

973. L'exécution forcée des décisions de justice rendues à l'encontre des personnes morales de droit public et les entreprises publiques en matière sociale se heurte à l'application de l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

974. Ces décisions portent des condamnations pécuniaires desdites personnes morales dont les biens ne peuvent faire l'objet de saisie en vertu de l'immunité d'exécution dont elles bénéficient.

975. Dans l'affaire connue sous le nom de Aziablévi YOVO et autres contre la Société TOGO TELECOM⁸⁶³, il ressort des pièces du dossier de la procédure, qu'en exécution de l'Arrêt n° 27/03 rendu le 10 juillet 2003 par la Chambre Sociale de la Cour d'Appel de Lomé ayant condamné la Société TOGO TELECOM à leur payer la somme de 118.970.213 FCFA, Aziablévi YOVO et autres avaient fait pratiquer « *saisie attribution de créances entre les mains de divers établissements financiers de Lomé, sur les comptes de TOGO TELECOM* ».

976. Contestant cette saisie attribution, au motif qu'elle violait l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, qui accorde l'immunité d'exécution aux entreprises publiques, TOGO TELECOM avait assigné les créanciers poursuivants devant le Président du Tribunal de Première Instance de Lomé, pour en obtenir mainlevée.

977. Par Ordonnance du 13 août 2003, le Juge des référés du Tribunal de Première Instance de Lomé avait fait droit à cette contestation et donné mainlevée de la saisie attribution de créances ainsi pratiquée. Sur appel interjeté de ladite Ordonnance par

⁸⁶³ CCJA, 1ère Ch. arr. n° 43/2005, 07 Juillet 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM.

Aziablévi YOVO et autres, la Cour d'Appel de Lomé avait confirmé l'ordonnance entreprise.

978. Les demandeurs en cassation contestent la mainlevée de la saisie attribution de créances pratiquée sur les comptes de TOGO TELECOM au motif qu'elle violait l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

979. Cet article ayant posé le principe de l'immunité d'exécution des personnes qui en bénéficient, la question est de savoir comment ce principe couvre les biens de la société TOGO TELECOM, une entreprise publique revêtant la forme, non pas d'établissement public à caractère administratif, mais d'établissement public à caractère industriel et commercial.

980. La Haute Juridiction communautaire affirme que, de l'analyse des dispositions sus-énoncées, il ressort, contrairement aux allégations des requérants, qu'en énonçant en son alinéa 1^{er}, que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* », et en son alinéa 2, que « *toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité* », l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, audit alinéa 1^{er}, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, et en atténue les conséquences audit alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes.

981. Ladite compensation, qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, ne peut s'analyser que comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution qui leur bénéficie en vertu de l'alinéa 1^{er} dudit texte.

982. Il suit qu'en jugeant que « *l'article 30 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme susvisé pose le principe d'immunité d'exécution, et que les entreprises publiques, catégorie dans laquelle est classée TOGO TELECOM, figurent dans l'énumération des Sociétés contre lesquelles s'applique la compensation, il n'y a aucun doute à l'égard de cette dernière sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution* ».

983. L'arrêt Aziablévi YOVO et autres de la CCJA venait ainsi, comme l'a affirmé un auteur⁸⁶⁴, de lancer un signal négatif aux milieux des affaires africains et internationaux. Les entreprises publiques sont des établissements publics subdivisés en établissements publics à caractère administratif et en établissements à caractère industriel et commercial.

984. Alors, en admettant les entreprises publiques au régime de l'immunité d'exécution sans distinguer entre ses composantes, la CCJA affiche une application stricte ou absolue de cette immunité d'exécution. Il y a donc, de quoi s'interroger sur la position de la CCJA en matière d'exécution forcée des sentences arbitrales administratives.

985. Dans l'affaire Société AES SONEL⁸⁶⁵, la Cour a adopté la même méthode consistant à énoncer d'abord les dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, à constater ensuite la classification de l'entreprise en cause dans la catégorie protégée (même si aucun texte ne le précise) et à ordonner enfin, l'insaisissabilité des biens en cause.

986. Ainsi, dans le cas d'espèce, la Cour a constaté qu'aux termes de l'article 30, alinéa 1 de l'Acte uniforme sus-indiqué, « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

987. L'alinéa 2 de l'article sus-cité indique que les personnes bénéficiant de cette mesure sont les personnes morales de droit public et les entreprises publiques. La société AES SONEL, figurant dans la catégorie des entreprises publiques, bénéficie, conformément à la jurisprudence de la Cour de céans, de l'immunité d'exécution. En conséquence, il convient d'ordonner la mainlevée des saisies pratiquées sur ses comptes.

988. Dans une autre affaire encore⁸⁶⁶, il ressort de l'examen des pièces du dossier de la procédure qu'en vertu d'un jugement rendu par le Tribunal de travail de Yopougon en date du 06 mars 2012 condamnant le Fonds d'Entretien Routier dit « FER » à lui payer diverses sommes, Monsieur GNANKOU GOTH Philippe a pratiqué une saisie attribution

⁸⁶⁴ O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in M. AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. J.-B. AUBY), Bruylant 2011.

⁸⁶⁵ CCJA, Ass. plén. Arr. N° 105/2014, 04 Nov. 2014, aff. société AES SONEL c. Messieurs Henri NGALLE MONONO, Georges EYOMBO ANGANDZIE et BALENG MAAH Célestin.

⁸⁶⁶ CCJA, 1ère Ch. Arr. N° 44/2016, du 18 Mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER ».

sur les comptes de ce dernier ouverts dans les livres de la Société ECOBANK CI par exploit en date du 24 avril 2012 ; ladite saisie a été dénoncée au FER par exploit du 30 Avril 2012.

989. Suivant exploit d'assignation en date du 4 mai 2012, la Société FER a saisi le Juge de l'urgence du Tribunal d'Abidjan Plateau aux fins d'obtenir d'une part la mainlevée de ladite saisie motif pris de ce qu'en qualité d'entreprise publique, elle bénéficie de l'immunité d'exécution, et d'autre part, la condamnation de Monsieur GNANKOU GOTH Philippe à lui payer la somme de 50.000.000 FCFA à titre de dommages et intérêts.

990. Par Ordonnance en date du 15 mai 2012, le Juge de l'urgence se fondant sur l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, a donné mainlevée partielle de la saisie attribution de créances en date du 24 avril 2012.

991. Sur appels, principal et incident, relevés de cette ordonnance, respectivement par Monsieur GNANKOU GOTH Philippe et le FER, la Cour d'appel d'Abidjan a rendu l'arrêt confirmatif du 27 juillet 2012, objet du présent pourvoi.

992. Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir violé ou commis une erreur dans l'application et l'interprétation de l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme susvisé en ce que la Cour d'appel, pour confirmer l'ordonnance du 15 mai 2012 a, après avoir admis que le FER est une personne morale de droit privé, considéré que celui-ci reste néanmoins une entreprise publique bénéficiant de l'immunité d'exécution en raison de ce que l'Etat constitue son unique actionnaire alors que, selon le moyen, l'entreprise publique ne fait pas partie des personnes concernées par le texte visé. Le FER peut donc subir une exécution forcée en application de l'article 3 de la loi du 04 septembre 1997 sur les sociétés d'Etat selon lequel : « *toute société d'Etat est régie à titre subsidiaire par les dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés commerciales* ».

993. Mais, l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme susvisé dispose : « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». L'alinéa 2 de ce même article pose le principe général de l'immunité d'exécution au profit des personnes morales de droit public et des entreprises publiques.

994. En l'espèce, les Sociétés d'Etat sont créées dans le but de promouvoir certaines activités industrielles et commerciales d'intérêt général permettant de soutenir et d'accélérer le développement économique de la nation, et qu'elles constituent des personnes morales de droit privé commerciales par leur forme.

995. Tel est le cas du FER qui est une société d'Etat créée par décret n°200-593 du 19 septembre 2001 dont les statuts précisent en leurs articles 3 et 6, qu'elle a pour objet d'assurer le financement des prestations relatives aux études et aux travaux d'entretien courant et périodique du réseau routier, à la maîtrise d'œuvre des études des travaux d'entretien routier, et que son capital est entièrement détenu par l'Etat et pourrait être ouvert à des personnes de droit public ivoirien.

996. Aussi, l'ordonnance n°2001-591 du 19 septembre 2001 portant institution du FER dispose-t-elle, en son article 1^{er}, que ses ressources sont constituées par les redevances prélevées sur la vente des produits pétroliers, les droits de péage sur le réseau routier, et des allocations budgétaires éventuelles de l'Etat.

997. Il résulte de ce qui précède que le FER réunit les attributs d'une entreprise publique lui permettant de se prévaloir de l'immunité d'exécution prévue par l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

998. A travers ces décisions, la CCJA a démontré que la reconnaissance du bénéfice de l'immunité d'exécution est l'aboutissement d'un processus permettant d'identifier les attributs d'une personne publique. A l'issue de ce processus, il peut arriver que ces attributs ne soient pas suffisants pour reconnaître l'immunité d'exécution d'une personne morale. C'est ce qu'illustre l'affaire ayant opposé le sieur MBULU MUSESO à la société Grands Hôtels du Congo⁸⁶⁷.

999. Il ressort des pièces de ce dossier de la procédure que le sieur MBULU MUSESO a pratiqué, au préjudice de la société Grands Hôtels du Congo, des saisies-attributions de créances auprès des différents établissements bancaires de la place, pour avoir paiement de la somme de 59.696,7 \$USD. Ces saisies étaient régulièrement dénoncées au débiteur qui éleva contestation, le 12 août 2015. Par ordonnance du 02 septembre 2015, la juridiction présidentielle du tribunal de Travail de Kinshasa/Gombe

⁸⁶⁷ CCJA, 3e Ch. aff. n° 103/2018, du 26 Avril 2018, aff. Monsieur MBULU MUSESO c/ société des Grands Hôtels du Congo S.A.

annula lesdites saisies et en ordonna la mainlevée. Sur appel de sieur MBULU MUSESO, la Cour de Kinshasa/Gombe rendait, en date du 05 novembre 2015, l'arrêt confirmatif sus énoncé, objet du présent pourvoi.

1000. Mais, après avoir énoncé, comme dans les arrêts précédents, que l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, en son alinéa 1^{er}, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences à l'alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, constate, qu'en l'espèce, il est établi que le débiteur poursuivi est une société anonyme dont le capital social est détenu à parts égales par des personnes privées et par l'Etat du Congo et ses démembrements. Elle décide alors, qu'une telle société étant d'économie mixte, demeure une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres.

1001. Cette décision permet d'induire que la qualité de personne morale de droit public ou d'entreprise publique constitue le critère de reconnaissance de l'immunité d'exécution en droit OHADA. C'est la raison pour laquelle une société d'économie qui ne remplit pas ce critère n'en bénéficie pas.

1002. En dépit du bien-fondé de cette décision, il convient de noter que la conception absolue de l'immunité d'exécution comporte des marges d'erreur dans la mesure où une société d'économie mixte peut être amenée à exercer une mission de service public ou d'intérêt pour le compte de l'Etat. Donc, le fait de s'en tenir uniquement à la qualification d'entreprise publique, et sans rechercher la nature de l'activité de la personne morale en cause, peuvent être sources d'insécurité juridique.

1003. Pour la plupart des cas abordés ci-dessus, il s'agit des saisies-attributions, donc des créances détenues par des banques privées pour le compte des entreprises publiques ; des biens non affectés à une activité de souveraineté de l'Etat.

1004. La CCJA ne s'est opposée aux mesures d'exécution forcée diligentées à l'encontre de ces entreprises que parce que le droit OHADA n'a envisagé contre elles que le procédé de compensation.

1005. Donc, il n'a pas été recherché que le contrat régissant les relations sociales entre les parties ait admis ces mesures d'exécution dans le cas où l'exécution volontaire aurait échoué. Pourtant, cette approche de faciliter l'exécution des décisions de justice s'inscrit dans les objectifs de sécurité juridique et judiciaire de l'OHADA.

1006. Mais, le raisonnement de la CCJA semble s'écarter, depuis 2016, du critère d'entreprise publique. En effet, la CCJA retient « *qu'une société d'Etat doit, pour bénéficier de l'immunité d'exécution, avoir pour objet une mission d'intérêt général, un capital entièrement détenu par l'Etat et des ressources exclusivement d'origine publique constituées par des redevances et/ou des allocations budgétaires étatique* »⁸⁶⁸.

1007. En tout état de cause, cette jurisprudence récente de la CCJA n'exclut pas les entreprises publiques de l'OHADA des bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Ainsi, les créances salariales ne peuvent faire l'objet d'exécution forcée lorsque l'entreprise publique réunit les conditions ci-dessus retenues par la CCJA.

1008. Donc, du critère de bénéficiaire du régime de compensation des dettes, comme dans les affaires, notamment, Aziablévi YOVO et autres, la CCJA en est à ces conditions qui ne semblent pas exclure les établissements publics à caractère industriel et commercial davantage investis dans les activités civiles et commerciales.

B.- L'exécution forcée des créances civiles et commerciales

1009. L'exécution forcée des créances civiles et commerciales s'est heurtée également à l'immunité d'exécution des entreprises publiques. Dans un arrêt du 13 mars 2014⁸⁶⁹, il ressort des pièces de la procédure que suite à leur expropriation, KOUTOUATI A. AKAKPO Danwodina et autres ont assigné en réparation le port autonome de Lomé devant le Tribunal de première instance de Lomé qui a rendu, le 16 novembre 2007, le Jugement le condamnant à leur payer la somme de 105 472 500 FCFA en sus des intérêts capitalisés année par année au taux de 10% à compter du 14 septembre 1972 soit 1 547 421 840 FCFA au 03 novembre 2003, le tout assorti de

⁸⁶⁸ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA ; CCJA, 1ère Ch. arr. n° 44/2016, 18 mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER ».

⁸⁶⁹ CCJA, 3e Ch. ARRÊT N° 24/2014 DU 13 Mars 2014, affaire KOUTOUATI A AKAKPO Danwodina, SEDONOU Aholouvi, KOUDHO Afantodji, KOUTOUATI Logossou, KOUTOUATI Awougbe, KOUTOUATI Apédo AKAKPO Afangbo, KOUTOUATI Togui, KOUTOUATI Koffi, KOUTOUTI Minawo, KOUTOUATI Agbodjichi, KOUTOUATI Manowogbo, KOUTOUATI Souahoun, KOUTOUATI Mikossoudé KOUTOUTI Sochimé, KOUTOUATI Midohoungbé, KOUTOUATI Afanyedo, KOUDHO Kèzounhoè et KOUDHO Mondji contre société TOGO-PORT dit Port Autonome de Lomé.

l'exécution provisoire à concurrence de 50% nonobstant toutes voies de recours et sans caution et d'une astreinte de 100 000 FCFA par jour de résistance.

1010. Le Port Autonome de Lomé a interjeté appel de la décision et a parallèlement saisi le Vice-président de la Cour d'appel d'une requête aux fins de sursis à l'exécution du Jugement n°2431/07 et à laquelle il a été fait droit par Ordonnance n°403/07 du 04 décembre 2007 confirmée en toutes ses dispositions le 07 février 2008 par l'Ordonnance n°037/08 du Président de la Cour d'appel dont pourvoi.

1011. Les demandeurs au pourvoi reprochent au juge des référés d'appel d'avoir, pour ordonner le sursis à l'exécution du jugement, violé par mauvaise application, l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en se fondant sur l'article 1^{er} du Décret n° 91-027 du 02 octobre 1991 selon lequel le Port Autonome de Lomé est une société d'Etat alors que ledit décret maintient en vigueur en son article 13, la Loi n°90-26 du 04 décembre 1990 et son Décret d'application n°91-197 du 16 août 1991 qui soumettent aux règles de droit privé les entreprises publiques.

1012. Mais, si ces derniers textes soumettent les entreprises publiques aux règles de droit privé, lesdites entreprises publiques, dont le Port Autonome de Lomé, bénéficient, aux termes de l'article 30, alinéa 1 de l'Acte uniforme sus indiqué, de l'immunité d'exécution et, en ordonnant le sursis à l'exécution du Jugement n° 2431/07 du 16 novembre 2007, le juge des référés d'appel de Lomé n'a en rien violé l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme susmentionné.

1013. La reconnaissance de l'immunité d'exécution à une entreprise publique revient à nouveau sur le fondement de la qualité de la personne qu'on pourrait qualifier de fondement subjectif. Les créances sur ladite entreprise publique étant nées d'une expropriation, le critère fondé sur le statut d'entreprise publique de ce Port semble être pertinent, en l'absence de l'existence d'un lien contractuel avec les poursuivants.

1014. Dans le même ordre d'idées, il ressort de l'examen des pièces de la procédure d'une autre affaire⁸⁷⁰, que le 03 mai 2007, la Société SAS ALCATEL SPACE faisait pratiquer saisie-attribution sur les avoirs de SOTEL entre les mains de ESSO TCHAD.

⁸⁷⁰ CCJA, 2e Ch. ARRÊT N° 09/2014, 27 Février 2014, aff. Société des Télécommunications du Tchad dite SOTEL-TCHAD c/ Société SAS ALCATEL SPACE.

1015. Le 06 juin 2007, SOTEL assignait ALCATEL aux fins de mainlevée de ladite saisie. Cette assignation a été rejetée par Ordonnance n°121 du 11 octobre 2007 et l'appel de SOTEL sera déclaré mal fondé et l'ordonnance confirmée suivant Arrêt n° 166 du 08 janvier 2008 dont pourvoi.

1016. Il est fait grief à l'arrêt déferé d'avoir violé l'article 30 susvisé en ce que la SOTEL étant une Société d'Etat, un service public, en conséquence un démembrement de l'Etat, bénéficie d'une immunité d'exécution ; donc la demande de mainlevée ne pouvait être rejetée. L'article 1^{er} des Statuts de la SOTEL stipule clairement qu'elle « *prend la forme de Société d'Etat* ».

1017. Même si la législation nationale lui accordant l'immunité n'est pas versée au dossier, il résulte de l'article 30 visé en son alinéa 2 que les entreprises publiques, qu'elles qu'en soient la forme et la mission, échappent à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires. Alors, l'arrêt querellé, en ordonnant le maintien de la saisie sur SOTEL, a violé la disposition visée au moyen et encourt la cassation.

1018. Au regard de cette décision de la CCJA, on observe que la qualité de personne publique est un critère déterminant qui confirme les critiques de la doctrine des juristes de l'espace OHADA. La nature de l'activité à laquelle est affecté le bien à saisir ne ressort pas de la relation des faits. Mais, la créance saisie est la propriété d'une entreprise publique.

1019. Il n'en faut pas plus pour lui reconnaître le bénéfice de l'immunité d'exécution en vertu des dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, et de la méthode de raisonnement de la CCJA.

1020. A l'exception de la matière sociale, les matières civile et commerciale résultent, pour la plupart, des contrats dont les clauses peuvent envisager une renonciation des personnes publiques et des entreprises publiques à leur immunité d'exécution. L'extension de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques constitue une ouverture sur la nature de l'activité à laquelle le bien à saisir est affecté.

1021. Ainsi, en considérant la reconnaissance de l'immunité d'exécution aux personnes publiques en raison de leurs activités de souverain, ladite immunité ne serait pas admise à ces personnes en présence d'activités industrielles et commerciales.

1022. Or, de par sa définition, l'entreprise publique est un organisme doté de la personnalité juridique, qu'il s'agisse d'une personne morale de droit public ou de droit privé, gérant une activité de production de biens ou de services, ce qui couvre toutes les activités économiques, vendus contre un prix et soumis organiquement au pouvoir prépondérant d'une autorité publique ⁸⁷¹. On ne saurait donc la considérer systématiquement comme une personne morale de droit public exerçant une activité de souveraineté.

1023. En tout état de cause, les bénéficiaires de l'immunité d'exécution de l'OHADA n'ont pas été expressément déterminés par l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ils ne sont pas non plus inconnus, au regard des règles coutumières du droit international et des textes conventionnels en la matière.

1024. L'extension de cette immunité aux entreprises publiques nécessite la définition des critères de celles devant en bénéficier. La CCJA retient alors qu'une telle entreprise « *doit, pour bénéficier de l'immunité d'exécution, avoir pour objet une mission d'intérêt général, un capital entièrement détenu par l'Etat et des ressources exclusivement d'origine publique constituées par des redevances et/ou des allocations budgétaires étatique* ».

1025. Cette définition d'entreprises publiques devant bénéficier de l'immunité d'exécution ne réaffirme que la conception absolue de cette immunité. Aussi, la question se pose-t-elle de savoir si les créanciers des personnes publiques, comme dans l'affaire Aziablévi YOVO et autres⁸⁷², peuvent agir en responsabilité contre l'Etat OHADA du lieu où l'immunité d'exécution a été opposée au recouvrement forcé d'une condamnation précuniaire.

1026. En principe, l'Etat est un sujet de droit international, de sorte que l'immunité d'exécution dont il bénéficie devrait être fondée, même en droit interne, sur le droit international coutumier issu de la Convention des Nations-Unies du 2 décembre 2004

⁸⁷¹ A. DELION, « Le droit des entreprises et participations publiques », Collect. Finances publiques, LGDJ, 2003, note 82 (in F. M. SAWADO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. arb., num. spéc., févr. 2010, p. 136), citant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984, AJDA 1984, p. 625, concernant la SNCF qui revêtait la forme d'EPIC malgré son appellation de société.

⁸⁷² CCJA, Arr. n° 043/2005, du 07 juillet 2005, Aff. Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM, JURIDATA n° J043-07/2005.

relative à l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens. Ainsi, lorsque l'immunité d'exécution d'un démembrement de l'Etat cause préjudice à ces créanciers, ces derniers, comme les créanciers salariés, devraient être admis en dédommagement au sens de l'article 585 de la Loi du Bénin, du 23 avril 2020, portant modernisation de la justice⁸⁷³.

1027. En droit comparé, un arrêt encore récent rendu par le Conseil d'Etat a rappelé la positivité du régime de responsabilité de l'Etat du fait de la coutume internationale, précisément à l'égard de l'impossibilité d'exécuter une décision de justice (française) à l'encontre d'un Etat étranger bénéficiant de l'immunité d'exécution⁸⁷⁴.

1028. Ce régime est toutefois enfermé dans de justes et strictes limites tirées du fait qu'il sanctionne l'Etat français qui s'est borné à respecter ses obligations tirées du droit international. La rupture de l'égalité devant les charges publiques n'est réparée par l'Etat que lorsqu'elle cause un préjudice grave et spécial⁸⁷⁵.

1029. En droit OHADA, l'extension de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques, abondamment critiquée d'ailleurs par la doctrine et incompréhensible dans la pratique, s'est d'abord fondée sur le régime de compensation dont bénéficient ces entreprises, avant de rechercher, tout récemment, une légitimité dans les critères retenus par la CCJA⁸⁷⁶. Or, le régime de la compensation des dettes publiques est accessible à toutes personnes morales de droit privé.

Paragraphe 2.- Le régime de compensation des dettes

1030. L'extension de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques est une confusion avec la compensation. Car, si l'interprétation de l'article 30 de l'Acte uniforme

⁸⁷³ CE 14 oct. 2011, A, req. no 329788, Dalloz actualité, 21 oct. 2011, obs. Brondel ; l'article 585 de la Loi n° 2020-08, du 23 avril 2020, portant modernisation de la justice dispose que le juge de l'exécution « connaît également des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageable des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires ».

⁸⁷⁴ V. CE, sect., 14 oct. 2011, n° 329788 : AJDA 2011, p. 2482, note C. Broyelle ; RFD adm. 2012, p. 45, concl. C. Roger-Lacan.

⁸⁷⁵ Malik Laazouzi, « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'État étranger en France », Revue des contrats - n°4 - page 1485, LABASE-LEXTENSO.FR - 04/11/2021 16:56 | UNIVERSITE DU SUD TOULON VAR.

⁸⁷⁶ CCJA, 3e Ch. Arr. n° 103/2018, du 26 Avril 2018, affaire Monsieur MBULU MUSESO c/ société des Grands Hôtels du Congo S.A.

devrait conduire à attribuer l'immunité d'exécution aux entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte n'en auraient pas été exclues.

1031. L'article 30 de l'Acte uniforme ne précise pas expressément les bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Le premier alinéa de cet article dispose que « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Mais, quelles sont ces personnes ?

1032. La CCJA a répondu « *que les bénéficiaires de l'immunité d'exécution sont les personnes morales de droit public et les entreprises publiques [...]* »⁸⁷⁷. Quel est le fondement de cette immunité des entreprises publiques ? Pourquoi les sociétés d'économie mixte n'en sont-elles pas bénéficiaires comme les entreprises publiques alors qu'elles sont aussi détentrices des deniers publics ? L'assimilation du régime de compensation à celui d'immunité d'exécution est-elle conforme aux dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme ? Ces questions nous amènent à aborder, d'une part, le régime de compensation des dettes et les entreprises publiques (A), et d'autre part, le régime de compensation des dettes et les sociétés d'économie mixte (B).

A.- Le régime de compensation et les entreprises publiques

1033. Comme évoqué ci-avant, la CCJA, dans sa fonction de raisonnement, de démonstration et de justification⁸⁷⁸ de l'Acte uniforme, décide que les bénéficiaires de l'immunité d'exécution sont les personnes publiques et les entreprises publiques⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA ; CCJA, 1ère Ch. arr. n° 44/2016, 18 mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER » ; CCJA, arr. n° 076/2021, du 29 avril 2021, aff. Les membres du collectif ex personnel de la société ENERCA SA représentés par monsieur Fernand ZIMBA c/ Société Energie Centrafricaine (ENERCA SA).

⁸⁷⁸ Cf. P. DEUMIER, dir., *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, cité par B. BARRAUD, « La méthodologie juridique », in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 167 s.

⁸⁷⁹ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA ; CCJA, 1ère Ch. arr. n° 44/2016, 18 mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER » ; CCJA, arr. n° 076/2021, du 29 avril 2021, aff. Les membres du collectif ex personnel de la société ENERCA SA représentés par monsieur Fernand ZIMBA c/ Société Energie Centrafricaine (ENERCA SA) ; CCJA, Ass. plén. Arr. n°

1034. Si cette décision ne pose pas de problème en soi, c'est le lien qu'elle établit entre le régime de compensation des dettes et l'immunité d'exécution qui en est un. En effet, la compensation des dettes est un procédé d'exécution distinct des mesures d'exécution forcée dont la mise en œuvre à l'encontre des personnes publiques peut se heurter à l'immunité d'exécution de ces dernières. Dans l'ordre procédural, l'exécution forcée n'est que le résultat de l'échec de l'exécution volontaire, au sens de l'article 28 de l'Acte uniforme. Donc, le procédé de compensation des dettes ne saurait constituer une atténuation des conséquences de l'immunité d'exécution, étant donné que ce procédé, en droit OHADA, est pathologique, comme nous l'avons démontré dans le titre précédent.

1035. Mais, si ses premières méthode de contrôle des voies d'exécution forcée ont consisté à démontrer l'entreprise publique assujettie à un régime de compensation des dettes bénéficie de l'immunité d'exécution⁸⁸⁰, la CCJA semble désormais se focaliser sur les conditions d'une société d'Etat pour être considérée comme une entreprise publique⁸⁸¹.

1036. Ainsi, depuis 2016, la CCJA retient que, pour qu'une société d'Etat soit considérée comme une entreprise publique, elle doit avoir :

- pour objet, une mission d'intérêt général ;
- un capital entièrement détenu par l'Etat ; et
- des ressources exclusivement d'origine publique.

1037. Dans l'affaire SOTEL⁸⁸², il est fait grief à l'arrêt déferé d'avoir violé l'article 30 susvisé en ce que la SOTEL étant une Société d'Etat, un Service public, en conséquence un démembrement de l'Etat bénéficie d'une immunité d'exécution.

1038. L'article 1^{er} des Statuts de la SOTEL stipule clairement qu'elle « *prend la forme de Société d'Etat* ». Même si la législation nationale lui accordant l'immunité n'est pas versée au dossier, il résulte de l'article 30 visé en son alinéa 2 que les entreprises

105/2014, du 04 nov. 2014, aff. société AES SONEL c/ Messieurs Henri NGALLE MONONO, Georges EYOMBO ANGANDZIE et BALENG MAAH Célestin.

⁸⁸⁰ CCJA, 1^{ère} Ch. arr. n° 43/2005, du 07 Juillet 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM ; ⁸⁸⁰ CCJA, 3^e Ch. arr. n° 24/2014, du 3 Mars 2014, aff. KOUTOUATI A AKAKPO Danwodina et autres c/ Société TOGO-PORT dit Port Autonome de Lomé.

⁸⁸¹ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA.

⁸⁸² CCJA, 2^e Ch. arr. n° 09/2014, du 27 Février 2014, aff. Société des Télécommunications du Tchad dite SOTEL-TCHAD c/ Société SAS ALCATEL SPACE.

publiques, qu'elles qu'en soient leur forme et leur mission, échappent à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires, conformément à la position de la CCJA en la matière.

1039. La qualité d'entreprise publique a également fondé la reconnaissance de l'immunité d'exécution dans l'affaire société AES SONEL⁸⁸³. Aux termes de l'article 30, alinéa 1 de l'Acte uniforme sus indiqué « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

1040. L'alinéa 2 de l'article sus-cité, indique que les personnes bénéficiant de cette mesure sont les personnes morales de droit public et les entreprises publiques. La société AES SONEL, figurant dans la catégorie des entreprises publiques bénéficie, conformément à la jurisprudence de la Cour de céans, de l'immunité d'exécution.

1041. Il en est également ainsi dans l'affaire GNANKOU⁸⁸⁴ faisant grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir violé ou commis une erreur dans l'application et l'interprétation de l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, en ce que la Cour d'appel a, après avoir admis que le FER est une personne morale de droit privé, considéré que celui-ci reste néanmoins une entreprise publique bénéficiant de l'immunité d'exécution en raison de ce que l'Etat constitue son unique actionnaire.

1042. Selon la doctrine dominante⁸⁸⁵, les rédacteurs de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution semblent avoir commis une confusion manifeste entre « entreprises publiques » et « établissements publics » dans son article 30 alinéa 2.

1043. Ainsi, pour la doctrine, l'interprétation de cet article conduirait à étendre le bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques. Cependant, dans le cadre de la présente étude, les établissements publics sont des personnes publiques.

1044. En tout état de cause, l'alinéa 2 de l'article 30 de l'Acte uniforme n'a pas pour but d'attribuer aux entreprises publiques le bénéfice de l'immunité d'exécution, mais de reconnaître leur au bénéfice du régime de compensation des dettes. Les deux régimes

⁸⁸³ CCJA, Ass. plén. Arr. n° 105/2014, du 04 Nov. 2014, aff. Société AES SONEL c/ Messieurs Henri NGALLE MONONO, Georges EYOMBO ANGANDZIE et BALENG MAAH Célestin.

⁸⁸⁴ CCJA, 1ère Ch. ARRÊT N° 44/2016 DU 18 Mars 2016, affaire Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c. FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER ».

⁸⁸⁵ Cf. F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. arb., num. spéc., févr. 2010, p. 136, Ohadata D-11-43, p. 12.

juridiques étant distincts. Les personnes morales auxquelles l'Acte uniforme reconnaît ce régime peuvent l'invoquer à leur profit, ce qui n'est pas le cas pour les autres. C'est pourquoi, les sociétés d'économie mixte, bien que réunissant les conditions pour en bénéficier, ne saurait bénéficier de l'immunité d'exécution.

B.- Le régime de compensation et les sociétés d'économie mixte

1045. Le régime de compensation des dettes ne saurait constituer la condition pour bénéficier de l'immunité d'exécution, car, non seulement, dans la pratique, il peut être invoqué qu'au profit de l'Etat, mais également, les sociétés d'économie mixte peuvent aussi réclamer de bénéficier de ce régime.

1046. Alors, une confusion semble plutôt s'entretenir entre les bénéficiaires de l'immunité d'exécution et les bénéficiaires du régime de compensation des dettes. De l'analyse de la jurisprudence de la CCJA, on note que l'atténuation des conséquences de l'immunité d'exécution de ses bénéficiaires par la compensation des dettes des personnes publiques et des entreprises publiques traduirait que ces dernières, en l'occurrence les entreprises publiques, bénéficieraient de l'immunité d'exécution. Une déduction qui ne semble pas conforme avec la lettre de l'article 30 de l'Acte uniforme.

1047. L'omission de détermination des bénéficiaires de l'immunité d'exécution dans le premier alinéa de cet article, ne saurait s'entendre comme une reconnaissance de cette immunité aux personnes et entreprises publiques bénéficiaires du régime de la compensation.

1048. Il conviendrait de distinguer le régime de l'immunité d'exécution dont il n'était plus nécessaire d'énumérer les bénéficiaires⁸⁸⁶, de celui de la compensation. Mais, ce serait une erreur de croire que les bénéficiaires du régime de compensation seraient *ipso facto* bénéficiaires de celui de l'immunité d'exécution.

⁸⁸⁶ Il faut distinguer les immunités d'exécution d'origine coutumière de celles découlant des textes conventionnels. D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », cf. site Internet : <https://www.ohada.com/uploads/actualite/1961/immunit%C3%A9-d-ex%C3%A9cution-eberande-kolongele.pdf>

1049. Le bénéfice de la compensation des dettes n'est autorisé que par la loi (l'Acte uniforme, notamment) et ne saurait être confondu avec l'immunité d'exécution, une règle d'ordre public, dont la détermination des bénéficiaires relèverait aussi de la compétence de la CCJA⁸⁸⁷.

1050. Néanmoins, le régime de compensation dont bénéficient les entreprises publiques ne confère pas à ces dernières l'immunité d'exécution. En l'absence de cette clarification, les sociétés d'économie mixte détenant aussi des fonds publics pourraient se comparer aux entreprises publiques, en ce qu'elles détiennent également des fonds publics et assument une mission d'intérêt général.

Paragraphe 3.- Les fonctions interprétatives du juge de l'exécution

1051. L'immunité d'exécution prévue à l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution devrait être interprétée de manière à stimuler l'investissement dans l'espace OHADA afin d'en faciliter le développement⁸⁸⁸.

1052. L'application de l'immunité d'exécution par la CCJA paraît stricte à ce jour parce que les contrats dont les contentieux ont donné lieu à des condamnations pécuniaires à l'encontre des personnes publiques ou des entreprises publiques de l'OHADA ne contiennent ni de contrat à la base, comme les arrêts de la CCJA en matière d'exécution forcée des créances sociales, civiles et commerciales abordés ci-avant, ni de contrat contenant de clause de renonciation du cocontractant public à son immunité d'exécution.

1053. Donc, les critiques de la doctrine⁸⁸⁹ par rapport à la conception absolue de l'immunité d'exécution par la CCJA pourraient mieux se comprendre en face de situation comprenant, outre, les personnes publiques et les entreprises publiques concernées, la preuve que ces personnes ont renoncé à leur immunité.

⁸⁸⁷ CCJA, 3e Ch. arr. n° 103/2018, 26 Avril 2018, aff. Monsieur MBULU MUSESO c/ société des Grands Hôtels du Congo S.A.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, *op. cit.* V. K. MBAYE, interview dans le Journal « L'autre Afrique », n°11 du 19 décembre 2001 au 8 janvier 2002, p. 10.

⁸⁸⁹ F. M. SAWADOGO, *in* « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Ohadata D-11-43, p. 15.

1054. Dans l'affaire Aziablévi YOVO et autres contre la Société TOGO TELECOM⁸⁹⁰, la reconnaissance de l'immunité d'exécution sur le fondement de la personne du bénéficiaire a amené la doctrine à affirmer qu'elle a un caractère absolu.

1055. L'application *in personam* ne prête à aucune interprétation, dès lors que la personne en cause est une personne morale de droit public ou une entreprise publique, au sens de l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

1056. Néanmoins, cette restriction de l'immunité d'exécution ne s'impose pas au juge dont la fonction consiste justement à appliquer les règles du droit en fonction des faits. Aux termes de l'article 14, alinéa 1 du Traité de l'OHADA, « *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions* »⁸⁹¹.

1057. Cette disposition ouvre la voie à l'exercice de la fonction interprétative du juge lorsque l'application de la règle en l'état peut paraître injuste. Interpréter, comme l'affirme un auteur⁸⁹², signifie décrypter le message de la règle, en dissiper l'ambiguïté, de manière à déterminer le sens de l'énoncé.

1058. A l'égard de la règle relative à l'immunité d'exécution, un auteur affirme que « *la défense systématique, sans restriction ni réserve, de cette immunité d'exécution par le juge étatique OHADA est susceptible d'entraîner un déni de justice au détriment du bénéficiaire du titre exécutoire et, par le fait même, de décourager les opérateurs économiques à « faire affaire » avec les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA, alors que celles-ci demeurent des acteurs économiques importants, malgré la philosophie de l'économie de marché qui prône le désengagement de l'Etat et de ses démembrements des secteurs de production* »⁸⁹³.

1059. L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public devrait donc, à ses dires, être maniée par le juge dans un sens compatible avec ce droit OHADA conçu

⁸⁹⁰ CCJA, 1ère Ch. ARRÊT N° 43/2005 DU 07 Juillet 2005, affaire Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c. Société TOGO TELECOM.

⁸⁹¹ Art. 13, Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

⁸⁹² C. BOUIX, « L'interprétation de la loi par le juge », Coll. Annuel Institut Catholique, oct. 2016.

⁸⁹³ G. KENFACK DOUAJINI, *op. cit.* L'auteur a cité à l'appui de l'importance économique des personnes publiques, Dominique CARREAU, in « Droit international », Pedone 1997, 5^e éd., n°1, p. 367, n°935.

pour stimuler l'investissement dans l'espace OHADA afin d'en faciliter le développement⁸⁹⁴.

1060. Cette analyse se justifie dans la mesure où l'exécution d'une décision de justice ne peut être circonscrite à un espace juridique déterminé. En considération des règles du lieu de l'exécution, l'application stricte de la règle de l'immunité d'exécution en droit OHADA ne s'impose pas dans un ordre juridique tiers.

1061. Il n'est donc d'aucun attrait juridique d'exclure les Etats parties de l'OHADA des voies d'exécution sans qu'aucun regard soit porté sur leur admission à compromettre en arbitrage, un arbitrage spécifique dont les contrats soumis aux règles impératives du droit public en sont le fondement.

1062. En considération de ce qui précède, la nature des activités auxquelles sont affectés les biens publics est aussi déterminante que la qualité des personnes que le régime juridique de l'immunité d'exécution tend à protéger.

1063. En fin de compte, les partisans de la saisissabilité et de l'insaisissabilité des biens publics peuvent néanmoins être d'accord sur le fait que les solutions retenues par les juridictions de l'exécution forcée des condamnations pécuniaires des personnes publiques sont presque toutes fondées sur l'existence de contrats contenant renonciation, implicite ou expresse, à l'immunité d'exécution.

Conclusion du Chapitre 1.-

1064. En somme, l'exécution forcée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA peut se heurter à la conception absolue de l'immunité d'exécution des personnes qui en bénéficient. Mais, cette immunité ne constitue pas une fin en soi ; la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques dans le cas où l'application de cette règle entraîne un préjudice grave et spécial⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, op. cit. V. K. MBAYE, interview dans le Journal « L'autre Afrique », n°11 du 19 décembre 2001 au 8 janvier 2002, p. 10.

⁸⁹⁵ CE 14 oct. 2011, A, req. no 329788, Dalloz actualité, 21 oct. 2011, obs. Brondel ; l'article 585 de la Loi n° 2020-08, du 23 avril 2020, portant modernisation de la justice dispose que le juge de l'exécution « connaît

1065. Donc, après avoir longtemps fondé l'immunité d'exécution des sociétés d'Etat et de celles dans lesquelles l'Etat détient une partie du capital, sur la qualité d'entreprise publique, la CCJA a tout récemment réajusté sa méthode en ne reconnaissant désormais cette qualité qu'aux entreprises publiques qui ont pour objet une mission d'intérêt général, un capital entièrement détenu par l'Etat et des ressources exclusivement d'origine publique⁸⁹⁶. En outre, ces conditions ne sont pas cumulatives.

1066. L'avantage de cette nouvelle orientation de la jurisprudence de la CCJA en matière d'exécution forcée est que l'entreprise publique bénéficiaire d'une immunité d'exécution ne sera plus appréciée en fonction de sa soumission au régime de compensation des dettes.

1067. Ce procédé d'exécution volontaire ou spontanée des décisions de justice à l'encontre des personnes publiques demeurant autonome et séparé de l'exécution forcée dont les règles sont également distinctes.

1068. En tout état de cause, le régime juridique de l'exécution forcée des décisions de justice rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA, dont les sentences arbitrales administratives, est antinomyque avec les objectifs de l'OHADA lesquels consistent, non seulement, à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* », mais aussi, « *à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* »⁸⁹⁷.

1069. L'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et la jurisprudence de la CCJA semblent trop protecteurs des Etats parties de l'OHADA dans leurs relations juridiques avec les investisseurs et opérateurs économiques.

également des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageable des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires ».

⁸⁹⁶ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA ; CCJA, 1ère Ch. arr. n° 44/2016, 18 mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER » ; CCJA, arr. n° 076/2021, du 29 avril 2021, aff. Les membres du collectif ex personnel de la société ENERCA SA représentés par monsieur Fernand ZIMBA c/ Société Energie Centrafricaine (ENERCA SA).

⁸⁹⁷ Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

1070. Si cette protection peut se comprendre dans le but de limiter ou de maîtriser les perturbations judiciaires de l'exercice des missions d'intérêt général, elle ne saurait plus se justifier lorsque l'exécution forcée résulte d'un consentement de l'Etat dans le cadre des contrats soumis aux règles impératives du droit public⁸⁹⁸.

1071. Ces dernières⁸⁹⁹, en effet, contiennent des offres permanentes à l'arbitrage dont la mise en œuvre permet de limiter le régime juridique protecteur des Etats parties de l'OHADA.

1072. En définitive, l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution, à l'exception, cependant, des actes qui ne se rattachent pas à l'exercice d'une mission de souveraineté, comme nous le verrons ci-après.

⁸⁹⁸ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », op. cit., p. 160, n°215. T. confl., 17 mai 2010, D. 2010, p. 2633, note S. LEMAIRE ; AJDA 2010, p. 1564, note P. CASSIA. V. aussi M. LAAZOUZI, « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois. A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad », Rev. crit. DIP 2010, p. 653 ; M. Audit, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM) », Rev. arb. 2010, p. 253.

⁸⁹⁹ En droit béninois, les règles impératives du droit public sont régies par, notamment, la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics et la Loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé, la loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin.

Chapitre 2.- Les limites de la conception absolue de l'immunité d'exécution

1073. L'objet de ce chapitre est de démontrer que la conception absolue de l'immunité d'exécution de l'OHADA a des limites à l'égard, notamment, des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA. Ces sentences peuvent faire l'objet d'exécution forcée sans se heurter à leur immunité d'exécution, en ce que le fondement contractuel de l'arbitrage administratif donne aux parties contractantes la possibilité de renoncer à leur immunité d'exécution.

1074. Donc, l'enjeu de cette démonstration est de déterminer ces limites afin de connaître l'étendue de la renonciation des personnes publiques à leur immunité d'exécution. Mais, le problème qui se pose est que le droit OHADA n'a pas clairement pris position sur la question de renonciation des personnes publiques à leur immunité d'exécution. Faudrait-il considérer l'arrêt de la CCJA⁹⁰⁰ du 11 novembre 2014 comme un arrêt de principe ? En retenant que « *L'acceptation, par une personne publique, de la compétence des tribunaux nationaux, n'implique pas le consentement à l'exécution forcée, qui nécessite un consentement exprès distinct* » (nous avons souligné) », la CCJA reconnaît-elle ainsi que les personnes publiques de l'OHADA peuvent renoncer à leur immunité d'exécution ? Cette renonciation peut-elle s'étendre à tous les biens publics ? Quelles sont les conditions de validité de cette renonciation ?

1075. Certes, le droit de renoncer à son immunité d'exécution ne saurait s'étendre aux biens ayant une « *finalité publique* »⁹⁰¹ que si la renonciation remplit certaines conditions dans le but de veiller à la bonne gestion et à la sauvegarde des biens et deniers

⁹⁰⁰ Cf. CCJA, Ass. Plén., no 136/2014 du 11 Novembre 2014, aff. Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) c/ Collectif des ex-employés de l'ASECNA.

⁹⁰¹ E. HENRAY, « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts NML Capital c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 », *MBDE/Contentieux international public*, Soumis le 31/05/2015, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-renonciation-d%E2%80%99un-etat-%C3%A0-son-immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution%C2%A0et-sa-conciliation-avec-le-droit-%C3%A0-un-p>

publics⁹⁰². Cependant, on peut renoncer à son immunité d'exécution par affectation des biens (Section 1) ou par contrat (Section 2).

Section 1.- La renonciation par affectation des biens

1076. L'affectation d'un bien public à une activité économique ou commerciale de l'Etat constitue une limite à l'immunité d'exécution de l'Etat. Ce qui signifie que les biens affectés à une activité de souveraineté de l'Etat, sous certaines réserves, sont insaisissables.

1077. Mais, le droit OHADA semble avoir adopté une approche différenciée en adoptant une application *in personam* de l'immunité d'exécution. Une telle approche mettra nécessairement en échec l'exécution forcée des sentences arbitrales contre les personnes publiques en dépit de leur fondement contractuel.

1078. Or, la CCJA ne peut défendre les personnes publiques contre leur volonté. Le juge ne peut qu'en prendre acte. Selon une jurisprudence bien établie, d'ores et déjà considérée comme reflétant un droit positif coutumier désormais codifié⁹⁰³, le juge donne ainsi effet à la volonté de l'Etat de renoncer à son immunité d'exécution en le laissant évidemment libre d'affecter comme il l'entend certains biens à certaines activités.

1079. Donc, comme le note le Professeur DONNIER, « *la non-affectation d'un bien à l'opération litigieuse, qui relève de la seule volonté de l'Etat [...], peut constituer un obstacle à sa saisie* »⁹⁰⁴.

⁹⁰² P. DELVOLLE, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », (Note sous T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale*, AJDA 2010. 1047 ; *ibid.* 1564, étude P. CASSIA ; D. 2010. 1359, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE), Dalloz 2018 : Cons. const., n° 2003-473-DC, 26 juin 2003, Rec. Cons. const. P. 382, consid. 18 ; AJDA 2003. 1404, note E. FATÔME ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. FATÔME et L. RICHER ; Cons. const., n° 2008-567-DC 24 juill. 2008, Rec. Cons. const. p. 341, consid. 9 ; AJDA 2008. 1516 ; *ibid.* 1664, note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. MONTECLER ; Mélanges Jégouzo 2009. 227, étude G. MARCOU ; RFDA 2008. 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD.

⁹⁰³ Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (2004), ratifiée par la France mais non encore entrée en vigueur, article 19 b) : « Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté si *et dans la mesure où* [...] l'Etat réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure ».

⁹⁰⁴ Voy. D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 5. L'auteur fait observer toutefois que le juge tend à assouplir considérablement ce

1080. Ainsi, l'affectation des biens à une activité *jure imperii* (Paragraphe 1), ou à une activité *jure gestionis* (Paragraphe 2), d'autre part, a pour effet de rendre possibles les mesures de contrainte à l'égard desdits biens.

Paragraphe 1.- L'affectation des biens à une activité *jure imperii*

1081. En considération des activités de souveraineté de l'Etat, les biens publics sont insaisissables. La saisie « *peut se révéler impossible, si la partie perdante est une personne morale de droit public* »⁹⁰⁵ au regard de l'immunité d'exécution dont elle jouit.

1082. On note une certaine fermeté des juridictions étatiques dans l'appréciation de l'immunité d'exécution lorsque les biens à saisir ont une « *finalité publique* »⁹⁰⁶. Par exemple, dans l'affaire Noga ayant donné lieu à l'arrêt du 10 août 2000, aux termes duquel, sur le fondement de deux sentences arbitrales condamnant la Fédération de Russie à lui verser diverses sommes d'argent, la société Suisse Noga en obtint l'exequatur en France et fit pratiquer des saisies sur les comptes bancaires et autres avoirs de l'Ambassade de la Fédération de Russie en France.

1083. Mais, la Cour d'appel de Paris estima, d'une part, « *qu'il appartient à un juge saisi d'une contestation relative à une mesure d'exécution forcée et devant qui il est prétendu que l'Etat visé par cette mesure a renoncé à l'intégralité des immunités qui lui sont reconnues tant par les principes du droit international coutumier que par les*

critère de l'affectation puisque selon certains arrêts, sont saisissables, « à défaut de biens affectés par l'Etat à la satisfaction de la réclamation en question ou réservés par lui à cette fin », tout autre bien de l'Etat étranger « situé sur le territoire de l'Etat du for et utilisé ou prévu pour être utilisé à des fins commerciales » : v. Paris, 12 janv. 1996, *Creighton*, Rev. arb. 1996. 428, note Ph. FOUCHARD et, à propos de la saisie d'un navire utilisé à des fins commerciales, TGI Brest, 24 juill. 2000, Rev. crit. DIP 2002. 850. En dépit de ces espèces, le critère de l'affectation, qui dépend de la volonté de l'Etat, demeure la règle, ainsi que l'admettent not. M. LAZOUZI, « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'Etat étranger en France », RDC 2015. 1485 et G. CUNIBETI, Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique, JDI 2013. 10.

⁹⁰⁵ G. KENFACK DOUAJINI, « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Rev. cam. Arb., n°18, 2002.

⁹⁰⁶ E. HENRAY, « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts NML Capital c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 », *MBDE/Contentieux international public*, Soumis le 31/05/2015, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-renonciation-d%E2%80%99un-etat-%C3%A0-son-immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution%C2%A0et-sa-conciliation-avec-le-droit-%C3%A0-un-p>

conventions internationales, d'apprécier, dans la mesure où elle est discutée, c'est-à-dire en l'espèce relativement à l'immunité diplomatique, la portée de la renonciation invoquée ».

D'autre part, la Cour d'appel de Paris indiqua que *« la seule mention, sans autre précision, dans le contexte des contrats litigieux, que l'emprunteur renonce à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre en relation avec le présent contrat ne manifeste pas la volonté non équivoque de l'Etat emprunteur de renoncer en faveur de son co-contractant, personne morale de droit privé, à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter que cette société commerciale puisse, le cas échéant, entraver le fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger... ».*

Enfin, après avoir relevé que les comptes saisis par la société Noga sont couverts par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, la Cour d'appel de Paris conclut que *« c'est à tort que le premier juge a estimé que les immunités d'exécution diplomatiques entraient dans le champ d'application de la renonciation consentie », puis ordonna la mainlevée des saisies pratiquées par la société Noga sur les comptes bancaires de l'Ambassade de la Fédération de Russie en France »*⁹⁰⁷.

1084. Postérieurement à l'arrêt Noga, la Cour d'appel de Paris rendit un arrêt similaire, dans l'affaire Ambassade de la République du Cameroun en France contre société *WINSLOW Bank and trust*.

1085. Sur le fondement d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris intervenu le 17 mai 2001 et rendant exécutoire en France deux jugements britannique condamnant la République du Cameroun à payer diverses sommes d'argent augmentées d'intérêts à la société *Exprinter* aux droits de laquelle elle agissait, la société *WINSLOW Bank* fit pratiquer des saisies-attributions sur les comptes de l'Ambassade du Cameroun, de sa Perception, de sa Délégation culturelle et de celui de l'Attaché militaire de l'Ambassade, comptes domiciliés au Crédit Lyonnais et à la Société Générale à Paris.

1086. Alors que la société *WINSLOW* soutenait que la République du Cameroun avait, dans le contrat de prêt litigieux, renoncé à son immunité d'exécution, la Cour d'appel de Paris jugea que si le contrat litigieux contient un consentement de la

⁹⁰⁷ Paris, 1^{ère} ch. A., 10 août 2000, Ambassade de la Fédération de Russie en France c/ Compagnie Noga d'importation et d'exportation, Rev. arb. 2002, note Ph. LEBOULANGER, citée par G. KENFACK DOUAJNI, Rev. cam. Arb. n°18, Juillet-Août-Septembre 2002.

République du Cameroun à l'exécution forcée, « *celui-ci est présumé ne pas s'appliquer aux biens et avoirs des représentations diplomatiques de l'Etat ou dont l'utilisation pour les missions est prévue* ».

1087. Rappelant ensuite que « *les biens d'une mission diplomatique sont par ailleurs protégés en vertu du droit conventionnel par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, ratifiée par la France et le Cameroun* », la Cour d'appel de Paris ordonna la mainlevée des mesures d'exécution forcée pratiquées au préjudice de l'Ambassade du Cameroun à Paris par la société WINSLOW.

1088. Il résulte d'une autre affaire qu'à la suite d'un litige social intervenu entre les parties, l'Université fut judiciairement condamnée à payer à son agent la somme de 2.299.721 francs CFA. Cette décision étant devenue exécutoire, l'ex-employé s'en servit pour pratiquer une saisie attribution des créances sur les comptes de l'Université, domiciliés dans une banque à Dschang.

1089. L'Université de Dschang assigna son créancier en nullité de la saisie sus-indiquée. Devant le juge des référés de Dschang, l'Université opposait, entre autres, son immunité d'exécution prévue par l'article 30 de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

1090. Elle expliquait, en effet, qu'elle est une Université d'Etat, établissement public à caractère scientifique et culturel et donc personne morale de droit public bénéficiant de l'immunité ci-dessus évoquée.

1091. Estimant que les deniers des Universités sont insaisissables comme constituant des deniers publics, le juge des référés de Dschang annula la saisie attribution pratiquée au préjudice de l'Université⁹⁰⁸.

1092. Dans la même veine, il résulte des faits d'une autre affaire soumise au juge camerounais, que la Société de Fournitures Industrielles du Cameroun (SFIC), société de droit camerounais ayant son siège social à Douala, entretenait depuis de nombreuses années des relations d'affaires avec l'Office National des Ports du Cameroun (ONPC).

La SFIC fournissait des biens d'équipement au Port de Douala et effectuait en sa faveur des prestations de service diverses. Compte tenu du partenariat existant entre les

⁹⁰⁸ Ord. réf. n°12/ORD du 11 septembre 2000, publiée dans Rev. cam. Arb., n°18, Juillet-Août-Septembre 2002, p. 13.

parties, la SFIC avait ouvert un compte ONPC dans ses livres ainsi qu'un compte crédit fournisseur en faveur de l'ONPC.

Le compte courant sus-évoqué faisant ressortir, sur la période de 1995 à 1996, un solde créditeur d'environ un milliard et demi de FCFA en faveur de la SFIC, cette créance fut reconnue par l'ONPC qui accepta les traites émises par la SFIC, en garantie du paiement de ladite créance.

A la suite d'un changement intervenue à la direction générale de l'ONPC, la SFIC qui éprouvait des difficultés pour se faire payer par l'ONPC, fit pratiquer saisie-arrêt (dorénavant saisie attribution de créances) entre les mains des tiers au préjudice de l'ONPC en date du 12 novembre 1998, pour avoir paiement de la somme de 1.616.938.536 FCFA.

En réaction, l'ONPC sollicita du juge des requêtes de Douala qu'il soit donné main levée de ladite saisie aux motifs, entre autres, « *qu'il est un établissement public investi d'une mission de service public et, qu'à ce titre, il bénéficie d'une immunité d'exécution telle que prévue par l'article 30 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ; [...]* ».

Par ordonnance n°339 du 3 novembre 1998, le juge des requêtes de Douala donna main levée de la saisie pratiquée par la SFIC sur les comptes bancaires de l'ONPC.

1093. En droit interne comme en droit international, l'immunité d'exécution est considérée comme le principe dont le fondement est la souveraineté, l'indépendance et l'égalité des Etats interdisant à un Etat de juger ses pairs, selon l'adage *par in parem non habet*⁹⁰⁹.

1094. Ainsi, l'exercice d'une activité de souveraineté est le fondement de l'insaisissabilité des biens publics. *A contrario*, les biens affectés à une activité économique ou commerciale devraient être saisissables en dépit de leur caractère public.

⁹⁰⁹ Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », Rev. cam. d'arb., Actes colloque des 14 et 15 janvier 2008, p. 127.

Paragraphe 2.- L'affectation de biens à une activité *jure gestionis*

1095. Les tribunaux estiment que l'affectation des biens « à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice », les fait échapper à l'immunité d'exécution de leur propriétaire ; et il en va désormais de même pour les biens affectés à une activité civile⁹¹⁰.

1096. Peut ainsi être saisie, par exemple, une somme d'argent qu'un Etat affecte, en les prêtant à un autre Etat par l'effet d'une convention internationale, à la réalisation d'un programme nucléaire dont la suspension entraîne un préjudice important pour les entreprises devant en assurer la réalisation⁹¹¹.

1097. A l'inverse, ne sont pas affectés à une opération économique, commerciale ou civile relevant du droit privé, les biens d'une ambassade qu'entend saisir le ressortissant d'un Etat dont le Ministre des Finances a affirmé qu'il prendrait en charge les frais d'hospitalisation⁹¹².

1098. La saisissabilité des biens publics est à rattacher à la nature des activités auxquelles ces biens sont affectés. A partir de la deuxième moitié du 20^{ème} siècle⁹¹³, l'immunité d'exécution a commencé à être relativisée avec la distinction entre les biens affectés à une activité *jure imperii*, pour lesquels l'Etat étranger continuait de bénéficier de l'immunité d'exécution, et les biens affectés à une activité *jure gestionis*, pour lesquels elle n'était pas admise.

1099. Depuis le milieu des années 1970, les pays de tradition de la *Common law* se sont dotés de législations spécifiques à cet effet. C'est ainsi que le *Foreign Sovereign Immunities Act* des Etats Unis du 21 octobre 1976 et ses amendements du 9 novembre 1988, le *State Immunity Act* du Royaume-Uni du 20 juillet 1978 et le *Foreign Immunities Act* de l'Australie du 16 décembre 1985, autorisent les mesures d'exécution à l'encontre

⁹¹⁰ Civ. 1re, 25 janv. 2005, n° 03-18.176, Procédures 2005. Comm. 207, obs. C. NOURISSAT ; D. 2005. 616, concl. J. SAINTE-ROSE ; Rev. crit. DIP 2006. 123, note H. MUIR WATT.

⁹¹¹ Tels étaient les faits dans l'affaire *Eurodif* : Civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodif*, préc.

⁹¹² Paris, 29 juin 1995, cité par J.-B. DONNIER, Immunités d'exécution. Droit international, J.-Cl. Int., fasc. 496, § 39.

⁹¹³ *Idem*, op. cit., p. 127.

des biens et avoirs des Etats étrangers affectés à leurs activités commerciales et ne les excluent que pour ceux servant de support à leurs actes de puissance publique⁹¹⁴.

1100. Le Canada a adopté une loi similaire en 1982⁹¹⁵. Il résulte de la jurisprudence française que « *l'acquisition par un Etat étranger de biens immobiliers en France dans le but de loger son personnel diplomatique ne constituait pas un acte de souveraineté, mais seulement une opération habituelle de gestion relevant du droit privé* »⁹¹⁶.

1101. En ce qui concerne les comptes bancaires d'Etats étrangers, l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier, qui résulte de la Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, dispose : « *Ne peuvent être saisis les biens de toute nature, notamment les avoirs de réserve de change, que les banques centrales ou les autorités monétaires étrangères détiennent ou gèrent pour leur compte ou celui de l'Etat ou des Etats étrangers dont elles relèvent* ».

1102. Par contre, une exécution forcée sur « *les biens détenus ou gérés pour son propre compte par la banque centrale ou l'autorité monétaire étrangère peut être sollicitée s'il est établi que ces biens font partie d'un patrimoine qu'elle affecte à une activité principale relevant du droit privé* ».

1103. La notion d'activité commerciale figure à la Section 3 (3) du *State Immunity Act* en ces termes : « *Le fait que des fonds soient destinés à une activité souveraine dans le cadre de telles transactions n'empêche pas qu'ils soient qualifiés de biens affectés à un usage commercial* ».

1104. En droit français, ne sont pas couverts par l'immunité, « *les biens affectés à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice* »⁹¹⁷.

⁹¹⁴ C. CASSEDIAN et M. COSNARD, « Les immunités de juridiction et d'exécution », rapport établi en juin 1995 à la demande du ministère français de la Justice, p. 2, adde D. CARREAU, *op. cit.*, n°937, p. 368, citée par G. KENFACK DOUAJNI, *Rev. cam. Arb.* n°18, Juillet-Août-Septembre 2002.

⁹¹⁵ J.-M. MARTIN, *op. cit.*, n°128, p. 60, citée par G. KENFACK DOUAJNI, *Rev. cam. Arb.* n°18, Juillet-Août-Septembre 2002.

⁹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, RCDIP 2006, p. 123, note H. MUIR WATT.

⁹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1984, République islamique d'Iran c/ Société Eurodif, *Rev. arb.* 1985, p. 69, note Couchez.

1105. Deux conditions se dégagent de cette jurisprudence : une condition restrictive et une condition supplémentaire. Suivant la condition restrictive de l'immunité d'exécution, les biens doivent être dédiés à un usage commercial.

1106. Quant à la condition supplémentaire, les biens en question doivent être affectés à l'activité qui a donné lieu à la demande en justice ou être à l'origine du titre du créancier saisissant⁹¹⁸.

1107. Dans l'affaire République islamique d'Iran et OIATE contre société FRAMATONE et autres, la Cour de cassation française a décidé, par arrêt du 20 mars 1989, que « *si l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger et ses départements ministériels est de principe, elle peut toutefois être exceptionnellement écartée notamment lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice, même si cette affectation n'a pas été prévue par une clause expresse du contrat, la juridiction saisie pouvant rechercher par tous les moyens si cette affectation existe* »⁹¹⁹.

1108. Dès lors, l'exécution des décisions de justice, dont les sentences arbitrales, rendues à l'encontre des personnes publiques ne relève plus de la chimère. L'inexécution de ces décisions serait même considérée comme une violation des droits de l'homme.

En effet, conformément à l'article 6-1 de la CEDH⁹²⁰, il a été jugé que « *le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne permettait qu'une décision définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie* »⁹²¹.

Une fois cette remarque faite, pour emprunter les termes de E. HENRAY⁹²², la CEDH a elle-même reconnu que l'article 6 ne créait pas un droit absolu sans limite ni

⁹¹⁸ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} oct. 1985, Société SONATRACH c/ Migeon, Rev. crit., DIP 1986, p. 527, note AUDIT.

⁹¹⁹ Cass. 1^{ère} ch. civ., 20 mars 1989, Clunet 1990. 1004, cité par D. CARREAU, « Droit international », op. cit., p. 368, n°937. C'est au juge qu'il appartient d'accepter ou de réfuter la véritable qualification de l'acte en cause. V. P.-M. MARTIN, « Droit international public », Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1995, p. 60, n°129.

⁹²⁰ L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit certains droits au bénéfice des parties à un procès (art. 6§1).

⁹²¹ CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c. Grèce, n°107/1995/613/701, Rec. 1997-II, §40, in Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », Rev. cam. d'arb., Actes colloque des 14 et 15 janvier 2008, p. 127 ; E. HENRAY, « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts NML Capital c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 », *MBDE/Contentieux international public*, Soumis le 31/05/2015, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-renonciation-d%E2%80%99un-etat-%C3%A0-son-immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution%C2%A0et-sa-conciliation-avec-le-droit-%C3%A0-un-p>

tempérament, mais qu'il pouvait au contraire subir une limitation, en raison de l'application d'autres normes de droit international.

1109. A la lecture combinée des arrêts *Waite & Kennedy contre Allemagne*⁹²³ et *Al-Adsani contre Royaume-Uni*⁹²⁴, on peut dire que le respect des règles de droit international concernant les immunités ne constitue pas, pour la Cour, une limitation « disproportionnée » du droit reconnu par l'article 6 « *en raison du fait qu'elle a pour vocation le respect du droit international des immunités* »⁹²⁵.

1110. Au regard de tout ce qui précède, le régime juridique de l'immunité d'exécution appliquée ci-dessus, relève des règles d'origine coutumière du droit international et des règles régissant les immunités diplomatiques et consulaires qui découlent des textes conventionnels.

1111. Les immunités des Etats étrangers relèvent notamment, de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, signée à Bâle en 1972 et entrée en vigueur en 1976, le droit international coutumier, tel que reflété par la Convention des Nations Unies, du 2 décembre 2004⁹²⁶.

1112. Quant aux immunités diplomatiques et consulaires, elles ont une base conventionnelle. Pour les premières, l'immunité d'exécution des diplomates (ambassadeurs, conseillers et attachés d'ambassade) est fondée sur la Convention de Vienne du 18 avril 1961, entrée en vigueur le 24 avril 1964⁹²⁷.

1113. Pour les agents consulaires, leur immunité d'exécution est fondée sur la Convention de Vienne du 24 avril 1963, entrée en vigueur le 19 mars 1967. Contrairement

⁹²² *Op. cit.*, p. 4.

⁹²³ CEDH, *Waite & Kennedy c/ Allemagne*, 18 février 1999, requête n° 26083/94, citée par E. HENRAY, *op. cit.*, p. 4.

⁹²⁴ CEDH, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, requête n°35763/97, citée par E. HENRAY, *op. cit.*, p. 4.

⁹²⁵ E. HENRAY, « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts *NML Capital c/ République Argentine* rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 », *MBDE/Contentieux international public*, Soumis le 31/05/2015, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-renonciation-d%E2%80%99un-etat-%C3%A0-son-immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution%C2%A0et-sa-conciliation-avec-le-droit-%C3%A0-un-p>

⁹²⁶ La convention a été ouverte à la signature le 17 janvier 2005 et l'est restée jusqu'au 17 janvier 2007. Sur ce texte, v. Pingel-Lenuzza I., « Observations sur la convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », *JDI* 2005. 1045 s ; lire aussi, Gutmann D., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 5e éd., 2007, n° 285, p. 245.

⁹²⁷ Pingel-Lenuzza I., note sous Paris, 10 août 2000, *JDI* 2001-1, p. 123 et s.

à l'immunité d'exécution des agents diplomatiques qui semble absolue dans la mesure où elle joue pour tous les rapports juridiques, même étrangers aux fonctions diplomatiques, la Convention de 1963 susdite a institué une immunité d'exécution au profit des consuls, mais uniquement pour les seuls actes liés à l'exercice de leurs fonctions⁹²⁸.

1114. En somme, le critère de l'affectation, qui dépend de la volonté de l'Etat, demeure la règle⁹²⁹. Cependant, le juge n'apprécie pas la volonté de l'Etat en tant que telle, mais son résultat, l'affectation à certaines activités⁹³⁰.

1115. Il en va différemment concernant la renonciation à l'immunité, non par affectation de certains biens à certaines activités, mais par voie contractuelle. Au-delà d'une « renonciation par affectation », l'Etat peut également renoncer à l'immunité elle-même, y compris, c'est là, selon les termes de D. ALLAND et T. FLEURY GRAFF⁹³¹, tout l'intérêt de cette solution, si cette renonciation a pour conséquence la saisie de biens affectés à l'intérêt général et assurant à l'Etat les moyens matériels de mise en œuvre de ses prérogatives régaliennes.

1116. Ainsi, dès lors qu'un Etat « a la volonté » de « *se comporter pour l'exécution des contrats comme un simple particulier* »⁹³², cette volonté de renoncer à ses immunités est susceptible de produire un tel effet qui ne saurait cependant avoir l'automaticité que l'on pourrait vouloir lui prêter.

1117. S'il prend acte de cette renonciation, le juge en apprécie également l'étendue, en la soumettant à des conditions qui peuvent en restreindre la portée. Mais, ces conditions doivent être comprises, selon D. ALLAND et T. FLEURY GRAFF précités, comme essentiellement dictées par le souci du respect de la volonté de l'Etat.

⁹²⁸ Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution – Procédures de distribution*, Orléans, Editions Paradigme, 2010, n° 47, p. 23, cité par D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », *op. cit.*, p. 3.

⁹²⁹ M. Laazouzi, « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'Etat étranger en France », RDC 2015. 1485 et G. Cunibeti, *Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique*, JDI 2013. 10.

⁹³⁰ Un arrêt récent semble amorcer un mouvement vers la prise en compte d'un critère plus indépendant encore de la volonté étatique dès lors qu'il fonde l'absence d'immunité non sur l'affectation mais sur l'origine de certains biens : v. Civ. 1re, 5 mars 2014, no 12-22.406, *Société Romak c/ République d'Ouzbékistan*, RGDI 2015, avec la note, critique sur ce point, de B. Tranchant.

⁹³¹ Voy. D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 6.

⁹³² Rouen, 13 nov. 1984, *SEEE c/ Yougoslavie*, JDI 1985. 473, note B. OPPETIT, Rev. arb. 1985. 115, note J.-L. DELVOLLE.

1118. Le juge ne prend acte de la volonté de l'Etat de renoncer à son immunité d'exécution qu'à la condition que cette volonté respecte certaines conditions. Donc, l'affectation des biens à une activité *jure imperii* ou à celle *jure gestionis* n'est valable que si la volonté de l'Etat de renoncer à son immunité d'exécution respecte, comme l'ont noté les auteurs précités⁹³³, certaines conditions que la jurisprudence des quarante dernières années s'est efforcée de tracer les contours.

1119. Ces conditions reviennent finalement à protéger la volonté de l'Etat. Ce n'est ainsi, qu'à la condition de résulter « *d'actes manifestant de façon non univoque la volonté de renoncer* »⁹³⁴, que le juge fera produire à celle-ci ses effets, et accordera aux créanciers de l'Etat la saisie des biens étatiques, même affectés à des fins d'intérêt général. Aussi, conviendrait-il d'aborder ci-après, la renonciation des personnes publiques à leur immunité d'exécution par contrat.

Section 2.- La renonciation par contrat

1120. La renonciation des personnes publiques à leur immunité d'exécution par contrat impose l'observance d'un formalisme pour sa validité. Certes, cette renonciation ne peut s'étendre à tous les biens publics au mépris même de la raison d'être de cette immunité d'exécution en droit international.

1121. Mais, elles peuvent, par exemple, renoncer à leur immunité d'exécution, en matière d'arbitrage⁹³⁵, afin de donner effet aux sentences arbitrales qui les condamneraient, comme elles peuvent y renoncer, non pas en matière d'arbitrage, mais dans le cadre d'un contrat ordinaire ou de droit commun, comme, le contrat conclut, en 1994, par la République Argentine avec un établissement bancaire américain contenant en annexe une

⁹³³ Voy. D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 6.

⁹³⁴ Paris 1re ch. A., 21 avr. 1982, *Eurodif*, préc.

⁹³⁵ KOHEN, « La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l'immunité des États », Mélanges Jacquet, 2013, LexisNexis, p. 201. La Cour de cassation l'a admise. Elle a même décidé que la renonciation à l'exécution pouvait résulter de l'engagement d'exécuter une sentence arbitrale contenue dans le règlement d'arbitrage, en l'occurrence celui de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (Civ. 1re, 6 juill. 2000, no 98-19.068, Bull. civ. I, no 207 ; JCP 2001. II. 10512, note KAPLAN et CUNIBERTI ; JDI 2000. 1046, note PINGEL-LENUZZA ; Rev. arb. 2001. 114, note LEBOULANGER ; RTD com. 2001. 409, obs. Loquin).

clause de renonciation de l'Etat à son immunité d'exécution, c'est-à-dire une clause par laquelle l'Etat débiteur renonçait à son privilège en vertu duquel les biens qu'il possède, y compris ceux se trouvant sur le territoire d'autres Etats, ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure portant atteinte à son droit d'en disposer librement⁹³⁶, par exemple des mesures de saisie.

1122. Mais, les conditions du consentement de l'Etat à renoncer à son immunité d'exécution⁹³⁷ devraient être appréciées de manière à distinguer la renonciation par contrat en droit comparé (Paragraphe 1) de la renonciation par contrat en droit OHADA (Paragraphe 2) dont la différence est la portée des prérogatives de puissance publique en droit international et en droit interne.

Paragraphe 1.- La renonciation par contrat en droit comparé

1123. Pour être valable, la renonciation à l'immunité d'exécution peut être « *implicite* » ou « *expresse* ». Dans certains cas, il est préférable qu'elle soit à la fois « *expresse et spéciale* », ainsi qu'il résulte de la jurisprudence que nous verrons ci-après.

1124. L'immunité dont jouit un Etat étranger sur le territoire et devant les juridictions d'un autre Etat a, du fait de sa fonction protectrice de la souveraineté et de l'indépendance de l'Etat, valeur de principe du droit international.

1125. Selon une affirmation ancienne et constante des juridictions françaises, si les fonds d'un Etat étranger ne peuvent « *faire l'objet d'une saisie* » en France, c'est en effet « *eu égard à cette souveraineté et cette indépendance auxquelles la courtoisie*

⁹³⁶ Pierre-Marie Dupuy & Yann Kerbrat, Précis de Droit International Public, 12e édition 2014, p146-147, §130, cité par E. HENRAY, « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts NML Capital c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 », *op. cit.*, p. 1.

⁹³⁷ 1^{ère} civ., 6 juil. 2000, Creighton Ltd c. Min. Fin. Etat du Qatar, Bull. civ. I, no 207 ; JCP 2001. II. 10512, note KAPLAN et CUNIBERTI ; JDI 2000. 1046, note PINGEL-LENUZZA ; Rev. arb. 2001. 114, note LEBOULANGER ; RTD com. 2001. 409, obs. LOQUIN ; KOHEN, La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l'immunité des Etats, Mélanges Jacquet, 2013, LexisNexis, p. 201 ; MOURY, L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'Etat, D. 2001. Chron. 2139. - V. cep. la critique de THÉRY, Feu l'immunité d'exécution ?, Gaz. Pal. 12 juin 2001, p. 18 ; Civ. 1re, 13 mai 2015, no 13-17.751, JCP 2015. 759, note LAAZOUZI ; Procédures 2015 comm. 228, note Weiller.

internationale impose qu'il ne soit pas porté atteinte »⁹³⁸. Le juge⁹³⁹ reconnaît toutefois que ce principe connaît des exceptions⁹⁴⁰ à condition qu'elles trouvent leur fondement dans la volonté de l'Etat concerné. Ainsi, confronté à la demande d'un créancier sollicitant des mesures de contrainte à l'encontre de biens appartenant à un Etat, le juge adopte une démarche en deux temps.

1126. D'abord, il prend acte de la volonté de ce dernier de renoncer à ses immunités, et ensuite, il apprécie la réalité de cette volonté au regard de critères simplement formels, laissant ainsi à l'Etat étranger apparemment toute latitude quant à la définition de l'étendue matérielle de sa renonciation.

1127. La CCJA ne semble pas encore prendre position par rapport à l'appréciation de la volonté de l'Etat. Néanmoins, il résulte de la jurisprudence en droit comparé que la conception absolue, laquelle n'est pas l'apanage de la CCJA, n'est pas statique. Elle a pu évoluer de la conception absolue à la conception relative (A). Cependant, la renonciation ne sera valable qu'en considération de sa forme (B).

⁹³⁸ Civ. 1re, 2 nov. 1971, *République démocratique du Viêt Nam*, Rev. crit. DIP 1972. 310, note BOUREL. V. aussi Paris, 7 juin 1969, *Clerget c/ Viet-Nam du Nord*, Rev. crit. DIP 1970. 483, note Mayer : « il est de principe [...] que l'immunité de juridiction et d'exécution résulte de l'indépendance et de la souveraineté d'un Etat ». Le mot « courtoisie » ne doit pas tromper, il s'agit de droit coutumier et non de simples usages. Voy. D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 3.

⁹³⁹ Le rôle déterminant du juge français en la matière doit être d'autant plus souligné que c'est un pan de droit presque entièrement prétorien, contrairement à certains systèmes étrangers. Ainsi, dans de nombreux Etats anglo-saxons, dont le Royaume-Uni, l'Australie, le Canada ou les États-Unis, le juge applique sur ces questions des législations nationales – *Foreign Sovereign Immunity Act* (1976), *United Kingdom Sovereign Immunity Act* (1978), *Canadian Sovereign Immunity Act* (1985). V. not. pour une étude comparative qui permet d'apprécier *a contrario* la latitude du juge français J. Ostrander, *The Last Bastion of Sovereign Immunity : a Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments*, *Berkely Journal of International Law*, vol. 22, no 3 (2004), p. 541 dans d'autres Etats, la saisie de biens appartenant à un Etat est en outre soumise à une autorisation du pouvoir exécutif qui lie le juge : c'était le cas aux États-Unis avant l'adoption du FSIA, c'est encore le cas, par exemple, en Croatie : v. A. Reinisch, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, *EJIL* vol. 17, no 4 (2006), p. 813.

⁹⁴⁰ Civ. 1re, 14 mars 1984, no 82-12.462, *Eurodif* : « L'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger est de principe ; que, toutefois, elle peut être exceptionnellement écartée » ; Civ. 1re, 1er oct. 1985, no 84-13.605, *Sonatrach* : les biens « de l'Etat étranger [...] sont en principe insaisissables, sauf exceptions ».

A.- De la conception absolue à la conception relative

1128. Devant les juridictions françaises la question de la volonté de l'Etat de renoncer à son immunité d'exécution a longtemps été occultée. Considérant que « l'exécution » d'une décision de justice contre un Etat étranger « *comporterait le recours à la force publique, dont l'emploi serait susceptible de constituer vis-à-vis d'un Etat étranger un acte contraire au droit des gens* »⁹⁴¹, une jurisprudence constante estimait en conséquence que l'« *immunité d'exécution est absolue* »⁹⁴².

1129. La valeur absolue d'une règle interdisant par définition d'y déroger, l'éventuelle volonté de l'Etat de renoncer à son application était en toute hypothèse problématique. Une clause de renonciation à l'immunité d'exécution incluse dans un contrat conclu entre un Etat et l'un de ses créanciers était dès lors dépourvue de toute portée.

1130. Mais, jurisprudence et doctrine chemineront côte à côte sur cette voie jusqu'à la fin des années soixante-dix⁹⁴³ au moment même où la relativité de l'immunité de juridiction sera consacrée.

1131. Dès la fin des années soixante, il en est résulté un mouvement de dissociation du régime juridique des deux immunités⁹⁴⁴. « *Le développement du marché international, c'est-à-dire du capitalisme international et des règles nécessaires à son fonctionnement* »⁹⁴⁵ auront toutefois raison de cette orientation.

⁹⁴¹ Voy. D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 4.

⁹⁴² Aix-en-Provence, 14 févr. 1966, *Englander c/ Banque d'Etat de Tchécoslovaquie*, JDI 1966. 846 : « Attendu que l'immunité d'exécution est absolue ; que l'exécution comporterait en effet le recours à la force publique, dont l'emploi serait susceptible de constituer vis-à-vis d'un Etat étranger un acte contraire au droit des gens ». V. aussi, de la même juridiction aixoise, *Socifros c/ URSS*, 23 nov. 1938, Rev. crit. DIP 1939. 303.

⁹⁴³ V. par ex. TGI Paris, 12 sept. 1978, *Procureur de la République c/ S.A. Ipitrade International* et 5 mars 1979, *Procureur de la République et autres c/ Société Liamco et autres*, JDI 1979. 857, note OPPETIT.

⁹⁴⁴ Civ. 1re, 25 févr. 1969, *Soc. Levant Express*, JDI 1969. 923, note P. KAHN ; Rev. crit. DIP 1970. 98 note P. BOUREL, GADIP no 47.

⁹⁴⁵ C. LEBEN, Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des États, in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, Cahiers du CEDIN, Montchrestien 1990, p. 27.

1132. Confirmée par le fameux arrêt *Eurodif* de la Cour de cassation⁹⁴⁶, la Cour d'appel de Paris annonce en effet dès 1982 et sans ambiguïté que « *l'immunité d'exécution n'est pas absolue* »⁹⁴⁷.

1133. Sans remettre en cause sa valeur de principe du droit international, mais témoignant d'une politique jurisprudentielle nouvelle soucieuse de « *cantonner l'étendue du privilège* » que constitue l'immunité⁹⁴⁸, l'arrêt consacre la relativité de celle-ci. Le juge, comme nous l'attendons de la CCJA, prend désormais acte de la volonté de l'Etat de renoncer à ses immunités, que cette volonté porte directement ou non sur cette renonciation.

B.- Différentes formes de renonciation à l'immunité d'exécution

1134. Nous aborderons ci-après, la renonciation « *implicite* » (1) et la renonciation « *expresse* » (2).

1.- La renonciation « implicite » à l'immunité d'exécution

1135. La renonciation « implicite » peut résulter des termes d'une convention d'arbitrage ou d'une loi. Ainsi, en matière d'arbitrage, la convention d'arbitrage formulée comme ci-après, « *le recours à l'arbitrage selon le règlement de la CCI implique de la part de l'Etat qui a accepté de s'y soumettre, engagement d'exécuter la sentence conformément à ce règlement* »⁹⁴⁹, est une renonciation « implicite » à l'immunité d'exécution.

⁹⁴⁶ Civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodif* et Civ. 1re, 1er oct. 1985, *Sonatrach*, préc.

⁹⁴⁷ Paris, 1re ch. A, 21 avr. 1982, *République islamique d'Iran, Organisation pour les investissements et les aides économiques et techniques de l'Iran (OIAETI) et Organisation de l'énergie atomique de l'Iran (OEAI) c/ Sociétés Eurodif et Sofidif et Commissariat à l'énergie atomique*, JDI 1983. 149.

⁹⁴⁸ B. OPPETIT, La pratique française en matière d'immunité d'exécution, in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, op. cit., p. 54.

⁹⁴⁹ Cass. 9 juil. 1992, Rev. arb. 1994, note Ph. THERY, cité par G. KENFACK DOUAJANI, op. cit.

1136. Cette règle retenue par la Cour de cassation française, en date du 9 juillet 1992, dans l'affaire Norbert Beyrard France contre la République de Côte d'Ivoire, fut reprise par la Cour d'appel de Rouen dans son arrêt en date du 20 juin 1996, à l'occasion de l'affaire société Bec Frères contre Office des céréales de Tunisie.

1137. En effet, l'Etat tunisien ayant résilié deux marchés de construction de routes en Tunisie dont la société Bec Frères avait été adjudicataire, celle-ci mit en œuvre les clauses compromissaires contenues dans lesdits marchés.

1138. Aux termes des procédures arbitrales, l'Etat tunisien fut condamné à verser diverses sommes d'argent à la société Bec Frères. Celle-ci obtint l'exequatur des deux sentences devant le tribunal de grande instance de Paris et, s'appuyant sur lesdites sentences, pratiqua saisie-conservatoire au Port de Rouen sur les cargaisons du blé achetées par l'Office des céréales de Tunisie.

Cet Office opposant son immunité d'exécution, la Cour de Rouen jugea qu'« *en souscrivant à des clauses compromissaires sans lesquelles à l'évidence les marchés n'auraient pas été conclus puis en s'y soumettant, l'Etat tunisien a ainsi accepté les règles du droit commun du commerce international ; qu'il a par là-même, renoncé à son immunité de juridiction et, les conventions devant s'exécuter de bonne foi, à son immunité d'exécution ; que l'Office des céréales de Tunisie ne pouvant ici prétendre à un privilège distinct de celui de l'Etat..., le seul problème qui se pose est celui de savoir s'il peut être recherché pour une dette propre à cet Etat* »⁹⁵⁰.

1139. Par un autre arrêt rendu le 10 août 2000, la Cour de cassation de Paris se prononça dans le même sens que les décisions mentionnées plus haut, à propos d'une affaire opposant une société américaine, *Creighton Limited*, au Ministère des Finances de l'Etat du Qatar.

En effet, estimant que la société *Creighton limited* exécutait avec retard le marché de construction d'un hôpital pour femmes à Doha, capitale de Qatar, qui lui avait été confié, l'Etat du Qatar résilia ce marché et remplaça la société *Creighton limited* par l'une de ses entreprises sous-traitantes.

1140. Sur la base des clauses compromissaires CCI contenues dans le marché sus-évoqué, la société *Creighton* obtint des sentences arbitrales contre l'Etat du Qatar, pratiqua

⁹⁵⁰ Rouen, 20 juin 1996, société Bec Frères c/ Office des céréales de Tunisie, Rev. arb. 1997.263, note E. GAILLARD, cité par G. KENFACK DOUAJNI, *op. cit.*

des saisies-attributions sur des sommes détenues en France au nom de l'Etat du Qatar par le Qatar National Bank et par la Banque de France, ainsi que des saisies conservatoires des droits d'associés et valeurs mobilières entre les mains de la Banque de France.

1141. Les ministres des finances et des affaires municipales puis de l'agriculture du Qatar, détenteurs des avoirs saisis, obtinrent la mainlevée des saisies susmentionnées devant le tribunal de grande instance de Paris, puis devant la Cour d'appel de ladite ville, qui indiqua que le fait pour l'Etat du Qatar d'avoir accepté une clause d'arbitrage ne pouvait faire présumer la renonciation à l'immunité d'exécution, qui est distincte de l'immunité de juridiction et pour laquelle la renonciation doit être aussi distincte.

1142. Sur pourvoi de la société *Creighton Limited*, la Cour de cassation, après avoir visé « *les principes du droit international régissant les immunités des Etats étrangers, ensemble l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale* », indiqua que « *l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution...* »⁹⁵¹.

1143. Ainsi, selon la Cour de cassation, lorsqu'un Etat se soumet volontairement à une convention d'arbitrage comprenant une obligation pour les contractants d'exécuter la sentence arbitrale, alors l'Etat a, par là-même, renoncé à son immunité d'exécution⁹⁵².

1144. Par ailleurs, la renonciation à l'immunité d'exécution peut aussi résulter de la loi. C'est le cas de la Section 13 (4) du *State Immunity Act de 1978* ayant prévu que l'immunité d'exécution de l'Etat sera écartée si les biens concernés sont dédiés à un usage commercial.

1145. La décision⁹⁵³ *Orascom Telecom Holding SAE* rendue en Angleterre par la Chambre commerciale de la *Queen's Bench Division*, le 28 juillet 2008, illustre l'Etat du droit anglais en la matière.

⁹⁵¹ Cass. 1^{ère} ch. civ., 6 juil. 2000, société *Creghton Limited* c/ Ministère des Finances de l'Etat du Qatar.

⁹⁵² V. commentaires de E. HENRAY, « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts *NML Capital* c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 ».

⁹⁵³ Th. SAINT-LOUBERT-BIE, « Les limites de l'immunité d'exécution des Etats en matière d'arbitrage international en droit anglais et en droit français », commentaire de l'arrêt *Orascom Telecom Holding SAE v Chad*, 04/09/2011, site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/les-limites-de->

1146. La clarté du commentaire de Thomas Saint-Loubert-Bié nous oblige à rapporter ci-après, les points essentiels de son article. En l'espèce, une société égyptienne demande au juge anglais la saisie de fonds détenus par une banque de Londres pour le compte de l'Etat tchadien en exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue en sa faveur.

1147. Le Tchad s'oppose à cette saisie au motif que les fonds en question sont couverts par l'immunité d'exécution. Dans ces conditions, le juge anglais est amené à se prononcer sur les conditions auxquelles l'immunité d'exécution est susceptible d'être écartée ; si les fonds détenus à Londres pour le compte du Tchad, et dont la saisie est demandée, sont dédiés à un usage commercial.

1148. Dans cette hypothèse, lesdits fonds se situeraient en dehors du domaine de l'immunité d'exécution. A ce titre, le conseil de l'Etat tchadien cite, à l'appui de ses prétentions, un arrêt *Alcom Ltd v Republic of Colombia* ([1984] 2 All ER 6).

1149. Dans cet arrêt, *Lord Diplock* établit qu'en vertu du caractère indivisible des fonds détenus sur un compte bancaire, le seul fait que ces fonds ne soient pas entièrement affectés à un usage commercial suffit à rendre l'ensemble du compte insaisissable.

1150. De la même manière, en droit français, la fongibilité des fonds détenus sur un compte bancaire a pour conséquence que l'immunité d'exécution concernant ces fonds ne pourra être écartée lorsqu'aucune « *ventilation n'est immédiatement possible entre les fonds affectés à une activité de souveraineté ou de service public et ceux provenant d'une simple activité économique ou commerciale de droit privé* »⁹⁵⁴.

1151. En l'espèce, cet argument fondé sur l'indivisibilité des fonds détenus sur un compte bancaire est rejeté par le juge anglais au motif que l'usage auquel ils sont affectés est unique et clairement établi.

1152. Dans ce contexte, il suffit pour le juge d'établir la nature commerciale de cet usage pour que l'immunité d'exécution ne soit pas applicable. Ceci conduit le juge anglais à examiner la notion d'activité commerciale.

1153. Celle-ci est définie à la Section 3(3) du *State Immunity Act* dont il ressort que des biens sont dédiés à un usage commercial dès lors qu'ils sont destinés à être utilisés

l'immunité d'exécution-des-etats-en-matière-arbitrage-international-en-droit

⁹⁵⁴ TGI Paris, référé, 5 mars 1979, *procureur de la République et autres c/ Sté Liamco et autres*, JDI 1979, p. 857, 2^e esp., note B. OPPETIT, cité par Th. SAINT-LOUBERT-BIE, *op. cit.*

dans le cadre d'un « *contrat de vente ou de prestation de service* », « *d'un prêt ou de toute autre transaction portant sur la fourniture de fonds et de toute garantie ou indemnité relative à une telle transaction ainsi que de toute autre obligation financière* » ou « *de toute autre transaction (...) conclue par un Etat autrement que dans l'exercice de ses pouvoirs souverains* ».

1154. A ce stade, le juge reprend le raisonnement de *Lord Diplock* dans l'affaire *Alcom* précité, au terme duquel, par une interprétation *a contrario* de la Section 3(3), l'exigence selon laquelle la transaction doit avoir été conclue autrement que dans l'exercice des pouvoirs souverains de l'Etat ne s'applique pas aux transactions précitées.

1155. En conséquence, le fait que des fonds soient destinés à une activité souveraine dans le cadre de telles transactions n'empêche pas qu'ils soient qualifiés de biens affectés à un usage commercial.

1156. Donc, le juge anglais relève que les fonds en question font partie d'un système établi spécifiquement dans le but de permettre le paiement des créances détenus par la Banque mondiale et dont le Tchad est le débiteur.

1157. Or, une telle transaction correspond aux cas prévus par la Section 3(3) (b) du *State Immunity Act* ; il s'agit bien, en toute hypothèse, d'une affectation commerciale qui permet de lever l'immunité d'exécution.

1158. Si cette constatation permet au juge de faire droit à la demande de la société égyptienne en permettant la saisie des fonds détenus pour le compte de l'Etat tchadien, cela ne l'empêche pas de chercher à se prononcer sur la question de savoir si l'Etat avait, en l'espèce, implicitement renoncé à son immunité d'exécution.

1159. La Section 13(3) du *State Immunity Act* prévoit qu'une renonciation générale par l'Etat à son immunité d'exécution est possible dès lors qu'elle est exprimée par écrit. Dans ces conditions, la possibilité d'une renonciation implicite semble *a priori* écartée en droit anglais.

1160. Ainsi, dès lors qu'un Etat « a la volonté » de « *se comporter pour l'exécution des contrats comme un simple particulier* »⁹⁵⁵, cette volonté de renoncer à ses immunités est susceptible de produire un tel effet, qui ne saurait cependant avoir

⁹⁵⁵ Rouen, 13 nov. 1984, *SEEE c/ Yougoslavie*, JDI 1985. 473, note B. Oppetit, Rev. arb. 1985. 115, note J.-L. Delvolvé, cite par D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 7.

l'automaticité que l'on pourrait vouloir lui prêter ; s'il prend acte de cette renonciation, le juge en apprécie également l'étendue, en la soumettant à des conditions qui peuvent en restreindre la portée.

1161. En tout état de cause, l'admission du caractère « implicite » de la renonciation permet d'affirmer qu'il s'agit d'une jurisprudence libérale au regard du consentement de l'Etat à renoncer à son immunité d'exécution.

1162. En matière d'arbitrage, il faut remarquer que rares sont les conventions d'arbitrage formulées dans les termes de celle de la CCI impliquant immédiatement l'engagement des parties contractantes à exécuter la sentence qui en résulterait.

1163. Ceci est dû, sans doute, au fait que, dans la plupart de nos Etats, comme encore le cas en France, dans certaines matières, le recours à l'arbitrage n'est pas libéralisé ; c'est le régime de « *Proscription, prohibition, rejet, refus [...] qui résument habituellement l'approche et l'attitude générales du droit public français à l'égard de la technique de l'arbitrage* »⁹⁵⁶.

1164. Cependant, il faut aussi reconnaître que les personnes publiques ne sont admises à compromettre en arbitrage que dans des matières stratégiques relevant de la politique de développement de l'Etat⁹⁵⁷, en matière internationale et surtout interne. C'est l'exemple des règles impératives du droit public⁹⁵⁸ régissant les relations entre l'Etat et les investisseurs et opérateurs économiques.

1165. Les tribunaux estiment que l'affectation des biens « à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice » les fait

⁹⁵⁶ B. PACTEAU, « Arbitrage en droit administratif », *Jurisclasseur Proc. Civ.*, Fasc. 1048, 1996, n°6, cité par J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 150, n°202.

⁹⁵⁷ V. notamment, J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 155, n°207. L'art. 3 de cette loi citée par l'auteur dispose : « Par dérogation aux dispositions du code de justice administrative déterminant les compétences des juridictions de premier ressort, les contrats passés par les personnes morales de droit public en lien avec la construction ou la rénovation des enceintes sportives destinées à accueillir l'UEFA Euro 2016 et des équipements connexes permettant le fonctionnement de celles-ci ainsi qu'avec l'organisation et le déroulement de cette même compétition peuvent prévoir le recours à l'arbitrage avec application de la loi française ». Sur cette disposition, v. M. MAISONNEUVE, *Rev. arb.* 2011, p. 801.

⁹⁵⁸ Il faut rappeler que les règles impératives du droit public sont définies comme des règles « *relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* » (J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 160, n°215. T. confl., 17 mai 2010, D. 2010, p. 2633, note S. LEMAIRE ; AJDA 2010, p. 1564, note P. CASSIA. V. aussi M. LAZOUZI, « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois. A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 653 ; M. Audit, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM) », *Rev. arb.* 2010, p. 253.).

échapper à l'immunité d'exécution de leur propriétaire, et il en va désormais de même pour les biens affectés à une activité civile⁹⁵⁹.

1166. Peut ainsi être saisie par exemple, une somme d'argent qu'un Etat affecte, comme évoqué ci-dessus, en les prêtant à un autre Etat par l'effet d'une convention internationale, à la réalisation d'un programme nucléaire dont la suspension entraîne un préjudice important pour les entreprises devant en assurer la réalisation⁹⁶⁰.

1167. A l'inverse, ne sont pas affectés à une opération économique, commerciale ou civile relevant du droit privé les biens d'une ambassade qu'entend saisir le ressortissant d'un Etat dont le Ministre des Finances a affirmé qu'il prendrait en charge les frais d'hospitalisation⁹⁶¹.

1168. En tout état de cause, la renonciation « *implicite* », relève d'une appréciation prétorienne, autant que la renonciation « *expresse* », dont l'objectif de l'une et de l'autre est de donner effet à l'exécution forcée des condamnations pécuniaires des personnes publiques sur leurs biens.

2.- La renonciation « *expresse* » à l'immunité d'exécution

1169. A l'opposé de la renonciation « *implicite* », la renonciation « *expresse* » à l'immunité d'exécution consiste à établir la volonté de l'Etat à renoncer à son immunité d'exécution.

1170. En matière d'arbitrage, on avait mentionné que la Cour de cassation avait admis, en 2000, que l'engagement d'un Etat à exécuter une sentence arbitrale valait renonciation implicite à l'immunité d'exécution⁹⁶².

Comme l'affirme l'arrêt, « *l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage*

⁹⁵⁹ Civ. 1re, 25 janv. 2005, n° 03-18.176, Procédures 2005. Comm. 207, obs. C. NOURISSAT ; D. 2005. 616, concl. J. SAINTE-ROSE ; Rev. crit. DIP 2006. 123, note H. MUIR WATT.

⁹⁶⁰ Tels étaient les faits dans l'affaire *Eurodif* : Civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodif*, préc.

⁹⁶¹ Paris, 29 juin 1995, cité par J.-B. DONNIER, Immunités d'exécution. Droit international, J.-Cl. Int., fasc. 496, § 39.

⁹⁶² Cass. 1^{ère} civ, 6 juillet 2000 n°98-19.068.

de la Chambre de commerce internationale [devenu l'article 28(6) du règlement entré en vigueur au 1^{er} janvier 1998 qui prévoit l'exécution « sans délai » de la sentence à intervenir] impliqu[e] renonciation de cet Etat à cette immunité »⁹⁶³.

Mais, en 2001, la Cour d'appel de Paris a exigé qu'une telle renonciation soit « expresse » et non simplement « implicite »⁹⁶⁴. En effet, la société suisse Noga a conclu en France deux contrats de prêt avec le gouvernement de la Fédération de Russie.

Les contrats comportaient des clauses compromissaires. L'une d'entre elles disposait que les parties renoncent à exercer un recours à l'encontre de la sentence arbitrale et que l'emprunteur renonce à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre en vertu de ce contrat.

Une autre énonçait que l'emprunteur ne peut se prévaloir d'aucune immunité de poursuite judiciaire, d'exécution forcée, de saisie ou d'autres procédures judiciaires en rapport avec ses obligations au titre de ce contrat.

En application de ces clauses, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a rendu deux sentences qui furent déclarées exécutoires en France, reconnaissant ainsi la société Noga créancière du gouvernement.

Sur ce fondement, la société Noga a fait pratiquer une saisie des sommes figurant sur des comptes à la BCEN-Eurobank, au préjudice du gouvernement de la Fédération de Russie, et notamment de son ambassade et de sa représentation commerciale en France.

1171. Appelée à décider si la renonciation du gouvernement à tout droit d'immunité s'étendait à la saisie des comptes bancaires de ses organes, la Cour d'appel de Paris a répondu par la négative et ordonné la mainlevée de cette saisie.

1172. Malgré une clause compromissoire faisant expressément référence à la renonciation de l'État à tout droit d'immunité, la Cour d'appel a considéré cette dernière trop générale et décidé que « *la seule mention, sans autre précision, (...) que l'emprunteur renonce à tout droit d'immunité (...) ne manifeste pas la volonté non équivoque de l'Etat emprunteur de renoncer (...) à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution* ».

⁹⁶³ Cass. civ. 1re, 6 juillet 2000, préc. V. déjà Rouen, 20 juin 1996, Bec Frères c. Office des Céréales de Tunisie, Rev. arb., 1997.263, note E. Gaillard.

⁹⁶⁴ CA Paris, 26 septembre 2001 RG n°2001/12633.

1173. Cette évolution des conditions de validité de la renonciation à l'immunité d'exécution en matière d'arbitrage traduirait une exigence de l'efficacité des conventions et règlements d'arbitrage. Ainsi, les conventions d'arbitrage classiques seraient donc caduques et inefficaces, au regard de ces critères de validité de la renonciation.

1174. En considérant l'arrêt *Creighton* précité, la clause d'arbitrage et le règlement d'arbitrage ont, ensemble, permis d'induire la renonciation de l'Etat du Qatar à son immunité d'exécution. Aussi, avec l'arrêt de la Cour d'appel du 29 septembre 2001, les conventions d'arbitrage habituelles, souvent formulées dans des termes généraux, ne doivent-elles pas désormais être plus précises, en l'occurrence, dans le cadre des marchés relatifs aux règles impératives du droit public.

1175. Par ailleurs, en matière contractuelle, la Cour de cassation a ensuite adopté une conception bien plus stricte, dans son arrêt du 28 novembre 2011, en énonçant que, selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de leurs représentations et les besoins de leur mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon « *expresse et spéciale* »⁹⁶⁵. Donc, il peut arriver que la volonté de renoncer (renonciation expresse) à l'immunité d'exécution ne suffise pas. Alors, la renonciation doit être « *expresse et spéciale* »⁹⁶⁶.

1176. Dans un arrêt⁹⁶⁷ relatif aux conditions de la renonciation de l'immunité d'exécution des Etats, la Cour de cassation retient que la renonciation à l'immunité d'exécution de ses missions diplomatiques, par un Etat étranger, est subordonnée « à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale ».

1177. Dans cette affaire, telle que présentée par Guillaume PAYAN⁹⁶⁸, la république du Congo s'était engagée auprès d'une société à renoncer définitivement et irrévocablement à toute immunité de juridiction et d'exécution.

1178. En exécution d'une sentence arbitrale prononcée en décembre 2000 sous l'égide de la Chambre de commerce internationale, cette société créancière a donc fait

⁹⁶⁵ Affaire « Société NML Capital c/ République Argentine » du 28 novembre 2011.

⁹⁶⁶ G. PAYAN, Condition de la renonciation à l'immunité d'exécution des Etats : abandon d'une « doctrine isolée », 24.01.2018, cf. site Internet : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/condition-de-renonciation-l-immunite-d-execution-des-etats-abandon-d-une-doctrine-isolee#.XO4snr46_IU

⁹⁶⁷ *Ibid.*, *op. cit.*

⁹⁶⁸ *Ibid.*, *op. cit.*

pratiquer, dans un établissement bancaire, une saisie-attribution de comptes ouverts au nom de la mission diplomatique à Paris de la république du Congo et de sa délégation auprès de l'UNESCO.

1179. La mainlevée de cette saisie est pourtant ordonnée par la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt confirmatif prononcé en novembre 2012, au motif que, selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale.

1180. Or, en l'espèce, la renonciation opérée par la république du Congo, dans une lettre d'engagement signée par le ministre des finances, n'était nullement spéciale (*la république du Congo y renonce expressément à se prévaloir de son immunité d'exécution à l'égard de la société créancière sur l'ensemble des biens susceptibles d'en bénéficier, qu'ils soient ou non affectés à l'accomplissement d'une mission diplomatique*).

1181. Saisie du pourvoi formé par la société créancière, la première chambre civile casse et annule cet arrêt d'appel en jugeant que les règles du droit international coutumier n'exigent « *pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution* » des Etats⁹⁶⁹ et, ce faisant, opère une rupture avec la jurisprudence antérieure⁹⁷⁰.

1182. Par trois arrêts rendus le 28 mars 2013, la Cour de Cassation clarifie les conditions dans lesquelles la renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution peut permettre la saisie de créances situées sur le territoire d'un autre Etat.

1183. Dans ces arrêts, les faits indiquent qu'en 1994, la République Argentine conclut avec un établissement bancaire américain un contrat de service financier destiné à l'émission d'un emprunt obligataire, contrat contenant en annexe une clause de renonciation de l'Etat à son immunité d'exécution, c'est-à-dire une clause par laquelle l'Etat débiteur renonçait à son privilège en vertu duquel les biens qu'il possède, y compris

⁹⁶⁹ L'auteur a cité : Civ. 1^{re}, 13 mai 2015, n° 13-17.751, Bull. civ. I, n° 107 ; Dalloz actualité, 29 mai 2015, obs. F. MELIN ; D. 2015. 1936, obs. I. GALLMEISTER, note S. BOLLEE ; *ibid.* 2031, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid.* 2588, obs. T. CLAY ; Rev. crit. DIP 2015. 652, note H. MUIR WATT ; Gaz. Pal. 5 sept. 2015, n° 248, p. 11, obs. C. BRENNER ; JCP 2015. 759, note M. LAAZOUZI ; JDI n°1, 2016, 4, note S. EL SAWAH et Ph. LEBOULANGER.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, op. cit. : v. par ex. Civ. 1^{re}, 5 mars 2014, n° 12-22.406, Dalloz actualité, 19 mars 2014, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2014. 672 ; *ibid.* 1466, obs. A. LEBORGNE ; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Just. & cass. 2015. 115, étude P. CHEVALIER.

ceux se trouvant sur le territoire d'autres Etats, ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure portant atteinte à son droit d'en disposer librement⁹⁷¹, par exemple des mesures de saisie.

1184. En 2000, l'Etat argentin souscrivit plusieurs contrats d'émissions d'obligations reprenant la clause de renonciation précitée. La Société NML Capital (ci-après « NML Capital ») acheta alors plusieurs obligations résultant du contrat précédent.

1185. L'Argentine se refusant à lui payer les sommes dues aux titres des obligations qu'elle détenait, la Société NML Capital saisit la juridiction américaine qui statua, en 2006, en sa faveur⁹⁷².

1186. Forte de cette décision, NML Capital saisit les juridictions françaises afin de faire pratiquer plusieurs saisies conservatoires auprès de trois sociétés situées en France : Total Austral, Air France et BNP Paribas.

1187. En effet, NML Capital soutenait que ces trois sociétés, possédant des succursales en Argentine, étaient redevables d'un certain nombre de taxes et contributions sociales et fiscales envers cet Etat.

1188. Cette société avait donc demandé la saisie desdites redevances en remboursement des sommes dues par l'Etat argentin. Les trois sociétés ainsi que l'Etat Argentin ont alors formé un recours contre cette décision afin d'obtenir la mainlevée des saisies conservatoires effectuées. La nullité des saisies va être accordée dans plusieurs arrêts relatifs aux trois sociétés.

1189. NML Capital forme un pourvoi contre chaque arrêt, mais les 3 pourvois sont rejetés par trois décisions similaires de la Cour de Cassation rendues le 28 mars 2013⁹⁷³. Les trois décisions confirment la levée des diverses saisies conservatoires, acceptant de ce fait l'argumentation de l'Etat argentin qui avait excipé de son immunité d'exécution.

1190. Mais par un arrêt du 13 mai 2015 (*Commisimpex contre République du Congo*), la première chambre civile de la Cour de cassation est revenue sur sa décision en supprimant l'exigence de la mention « *spéciale* » cassant ainsi l'arrêt de la Cour d'appel de

⁹⁷¹ Pierre-Marie Dupuy & Yann Kerbrat, Précis de Droit International Public, 12^{ème} édition 2014, p146-147, §130.

⁹⁷² United States District Court of New York, NML Capital Ltd. v. The Republic of Argentina, Judgment #06,2728, 18 decembre 2006, affaire 03-cv-08845-TPG publié au Docket Nos. 306-308, 320.

⁹⁷³ C. Cass, Civ 1ère, 28 mars 2013, NML Capital c/ La République argentine ; et autre, pourvois n°10-25.938, n°11-10.450 et n°11-13.323.

Versailles du 15 novembre 2012 au motif que « *le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution* »⁹⁷⁴.

1191. La Haute juridiction semble ainsi opérer un revirement partiel de jurisprudence puisque, dans cet arrêt du 13 mai 2015, elle écarte toute exigence de renonciation « *spéciale* ».

En effet, elle considère que les missions diplomatiques des Etats étrangers ne bénéficient pas d'une immunité d'exécution autonome de celle accordée à l'Etat dont elles dépendent.

1192. Aucune renonciation spéciale propre aux immunités des missions diplomatiques des Etats n'est donc requise. En outre, il appartient à l'Etat de prouver que les comptes avaient été ouverts pour l'exercice de ses missions diplomatiques, de sorte que les fonds déposés bénéficiaient de la présomption d'affectation à l'exercice de ses missions et donc de l'immunité d'exécution.

1193. Il résulte de tout ce qui précède que les personnes publiques peuvent renoncer à leur immunité d'exécution. Quelle soit implicite, expresse ou spéciale, la renonciation à l'immunité d'exécution a un fondement contractuel, comme en matière d'arbitrage.

1194. A cet effet, la saisissabilité des biens publics reposerait en réalité sur la validité de certaines renonciations de l'Etat. La question se pose de savoir s'il faut trouver en la volonté de l'Etat de renoncer à certaines protections, la preuve d'un libéralisme⁹⁷⁵.

1195. Au regard de la fluctuation de la jurisprudence en la matière, les juges semblent reconnaître que le fait « *de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats* »⁹⁷⁶ n'exclurait pas des exceptions lorsque celles-ci ont leur fondement dans la volonté de l'Etat concerné.

1196. Donc, l'exercice auquel semblent se livrer le créancier et le juge serait, non pas de saisir des biens relevant de la souveraineté de l'Etat, mais de prouver que le bien

⁹⁷⁴ C. ANNO, « L'abandon de la double condition « expresse et spéciale » de la renonciation par un Etat à son immunité d'exécution », 29 juin 2016, Droit international.

⁹⁷⁵ D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 3.

⁹⁷⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, requête n°16874/12, arrêt du 5 février 2019, §54, faisant référence à : Cour européenne des droits de l'homme, *Cudak c. Lituanie* [GC], requête n°15869/02, CEDH 2010-III, arrêt du 23 mars 2010, §60 et Cour européenne des droits de l'homme, *Sabeh El Leil c. France* [GC], n°34869/05, arrêt du 29 juin 2011, §52.

affecté à l'exercice de la souveraineté de l'Etat relève, en réalité, de biens affectés à une activité économique ou commerciale de cet Etat dont la saisissabilité est envisageable.

1197. Il en ressort une approche finalement nettement libérale de la question selon laquelle toute expression de la volonté étatique suffit à ouvrir la voie à la saisie des biens étatiques.

1198. Ainsi, en droit OHADA, la renonciation des personnes publiques de l'OHADA ne peut être valable que si la volonté de l'Etat renonçant est sans équivoque et porte sur des biens affectés à une activité économique ou commerciale de l'Etat, en l'occurrence, une activité régie par les règles impératives du droit public.

Paragraphe 2.- La renonciation par contrat en droit OHADA

1199. La renonciation à l'immunité d'exécution est nécessaire en raison de la conception absolue de l'immunité d'exécution du droit OHADA qui pourrait constituer un obstacle à l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

1200. Mais, il ne s'agit pas dans le présent paragraphe, de présenter l'état de la jurisprudence de l'OHADA en matière de conditions de validité de la renonciation à une immunité d'exécution. Au regard des fluctuations des solutions de la jurisprudence sur la question, en termes de renonciation implicite, de renonciation expresse ou de renonciation expresse et spéciale, l'effectivité des sentences arbitrales administratives tient encore au hasard des faits et de la technique juridique⁹⁷⁷.

1201. Cependant, le fondement contractuel ⁹⁷⁸ de l'arbitrage semble faire unanimité avec la jurisprudence relative à la renonciation à l'immunité d'exécution de l'Etat pour reconnaître que l'effectivité des sentences arbitrales administratives repose sur la force obligatoire des contrats (A), et la bonne foi des parties contractantes (B).

⁹⁷⁷ R. E. de MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », Observations sur l'apport des juristes au lien social. Recueil Dalloz, 2004, pp.711-715.

⁹⁷⁸ Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », *op. cit.*

A.- La force obligatoire des conventions et règlements d'arbitrage

1202. La force obligatoire attachée à un contrat engage les parties à exécuter ce qui y est exposé. Par leur consentement au contrat, les parties s'obligent à son exécution. Ce concept ressort des termes de l'article 1103 du Code civil (1134 ancien), lequel dispose : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». La question est de savoir si l'immunité d'exécution peut être écartée par le seul consentement de son bénéficiaire. C'est bien ce que traduisent certains arrêts.

1203. Dans l'affaire Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) contre Collectif des ex-employés de l'ASECNA, la CCJA a jugé que « *L'acceptation, par une personne publique, de la compétence des tribunaux nationaux, n'implique pas le consentement à l'exécution forcée, qui nécessite un consentement exprès distinct* »⁹⁷⁹.

1204. Dans l'arrêt Norbert Beyrard France contre la République de Côte d'Ivoire, l'immunité d'exécution a été écartée parce que, « *le recours à l'arbitrage selon le règlement de la CCI implique de la part de l'Etat qui a accepté de s'y soumettre, engagement d'exécuter la sentence conformément à ce règlement* »⁹⁸⁰.

1205. Il en est également ainsi dans l'affaire société Bec Frères contre Office des céréales de Tunisie dont il résulte qu' « *en souscrivant à des clauses compromissaires sans lesquelles à l'évidence les marchés n'auraient pas été conclus puis en s'y soumettant, l'Etat tunisien a ainsi accepté les règles du droit commun du commerce international ; qu'il a par là-même, renoncé à son immunité de juridiction et, les conventions devant s'exécuter de bonne foi, à son immunité d'exécution ; [...]* »⁹⁸¹.

1206. Dans l'affaire opposant une société américaine (*Creighton Limited*) au Ministère des Finances de l'Etat du Qatar et *Creighton limited* contre l'Etat du Qatar,

⁹⁷⁹ Cf. CCJA, Ass. Plén., no 136/2014 du 11 Novembre 2014, aff. Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) c/ Collectif des ex-employés de l'ASECNA.

⁹⁸⁰ Cass. 9 juil. 1992, Rev. arb. 1994, note Ph. THERY, cité par G. KENFACK DOUAJNI, *op. cit.*

⁹⁸¹ Rouen, 20 juin 1996, société Bec Frères c/ Office des céréales de Tunisie, Rev. arb. 1997.263, note E. GAILLARD, cité par G. KENFACK DOUAJNI, *op. cit.*

l'immunité d'exécution de l'Etat a été également écartée dans les termes ci-après : « *l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution...* »⁹⁸². Néanmoins, la seule renonciation peut, dans certains cas, s'avérer insuffisante. La jurisprudence récente a exigé qu'elle soit « *expresse et spéciale* »⁹⁸³.

1207. Cependant, le principe de la force obligatoire des contrats a été observé pour déterminer le consentement explicite ou implicite de l'Etat à renoncer à son immunité d'exécution. C'est pourquoi le principe de la bonne foi apparaît comme le corollaire de ce principe.

B.- L'exécution de bonne foi des conventions et règlements d'arbitrage

1208. La "bonne foi" est la croyance qu'a une personne de se trouver dans une situation conforme au droit, et la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui. En principe, la bonne foi est présumée, c'est à celui qui évoque la mauvaise foi de l'établir.

1209. Dans le cas d'espèce, le principe de la bonne foi pourrait s'entendre comme ci-après : « *dès lors que l'Etat choisit de se comporter comme une personne privée et accepte un mode privé de règlement des litiges, il n'est plus considéré légitime de sa part de changer en cours de route les règles du jeu fixées préalablement avec son partenaire, pour, une fois condamné, s'abriter derrière son immunité afin de s'opposer à l'exécution de la sentence* »⁹⁸⁴. Cette bonne foi s'étend alors à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques.

1210. Le législateur de l'OHADA s'inscrit dans cette logique. L'un des objectifs du Traité de l'OHADA ne consiste-t-il pas à « *établir un courant de confiance en faveur*

⁹⁸² Cass. 1^{ère} ch. civ., 6 juil. 2000, société Creghton Limited c/ Ministère des Finances de l'Etat du Qatar.

⁹⁸³ Civ. 1re, 10 janv. 2018, Commentaire de G. PAYAN, « Condition de la renonciation à l'immunité d'exécution des Etats : abandon d'une « doctrine isolée » », 24.01.2018 ; cf. site Internet :

<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/condition-de-renonciation-l-immunite-d-execution-des-etats-abandon-d-une-doctrine-isolee#.XO4snr46> IU

⁹⁸⁴ Ph. LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *op. cit.*

des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique ».

1211. La réalisation notamment de cet objectif suppose la mise en place d'un Droit des Affaires pour faciliter l'activité des entreprises, et que ce droit soit appliqué *« dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »*⁹⁸⁵. L'établissement d'*« un courant de confiance »* est un objectif dont l'indicateur est la sécurité juridique des activités économiques.

1212. Ainsi que nous l'avons déjà définie, la locution « sécurité juridique » *« renvoie classiquement aux idées de prévisibilité et de stabilité »*⁹⁸⁶ et fait référence au fait qu'il ne faut pas décevoir ou contrarier la confiance légitime, l'attente légitime des individus quant au droit qui leur est applicable.

1213. Le mot « *confiance* » apparaît alors comme l'élément clé du fondement des actions de l'OHADA, notamment, *« la mise en place dans leurs Etats d'un Droit des Affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises »*⁹⁸⁷, l'application de ce droit *« dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »*⁹⁸⁸, la promotion de *« l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels »*⁹⁸⁹.

1214. Et corrélativement, ces actions sont nécessaires pour atteindre l'objectif d'*« établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique »*⁹⁹⁰ et doivent ainsi se fonder sur la bonne foi.

1215. La bonne foi, autant que la confiance, est le fondement de toute relation juridique. Aux termes de l'article 1134 du code civil de 1804 applicable dans la plupart des

⁹⁸⁵ Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

⁹⁸⁶ Voy. J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique », Ed. Larcier, Bruxelles 2008, p. 13.

⁹⁸⁷ Préambule du Traité OHADA, *op. cit.*

⁹⁸⁸ *Ibidem.*

⁹⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁹⁰ *Ibidem.*

Etats parties de l'OHADA, « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

1216. L'article 1104 du code civil français issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ajoute le caractère d'ordre public de la bonne foi en ces termes : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». En matière de droit international, l'article 26 de la Convention de Vienne⁹⁹¹ énonce que « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ».

1217. Enfin, le *Pacta sunt servanda*, principe de droit des obligations et de droit international public, ajoute que « *les parties sont désormais liées au contrat venant d'être conclu et qu'à ce titre elles ne sauraient déroger aux obligations issues de cet accord* ».

1218. Ces dispositions prescrivent la force obligatoire des obligations dont le non-respect n'a pas d'effet qu'entre les parties contractantes uniquement ; il a aussi un effet *erga omnes* de manière à entraîner l'isolement ou la stigmatisation d'un Etat contractant comme ne respectant pas ses engagements.

1219. C'est une sorte de sanction qui ne correspond nullement à l'objectif du Traité de l'OHADA d'« *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* ».

1220. La confiance, faut-il le rappeler, est une notion sur laquelle ont travaillé divers philosophes, psychologues et chercheurs en sciences sociales, qui, selon une définition assez largement acceptée, peut être entendue comme « *un Etat psychologique se caractérisant par l'intention d'accepter la vulnérabilité sur la base de croyances optimistes sur les intentions (ou le comportement) d'autrui* »⁹⁹².

1221. D'une manière spécifique, la philosophe M. MARZANO a défini la notion de « *confiance* » d'une façon qui ne peut être mieux restituée que de la citer entièrement : Au sens strict du terme, la confiance renvoie à l'idée qu'on peut se fier à quelqu'un ou à

⁹⁹¹ La convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 codifie les traités et les relations internationales juridiques entre les Etats. N'étant pas rétroactive, elle n'est pas appliquée pour les traités précédents, mais doit être respectée entre les Etats parties.

⁹⁹² Cf. *L'Analyse Economique de la Confiance*, Bruxelles, De Boeck Université, coll. « Ouvertures Economiques », 2008 (ISBN 9782804156541). Il s'agit d'une traduction de la définition suivante: "Trust is a psychological state comprising the intention to accept vulnerability based upon positive expectations of the intentions or behavior of another." donnée dans Denise M. Rousseau, Sim B. Sitkin, Ronald S. Burt et Colin Camerer, « *Not So Different After All: A Cross-Discipline View of Trust* », *Academy of Management Review* (en), vol. 23, n° 3, 1998, p. 393-404.

quelque chose. Le verbe *confier* (du latin *confidere* : *cum*, « avec » et *fidere* « fier ») signifie, en effet, qu'on remet quelque chose de précieux à quelqu'un, en se fiant à lui et en s'abandonnant ainsi à sa bienveillance et à sa bonne foi. L'étymologie du mot montre par ailleurs les liens étroits qui existent entre la confiance, la foi, la fidélité, la confiance, le crédit et la croyance. [...]. Elle est à la fois fondamentale et dangereuse. Elle est fondamentale car, sans confiance, il serait difficile d'envisager l'existence même des relations humaines – des rapports de travail jusqu'à l'amitié ou bien l'amour. Sans confiance, on ne pourrait même pas envisager l'avenir et chercher à bâtir un projet qui se développe dans le temps. [...].

1222. Mais la confiance est aussi dangereuse, car elle implique toujours le risque que le dépositaire de notre confiance ne soit pas à la hauteur de nos attentes ou, pire encore, qu'il trahisse délibérément la confiance que nous lui faisons. [...].

1223. D'un certain point de vue, les êtres humains aspirent tous à vivre dans un monde certain et stable, dans un univers où la confiance et la bonne foi déterminent la conduite de ceux qui les entourent : ils souhaitent pouvoir compter sur les autres, prévoir leurs comportements et avoir des points de repère. Cela explique qu'ils aient progressivement décidé de régulariser et de formaliser un certain nombre de conduites et d'attitudes, ainsi que d'institutionnaliser les contrats.

1224. Conclure une alliance ou promettre quelque chose, en effet, est une manière de rendre prévisible et maîtrisable le futur, soit parce que l'on s'engage envers un tiers à faire quelque chose, soit parce que quelqu'un nous assure de sa parole. D'où l'importance de la confiance réciproque, la confiance étant, comme l'explique Georg Simmel, « *l'une des forces de synthèse les plus importantes au sein de la société* »⁹⁹³.

1225. S'il n'y avait pas une confiance généralisée entre ses membres, la société pourrait se désintégrer. C'est ainsi que Hume, analysant la confiance que met en jeu une promesse acceptée ou un contrat, explique déjà qu'être loyal et honorer ses promesses représente une véritable obligation : celui qui promet se lie à l'avance et s'engage à répondre de ses actions dans le futur ; en promettant, il accepte implicitement qu'on lui demande des comptes plus tard sur la manière dont il aura réalisé sa promesse ; il donne sa

⁹⁹³ Voy. G. SIMMEL, *Sociologie. Etude sur les formes de la socialisation*, PUF, 1999, in Michela Marzano, « Qu'est-ce que la confiance ? » [archive], sur www.cairn.info, 2010 (consulté en juin 2016).

parole à quelqu'un d'autre et contracte, par-là, une certaine obligation en autorisant autrui, par la suite, à exiger de lui des actions, des conduites, des prestations »⁹⁹⁴.

1226. Vu sous cet angle, la confiance en droit OHADA voudrait sans nul doute signifier le respect de la parole donnée, au regard de la méfiance que les pays en développement ont développé en matière d'exécution des sentences arbitrales⁹⁹⁵.

1227. En tout état de cause, l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA ne saurait être absolue. En admettant que le consentement à l'exécution forcée nécessite « *un consentement exprès distinct* »⁹⁹⁶, la CCJA reconnaît *ipso facto* la possibilité d'une renonciation expresse à l'immunité d'exécution. Cette jurisprudence de l'OHADA s'inscrit à l'ère des temps et devrait être confortée par le respect de la force obligatoire des contrats et la bonne foi des parties contractantes.

Conclusion du Chapitre 2.-

1228. En somme, l'étude des limites de la conception absolue de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA a révélé, en effet, que les biens publics affectés à une activité économique ou commerciale et la renonciation à l'immunité

⁹⁹⁴ Cf. M. MARZANO, « *Qu'es- ce que la confiance ?* », *op. cit.* En disant « je promets », pour Hume, non seulement j'invite autrui à me faire confiance, mais je l'invite aussi à ruiner ma réputation si je manque à ce que j'ai promis (*Enquête sur les principes de la morale*, III, III, 3). Manquer systématiquement à la parole donnée signifie d'ailleurs mettre en danger l'existence même de la société. Montaigne le dit bien : « *Notre intelligence se conduisant par la seule voye de la parole, celui qui la fauce, trahit la société publique. C'est le seul util par le moien duquel se communiquent nos volontés et nos pensées, c'est le truchement de notre âme : s'il nous faut, nous ne nous tenons plus, nous ne nous entreconnoissons plus. S'il nous trompe, il rompt tout notre commerce et dissout toutes les liaisons de notre police* » (*Essais*, II, 18).

⁹⁹⁵ M. OKILASSALI, « La participation des Etats africains à l'arbitrage du CIRDI », *Rev. Cam. De l'arb.*, n°13, Avril-Mai-Juin 2001, p. 12 : « En raison du nombre non négligeable des affaires impliquant les Etats africains aux différentes procédures arbitrales, les juridictions nationales africaines devraient jouer un rôle utile dans la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Cependant, en pratique, elles ne sont pas sollicitées pour faire procéder à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales "parce qu'elles sont enclines aux pressions (politiques) de leurs gouvernements respectifs leur enjoignant de refuser la reconnaissance et l'exécution des sentences les condamnant à payer les dommages et intérêts aux investisseurs privés". [...] M. ASOUZU note ironiquement [...] que "la plus grande contribution des Etats africains, en ce sens, consiste à résister aux décisions de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues contre lesdits Etats...". Ainsi, une méfiance existe à l'égard des pays en développement et de leurs juridictions nationales ».

⁹⁹⁶ Cf. CCJA, Ass. Plén., no 136/2014 du 11 Novembre 2014, aff. Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) c/ Collectif des ex-employés de l'ASECNA.

d'exécution peuvent permettre de donner effet aux sentences arbitrales administratives de l'OHADA.

1229. Ces limites rappellent « *les raisons d'être* »⁹⁹⁷ d'une immunité d'exécution, à savoir, en droit international, « *la nécessité de ne pas faire obstacle au développement des relations diplomatiques* »⁹⁹⁸, et en droit interne, elle est liée à « *la personnalité publique* »⁹⁹⁹. L'immunité d'exécution ne serait donc pas appliquée, en principe, en présence de ces cas. C'est sans doute pour ces raisons que la CCJA¹⁰⁰⁰ retient, pour qu'une entreprise publique bénéficie de l'immunité d'exécution, elle doit avoir une mission d'intérêt général (comme les personnes publiques), un capital entièrement détenu par l'Etat et des ressources exclusivement d'origine publique.

1230. Il n'est donc pas impossible de renoncer à l'immunité d'exécution. Elle est une règle de droit public protectrice de la personne qui en bénéficie. Ainsi que nous l'avons déjà observé, la personne qui bénéficie de la protection d'une règle du droit public peut y renoncer.

1231. La renonciation à l'immunité d'exécution est alors considérée comme une exception ou une limite au régime juridique de l'exécution forcée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA. Elle est applicable en droit OHADA en ce qu'y sont reconnus les principes de la force obligatoire des contrats et de bonne foi.

1232. Mais, cette renonciation ne s'étend pas à l'exécution forcée sur tous les biens publics. L'exécution forcée sur les personnes publiques ne peut porter que sur les biens affectés à une activité économique et commerciale. C'est à cette occasion la CCJA saura rassurer les investisseurs et opérateurs économiques de son contrôle objectif¹⁰⁰¹ de l'application de l'Acte uniforme.

⁹⁹⁷ D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », *op. cit.*, p. 8.

⁹⁹⁸ *Idem*, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁰⁰ CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA.

¹⁰⁰¹ Cf. P. DEUMIER, dir., *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, cité par B. BARRAUD, « La méthodologie juridique », in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 167 s.

1233. En tout état de cause, les limites de la conception absolue de l'immunité d'exécution sont l'espoir de la communauté des affaires de l'espace OHADA pour l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA. Il ne s'agit pas d'un encouragement à l'exécution forcée contre les personnes publiques de l'OHADA, mais d'une incitation à améliorer les conditions d'exécution volontaire ou spontanée de leurs condamnations pécuniaires.

Conclusion du Titre 2.-

1234. En conclusion, l'exécution forcée des sentences arbitrales administratives de l'OHADA n'est pas à l'abri des conséquences d'une conception absolue de l'immunité d'exécution induite par les prérogatives de puissance publique¹⁰⁰² et entretenue à tort par la CCJA ; en considérant son application *in personam* de cette immunité¹⁰⁰³, il y a lieu de craindre qu'elle se serve du droit pour, peut-on dire, "défendre" ces prérogatives¹⁰⁰⁴.

1235. En effet, la lecture combinée des alinéas 1 et 2 de l'article 30 de l'Acte uniforme semble le siège de l'erreur en ce qu'elle a consisté à faire une liaison entre les entreprises publiques admises au régime de compensation des dettes publiques et les bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

1236. Pourquoi ne pas reconnaître que la compensation et l'immunité d'exécution sont deux régimes juridiques distincts ? L'immunité d'exécution des personnes publiques

¹⁰⁰² V. Ph. LEBOULANGER, « Immunités et arbitrage », in J. VERHOEVEN (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* Bruxelles, Larcier, 2004, p. 25, cité par Ch. DAGBEDJI, « Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales », Thèse, UNIVERSITE LYON 3 (JEAN MOULIN), 2018, p. 2, n°1. Selon l'auteur, « à vrai dire, les notions d'immunité et d'arbitrage apparaissent antinomiques et difficilement compatibles ».

¹⁰⁰³ V. notamment, CCJA, ass. plén., arr. n°042/2014, 23 avr. 2014, aff. Société Armement Sardinier Thonier Ivoirien SARL c/ Société Togo Port (Port Autonome de Lomé), relatif au champ d'application des dispositions relatives à l'immunité d'exécution ; CCJA, ass. plén., arr. n°123/2014, 11 nov. 2014, aff. Hôpital Général de Référence Nationale, en abrégé HGRN c/ Société Total Elf Finio SA, relativement à la condamnation de l'Etat au paiement des causes de la saisie ; CCJA, arr. n°043/2005, 07 juil. 2005, aff. Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM, portant sur l'exception au principe de l'immunité d'exécution.

¹⁰⁰⁴ Selon Ch. DAGBEDJI précité, p. 8-9, n°16, « il est une tendance récurrente qui consiste à se servir du droit à l'effet d'encadrer les prérogatives étatiques ». A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, 2002, p. 3. L'auteur soutient dans sa thèse que « les prérogatives de puissance publique peuvent être mises au service de l'application efficace de la norme économique communautaire dans l'ordre juridique interne ».

de l'OHADA permettant, comme présenté ci-avant, de sauvegarder les missions d'intérêt général et les ressources de ces missions, n'aurait-il pas été plus simple d'assurer le contrôle de ces missions dans les relations entre l'Etat et investisseurs et opérateurs économiques ?

1237. Le régime de compensation peut être envisagé, comme l'affirme la CCJA, pour atténuer les conséquences de l'immunité d'exécution. Mais, ce qui ne serait pas conforme avec les dispositions de l'article 30 précité, c'est de lier ce régime à celui de l'immunité d'exécution.

1238. Donc, l'extension de cette immunité aux entreprises publiques est une dérive qui en ajoute aux préjudices que subit le monde des affaires du fait de l'insaisissabilité des biens publics lorsqu'ils ne sont pas affectés à une activité de souveraineté de l'Etat, et dans le cadre de contrats soumis aux règles impératives du droit public.

1239. En droit comparé, il faut remarquer que la détermination des juges français à sauvegarder le bien-fondé de l'immunité d'exécution des Etats est compensée par la disponibilité d'autres procédés d'exécution des condamnations pécuniaires prononcées à l'encontre des personnes publiques. Il s'agit, notamment, de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

1240. En droit OHADA, le débat sur le régime de la compensation des dettes publiques éloigne cette dernière de ses fonctions réelles et de son efficacité à l'extinction de ces dettes. Comme dirait quelqu'un, y en a marre, et que les véritables moyens d'atténuation des conséquences de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA soient replacés sur la table de discussion.

1241. En tout état de cause, la conception absolue de cette immunité a des limites fondées aussi bien sur le droit international coutumier que sur le droit comparé. Il est clair que les biens affectés à une activité économique ou commerciale ne sont pas insaisissables, et que, bien que posant des conditions pour la validité d'une renonciation à l'immunité d'exécution, les biens affectés à une activité de souveraineté de l'Etat bénéficieront d'une insaisissabilité de principe.

1242. Mais, il faut noter que les biens saisissables s'inscrivent souvent au nombre de ceux qui sont régis par les règles impératives du droit public. Il va donc de soi que

l'exécution des sentences arbitrales fondées sur ces règles puisse rencontrer beaucoup moins de résistance ; ces règles contiennent des offres permanentes à l'arbitrage et le consentement exprès des personnes publiques à l'arbitrage est mentionné dans des contrats spécifiques.

1243. Donc, outre la saisissabilité des biens affectés à une activité économique ou commerciale, la renonciation des personnes publiques à leur immunité d'exécution constitue une autre limite à cette conception absolue. En droit comparé, la renonciation doit être expresse et spéciale pour être valable. Mais, en droit OHADA, la CCJA semble indiqué la piste d'une renonciation expresse.

1244. Néanmoins, l'expérience a montré que deux précautions valent mieux qu'une. Donc, il est souhaitable que la renonciation en droit OHADA soit expresse, et le cas échéant, spéciale ; la renonciation spéciale s'entendant de la mention des « *biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation a été consentie* »¹⁰⁰⁵.

1245. Cependant, à l'exception de ces précautions *ad litem*, les sentences arbitrales dont les contrats litigieux sont soumis aux règles impératives du droit public doivent être exécutées de bonne foi et dans le respect de la force obligatoire des contrats.

¹⁰⁰⁵ Cour d'appel de Versailles du 15 novembre 2012.

Conclusion de la Deuxième Partie.-

1246. D'une manière générale, l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA à la phase de mise en œuvre des mesures d'exécution des sentences arbitrales administratives se voudrait de ramener le débat sur la conception absolue de cette immunité à celui de l'efficacité de l'interprétation que fait la CCJA de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

1247. L'objectif de cet article consisterait-il à étendre l'immunité d'exécution aux entreprises publiques bénéficiant du régime de compensation des dettes publiques, ou bien, ce régime de compensation serait-il juste une atténuation aux conséquences de cette immunité ?

1248. En essayant de répondre à cette question, nous avons noté qu'en observant que les personnes publiques puissent consentir à renoncer à leur immunité d'exécution¹⁰⁰⁶, la CCJA reconnaissait par là-même les limites de la conception absolue de cette immunité.

1249. En outre, en droit comparé, l'immunité d'exécution a perdu de son absolutisme et son application est désormais fondée sur la validité de la renonciation des personnes publiques à s'en prévaloir.

1250. Donc, l'interprétation que fait la CCJA de l'article 30 de l'Acte uniforme précité, en liant le régime de l'immunité d'exécution à celui du bénéficiaire de la compensation, déplace la véritable problématique de l'immunité d'exécution de l'OHADA.

1251. Certes, en se reconnaissant la compétence de déterminer les bénéficiaires de cette immunité d'exécution, la CCJA préserve ce régime de la subjectivité des Etats parties de l'OHADA. Mais, le problème que poserait l'article 30 précité est moins celui de l'immunité d'exécution que des conditions de son application.

¹⁰⁰⁶ Cf. CCJA, Ass. Plén., no 136/2014 du 11 Novembre 2014, aff. Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) c/ Collectif des ex-employés de l'ASECNA.

1252. En effet, l'immunité d'exécution n'a pas été actualisée avec l'admission des personnes publiques à compromettre en arbitrage. En supposant que les sentences arbitrales administratives ne puissent être exécutées que par le procédé de compensation, le régime juridique de cette dernière ne permet pas, en dépit de certaines exceptions relevées en droit comparé, qu'elle soit invoquée par les particuliers. Donc, la compensation n'aurait pas permis ainsi, comme l'affirme la CCJA, d'atténuer les conséquences de cette immunité.

1253. Comme évoqué ci-avant, la Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA, du 26 juin 2009, et le Décret n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant Règlement général sur la comptabilité publique n'ont pas été actualisés avec les objectifs du Traité de l'OHADA.

1254. C'est aussi le cas de l'exécution forcée desdites sentences. L'immunité d'exécution qui constitue un obstacle à leur exécution ne contient aucune exception à son application en matière d'arbitrage.

1255. En d'autres termes, le droit OHADA ne contient aucune règle favorable à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA, en raison de cette soi-disant immunité d'exécution dont la conception absolue ne désavantage que le dynamisme de la pratique de l'arbitrage administratif dans l'espace OHADA.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1256. Il résulte de la présente étude que l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA peut se heurter, à divers niveaux de la procédure, aux prérogatives de puissance publique. L'admission de ces personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage n'a donné lieu à l'adoption d'aucune règle spécifique en matière d'exequatur, d'exécution volontaire et d'exécution forcée des sentences issues de ce type d'arbitrage.

En somme, le droit OHADA ne reconnaît pas les spécificités d'un arbitrage administratif et paraît ainsi sous-estimer les conséquences des prérogatives de puissance publique sur l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à l'encontre d'une personne publique. Ce qui constitue un obstacle majeur pour le développement de la pratique de l'arbitrage administratif de l'OHADA.

1257. Les pères fondateurs¹⁰⁰⁷ de l'OHADA avaient déjà pressenti les problèmes qu'engendrerait le libéralisme de l'arbitrage OHADA au regard du silence du législateur de l'OHADA face à la portée des prérogatives de puissance publique en matière d'arbitrage.

L'admission des personnes publiques à compromettre en arbitrage pose l'épineuse problématique de la place des prérogatives de puissance publique à la phase, aussi bien, de la procédure arbitrale, que de l'exécution des sentences arbitrales administratives. Même le Rapport LABETOULLE¹⁰⁰⁸ n'a pu convaincre des conditions de participation des personnes publiques à un arbitrage interne.

¹⁰⁰⁷ Nous pensons, en tout premier lieu, à feu Juge Kéba MBAYE. Cf. UNIDA/www.ohada.com et <https://www.ohada.com/actualite/4873/promotion-du-droit-ohada-au-burundi-appel-a-soutiens-et-a-contributions.html#:~:text=Cr%C3%A9%C3%A9e%20en%201998%20%C3%A0%20l,%C5%93uvrer%20%C3%A0%20la%20mobilisation%20des>

¹⁰⁰⁸ Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage (dénommé Rapport Labetoulle du nom de son président) en date du 13 mars 2007 élaboré dans le cadre d'une réflexion sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux. Sur le principe général du droit public français relatif à l'interdiction des personnes publiques d'avoir recours à l'arbitrage, v. Concl. Gazier sur CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677,

1258. Certes, les Etats parties de l'OHADA¹⁰⁰⁹ ne sont pas à leur première expérience d'un arbitrage administratif¹⁰¹⁰ ; mais, jamais, un arbitrage n'a suscité autant d'inquiétudes¹⁰¹¹ que celui de l'OHADA, en raison de son application, non plus seulement aux litiges internationaux.

Les litiges internes nés des contrats administratifs¹⁰¹² y trouvent désormais une place de choix. Or, c'est dans le droit interne que se définissent ces prérogatives, dont,

D.1958.517 ; CE Avis 6 mars 1986, n°339710, GACE n°15 ; CE 29 octobre 2004, Sueur et autres, Leb. p. 393, concl. Casas.

¹⁰⁰⁹ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est née du Traité de Port-Louis (République de Maurice) relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008 est une initiative de quatorze (14) Etats africains membres de la zone franc. A la date de la présente thèse, les Etats parties de l'OHADA sont au nombre de dix-sept (17), à savoir, le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

¹⁰¹⁰ Les Etats parties de l'OHADA participent à l'arbitrage d'investissement du CIRDI et à l'arbitrage commercial international, notamment, celui de la CCI. Les Etats demeurent des acteurs à part entière de la pratique du commerce et des investissements internationaux. « La multiplication des échanges comme les besoins de développement, les conduisent à participer eux-mêmes au commerce mondial et à contracter avec des personnes privées étrangères » et « dans cette sphère économique, ils deviennent des partenaires « normaux » en ce que « les pouvoirs qu'ils tiennent de leur souveraineté et de leur qualité de puissance publique se trouvent (...) compensés par la puissance économique de leurs cocontractants ». Voy. Sandrine Chaillé de Néré, « Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé », Préface de Jean-Pierre Laborde, Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, n°102 et s., citée par D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, n°22, 2009, p. 39.

¹⁰¹¹ Voy. P.-G. POUGOUE, « Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA », Presses Universitaires d'Afrique, 2000, p. 293-294. « Le sentiment qui se dégage du droit africain de l'arbitrage est mitigé en ce qui concerne la question de l'immunité des Etats et autres personnes morales de droit public ». L'auteur affirme que ce droit reste étrangement timide sur le terrain de l'immunité d'exécution. En fait, la question n'est pas abordée dans la législation sur l'arbitrage. V. aussi Ph. FOUCHARD (sous la direction de), « L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Travaux du Centre René-Jean DUPUY Pour le Droit et le Développement, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 97. Dans la même veine, D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, n°22, 2009, p. 9 : « [...] était-il nécessaire d'impliquer les personnes publiques ? Pourquoi en est-on arrivé à la banalisation, à l'abolition de toute spécificité de l'arbitrage impliquant les personnes publiques [...] ».

¹⁰¹² Dans la mesure où les travaux publics et les services publics sont concernés, on devrait parler de contrats administratifs. Un contrat administratif est « un contrat dont l'une des parties est une personne publique et dont la connaissance appartient à la juridiction administrative soit en vertu d'une attribution légale de compétence, soit parce qu'il porte sur l'exécution même d'un service public ou comporte des clauses exorbitantes de droit commun ». Les contrats administratifs par leur objet sont ceux relatifs à l'exécution des travaux publics, ou comportent occupation du domaine public, ou encore ceux relatifs à l'organisation ou à l'exécution même d'un service public. L'administration ne peut se passer de faire des contrats avec des partenaires privés pour s'assurer un apport de capitaux et la collaboration de ces partenaires. Marchés publics, concession de service public ou délégation de service public, sont autant de mécanismes juridiques qualifiés d'administratifs en droit administratif franco-africain et qui, sous couvert parfois de PPP, recouvrent les investissements accueillis dans les Etats concernés. Dans le droit des investissements internationaux, la distinction entre contrat administratif et contrat privé de l'administration n'est pas admise. Ce sont les arbitres de l'affaire *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co.* (dite affaire de l'Aramco) qui ont refusé tout droit de cité aux conceptions du droit administratif français invoquées par le Gouvernement saoudien. Voy. D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », RBSJA, n°22, 2009, p. 39 et s.

notamment, le régime juridique de l'immunité d'exécution. Donc, l'absolutisme de l'immunité d'exécution de l'OHADA peut être un frein au développement de la pratique de l'arbitrage administratif si ce privilège des personnes publiques de l'OHADA n'est pas adapté à ce type d'arbitrage.

1259. Aussi, le silence du législateur de l'OHADA sur l'application de l'immunité d'exécution aux sentences arbitrales administratives apparaî-t-il comme un problème de recherche idéal. La question qu'on s'est posée, en effet, est de savoir comment mettre en œuvre les sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA sans se heurter à leur immunité d'exécution.

C'est donc, par prémonition que le Professeur Ph. FOUCHARD avait fait observer que « *Si en matière d'arbitrage international, il est admis que l'Etat et les collectivités publiques soient ramenés au rang de simples particuliers, individus ou personnes morales de droit privé, cette position ne s'impose pas aisément dans l'ordre interne. Au demeurant, il y a lieu de se demander si en légiférant de la sorte le Conseil des Ministres n'a pas engagé les Etats au-delà de ce qu'ils auraient pu accepter dans un autre contexte* »¹⁰¹³.

1260. Mais, les carences du droit OHADA ne sauraient faire jurisprudence. En effet, en droit comparé, l'immunité d'exécution est inopposable à l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques, à l'exequatur des sentences arbitrales administratives et à l'exécution forcée et volontaire de ces sentences.

1261. Afin d'apporter quelques éléments de réponses à la question que pose la présente étude, nous avons procédé, tout d'abord, à l'identification des débiteurs des condamnations pécuniaires des personnes publiques. Ces débiteurs pouvant être de droit public ou de droit privé, l'identification a permis de savoir si l'immunité d'exécution leur est applicable de par la loi. Le créancier n'ayant aucun intérêt à s'y confronter, il aura préféré recouvrer sa créance sur les émanations de l'Etat.

Cependant, la personnalité morale¹⁰¹⁴ des entreprises présumées émanations de l'Etat oblige le créancier à « *percer le voile* »¹⁰¹⁵ en démontrant tout d'abord, l'absence

¹⁰¹³ Ph. FOUCHARD, « L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 97.

¹⁰¹⁴ Cass. com. 23 nov. 1999, préc. *supra*, n° 201 ; CA Douai, 23 mai 2002, DMF 2002.711

¹⁰¹⁵ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 17 ; I. CORDIER, « Armateur », octobre 2002 (actualisation : janv. 2015), Répertoire de droit

d'indépendance fonctionnelle de ces entreprises vis-à-vis de l'Etat, et ensuite, la confusion du patrimoine de ces dernières avec celui de l'Etat. Ainsi, ces entreprises publiques peuvent être tenues du paiement des condamnations pécuniaires de l'Etat ; *a contrario*, le principe de l'autonomie de la personne morale s'y oppose.

Quant aux débiteurs de droit public, en l'occurrence, les personnes publiques, cette identification permet d'analyser l'applicabilité de leur immunité d'exécution avant d'engager contre elles des voies d'exécution forcée. Mais, le statut juridique de ces personnes publiques est régi par deux instruments juridiques communautaires distincts. C'est une particularité des personnes publiques de l'OHADA dont le double régime juridique peut changer d'un ordre juridique communautaire à un autre, les organes de décisions étant autonomes les uns des autres.

Alors, un mécanisme d'harmonisation des matières communautaires peut être envisagé au niveau des organisations communautaires de l'Afrique subsaharienne concernées en matière d'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA.

A cet effet, l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage peut être complété de manière à ressortir que les personnes publiques, prévues par cette disposition, sont celles auxquelles est applicable le Règlement général sur la comptabilité publique. Le même exercice devrait s'effectuer également au niveau de l'article premier, alinéa 1 du Traité de l'UEMOA, en ajoutant que ces personnes publiques sont celles que le droit OHADA admet à compromettre en arbitrage. Ainsi, il y aura identité entre les personnes publiques de l'OHADA et celles de l'UEMOA ou CEMAC, selon le cas.

1262. Ensuite, nous avons démontré que l'immunité d'exécution ne fait pas non plus obstacle à l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA ; l'exequatur n'est pas un acte d'exécution¹⁰¹⁶. Le consentement de l'Etat à l'arbitrage vaut renonciation à son immunité de juridiction jusque, et y compris, l'octroi de l'exequatur de la sentence arbitrale¹⁰¹⁷.

commercial, Dalloz 2018. V. aussi, J.-B. RACINE, « Saisie des bateaux, navires et aéronefs », Répertoire de procédure civile, décembre 2014, Dalloz 2018, p. 13, 140.

¹⁰¹⁶ Paris, 26 juin 1981, Benvenuti et Bonfant SARL c/ Gouvernement de la République populaire du Congo, JDI 1981. 843, note OPPETIT.

¹⁰¹⁷ SEEE : Civ. 1re, 18 nov. 1986, JDI 1987. 120, note Oppetit.

Cependant, l'exequatur des sentences arbitrales impliquant les personnes publiques de l'OHADA pose le problème, non seulement, de compétence juridictionnelle, mais aussi, de l'intensité du contrôle du juge de l'exequatur.

L'admission des personnes publiques de l'OHADA à compromettre en arbitrage n'ayant pas aboli « *[le] dualisme juridictionnel et donc [...] la répartition de compétence entre juridictions judiciaires et juridictions administratives* » ¹⁰¹⁸, les demandes d'exequatur des sentences arbitrales administratives, en droit interne des Etats parties de l'OHADA, devraient être portées devant la juridiction administrative territorialement compétente.

En considération de l'intérêt de la reconnaissance de cette compétence, il conviendrait d'envisager la modification des législations nationales des Etats parties de l'OHADA relative à l'article 30 de l'Acte uniforme afin d'y introduire la compétence des juridictions administratives en matière d'exequatur des sentences arbitrales administratives.

A l'égard de la CCJA, il faut reconnaître qu'elle semble victime de ses propres attributions. Elle est, à la fois, une juridiction de cassation au niveau communautaire et un organisme d'arbitrage spécifique, comme celui du système CIRDI. Contrairement à ce dernier, la CCJA ne semble pas distinguer les décisions d'exequatur de nature administrative, de celles de nature judiciaire. Dans ces conditions, ne devrait-elle pas préciser que les décisions nationales qui refuseraient l'exequatur d'une sentence administrative peuvent faire l'objet de recours devant la CCJA afin de promouvoir les spécificités de l'arbitrage administratif ?

En ce qui concerne l'intensité du contrôle¹⁰¹⁹ du juge de l'exequatur, il résulte d'une décision de la CCJA l'application du principe de la non-révision au fond¹⁰²⁰ des sentences arbitrales. Ce principe, dont le but est de veiller au respect de l'autonomie de l'arbitrage, est une garantie essentielle du développement de la pratique de l'arbitrage administratif.

¹⁰¹⁸ J.-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, n°214, p. 159. Voy. aussi, Denis BENSUADE, « Exequatur administrative », *Gazette du Palais* - 11/01/2014 - n° 011, lexisnolux.com/doc/159n6, p. 1.

¹⁰¹⁹ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 163, n°218 et s. Voy. aussi, M. AUDIT, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », *Cah. Arb.* 2015, p. 235 ; L. Jeager, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2015, p. 253.

¹⁰²⁰ CCJA, arr. n° 012/2011 du 29 novembre 2011, République de Guinée Equatoriale et La Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) c/ La Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE).

1263. Dans la même veine, nous avons aussi démontré que l'immunité d'exécution est inapplicable à l'exécution volontaire desdites sentences arbitrales administratives, en ce qu'elle ne constitue pas une voie d'exécution¹⁰²¹.

Mais, l'atténuation des conséquences de l'immunité d'exécution des personnes publiques de l'OHADA à travers le procédé de compensation¹⁰²², ne paraît pas satisfaisante, dans la mesure où le créancier qui n'aurait aucune dette à l'égard de l'Etat pourrait se sentir lésé.

Considéré, d'abord, en divergence¹⁰²³ avec le Règlement général sur la comptabilité publique, ce procédé n'est pas une matière communautaire. Les règles substantielles et procédurales de la compensation relèvent de la compétence du droit interne des Etats parties de l'OHADA à travers la Directive de l'UEMOA relative au Règlement général sur la comptabilité publique.

En tant que règle de procédure, la compensation, autant que l'ordonnancement ou le mandatement, a été identifiée par le législateur de l'OHADA en raison de ses avantages par rapport aux autres procédés. Elle est sans contrainte et l'acquiescement à la sentence serait considérée comme une renonciation au recours en annulation.

Somme toute, la compensation est une matière relevant de la compétence d'un autre ordre juridique communautaire dont l'application, à l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA, nécessiterait une harmonisation du Règlement général sur la comptabilité publique avec les objectifs du Traité de l'OHADA¹⁰²⁴.

¹⁰²¹ Voy. R. ODENT, fasc. 4, p. 1601.

¹⁰²² Dans le langage propre au Code civil, la "compensation" est une opération par laquelle une créance et une dette s'annulent mutuellement à concurrence de la somme la plus faible, de sorte que si elles ne sont pas d'un montant égal, seul le solde en devient exigible. La compensation n'a pas les mêmes fonctions en droit OHADA comme en droit UEMOA. Suivant l'art. 53, du Décret de la République du Bénin n°2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique, conformément à la transposition en droit interne béninois de l'article 41 de la Directive de l'UEMOA portant règlement général de la comptabilité publique, « *Les débiteurs de l'Etat ne peuvent pas se prévaloir de leurs créances vis-à-vis de l'Etat pour s'opposer au paiement de leurs dettes. Par contre, le comptable doit, préalablement à tout paiement, opérer la compensation légale entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse* ».

¹⁰²³ Cf. F. M. SAWADO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public de l'espace OHADA », Ohadata D-11-43, p. 11.

¹⁰²⁴ A titre de rappel, les objectifs de l'OHADA consistent, notamment, à « *établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* », et « *à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* » (Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en

1264. Quant à l'exécution forcée desdites sentences, il a été, tout d'abord, démontré qu'elle peut se heurter à l'immunité d'exécution des personnes publiques si ces dernières n'y ont pas renoncé. En effet, l'immunité d'exécution est une prérogative des personnes publiques dont la sauvegarde peut entraîner des obstacles à l'exécution forcée des sentences arbitrales administratives. La conception absolue de cette immunité par la CCJA s'inscrirait dans ce cadre.

Mais, la renonciation à cette immunité contribuerait à l'exécution forcée des sentences arbitrales administratives. Ainsi, il a été noté que la renonciation peut être implicite ou expresse.

1265. En considération de tout ce qui précède, l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA ne poserait que le problème de consentement de ces dernières à renoncer à leur immunité d'exécution.

Donc, la conception absolue de l'immunité d'exécution, en droit OHADA, ne ferait obstacle à l'exécution forcée desdites sentences qu'à défaut de ce consentement. Mais, comme nous l'avons abordé, le consentement des personnes publiques à renoncer à leur immunité d'exécution est une première étape qui permettrait de retarder l'exécution forcée de ces sentences. L'effectivité du paiement des condamnations pécuniaires des personnes publiques dépendrait, ensuite, de la validité de cette renonciation, laquelle, depuis l'affaire *Commisimpex*¹⁰²⁵, doit être expresse, au sens du droit international coutumier, dont fait partie la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004¹⁰²⁶.

Mais, la question à laquelle nous avons essayé de répondre est de savoir si la renonciation à son immunité d'exécution, au sens de la Convention des Nations Unies précitée, est fondée en droit OHADA alors que ladite Convention n'est pas encore entrée en vigueur.

Les réponses à cette question peuvent être fondées sur la force obligatoire et l'exécution de bonne foi des conventions et règlements d'arbitrage. Alors, devrait-on

Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008).

¹⁰²⁵ V. Cass. civ. 1ère, 13 mai 2015, n° 13-17.751 : JurisData n°2015-011133.

¹⁰²⁶ X. NYSSSEN, « Le nouveau régime des immunités d'exécution des Etats étrangers », site Internet consulté ce 24.12.2021 : <https://www.magazinedesaffaires.com/le-nouveau-regime-des-immunités-dexécution-des-etats-étrangers/>

envisager la réécriture ou la modification de ces conventions et règlements d'arbitrage afin d'y intégrer le caractère exprès de la renonciation des personnes publiques de l'OHADA à leur immunité d'exécution en matière d'arbitrage ?

1266. En tout état de cause, l'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA ne saurait se limiter à la conception absolue de l'immunité d'exécution dont bénéficient ces personnes sans rechercher leur consentement à y renoncer valablement.

1267. Le caractère personnel de l'immunité d'exécution de l'OHADA observé à ce jour, serait ainsi inapplicable aux sentences arbitrales administratives dont les contrats litigieux, fondés sur les règles impératives du droit public, pourraient traduire, d'une part, une renonciation implicite des personnes publiques à leur immunité d'exécution, et d'autre part, une renonciation expresse à ladite immunité.

1268. Donc, la présente étude permet de relativiser l'application systématique de l'immunité d'exécution aux personnes publiques et d'infirmer la tendance jurisprudentielle en la matière. L'affaire connue sous le nom de *Aziablévi YOVO*¹⁰²⁷, comme toutes celles qui ont suivi¹⁰²⁸, a été abondamment critiqué en ce que, selon un auteur¹⁰²⁹, « *elle lançait malheureusement un signal perçu de manière négative par les milieux d'affaires africains et internationaux appelés à contracter avec des personnes publiques pouvant ainsi se prévaloir à leur encontre de cette jurisprudence* ».

D'autres auteurs ont aussi critiqué l'extension de l'immunité d'exécution de l'OHADA aux entreprises publiques¹⁰³⁰. Mais, les contentieux ayant donné lieu à ces

¹⁰²⁷ CCJA, 1ère Ch. Arr. N° 43/2005, du 07 Juil. 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM.

¹⁰²⁸ Voir notamment, CCJA, 2e Ch., n° 09/2014 du 27 Février 2014 ; Tribunal de première instance de première classe de Lomé, n° 76/2018 du 04 Juin 2018 ; CCJA, 3e Ch., n° 24/2014 du 13 Mars 2014 ; CCJA, Assemblée plénière, n° 105/2014 du 04 Novembre 2014 ; CCJA, Assemblée plénière, n° 136/2014 du 11 Novembre 2014 ; CCJA, 1ère Ch., n° 149/2015 du 26 Novembre 2015 ; CCJA, 1ère Ch., n° 44/2016 du 18 Mars 2016 ; CCJA, 3e Ch., n° 103/2018 du 26 Avril 2018 ; CCJA, 2e Ch., n° 259/2018 du 13 Décembre 2018 ; Cour d'appel de Commerce d'Abidjan, 1ère Ch., n° 94/2020 du 27 Février 2020 ; etc.

¹⁰²⁹ O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in M. AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. J.-B. AUBY), Bruylant 2011.

¹⁰³⁰ CCJA, 1ère Ch. arr. n° 43/2005, 07 Juillet 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM ; voy. notamment, O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in M. AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif (Sous dir. J.-B. AUBY), Bruylant 2011, p. 14-15 ; F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Rev. cam. arb.*, num. spéc., févr. 2010, p. 136, Ohadata D-11-43, p. 12 ; Ph. FOUCHARD, *op. cit.* ; C. D. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace

décisions de la CCJA n'ont pas de fondement conventionnel ou contractuel comportant renonciation du cocontractant public à son immunité d'exécution, encore moins une affectation de biens à l'activité à l'origine de ces contentieux ou à l'exécution de la décision sans lien avec l'activité qui y a donné lieu.

En somme, l'immunité d'exécution a des limites à l'égard des personnes publiques de l'OHADA. L'affaire *Commisimpex* peut être invoquée à cet effet pour raison de droit.

1269. Au regard de tout ce qui précède, la renonciation des personnes publiques de l'OHADA à leur immunité d'exécution peut permettre de donner effet aux sentences arbitrales rendues contre elles. Mais, cette renonciation n'a d'effet qu'en matière d'exécution forcée des sentences arbitrales administratives. Ainsi, autant en cette matière, notre hypothèse de départ se confirme relativement aux conséquences de la limitation du champ d'application du droit OHADA au domaine du droit des affaires¹⁰³¹. On ne saurait comprendre que le droit OHADA impose à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'encontre des personnes publiques de l'OHADA des règles que n'applique le droit comparé en la matière.

Cependant, la ratification par les Etats parties de l'OHADA de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 pourrait contribuer à l'efficacité des règles applicables à l'exécution des sentences arbitrales administratives de l'OHADA dans le sens des affaires *Creighton*¹⁰³², *NML Capital*¹⁰³³ et *Commisimpex*¹⁰³⁴.

OHADA », RBSJA, 2009, n°23 ; P.-G. POUGOUE, « Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA », Presses Universitaires d'Afrique, 2000, p. 293-294.

¹⁰³¹ Cf. Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

¹⁰³² Cass. 1^{ère} ch. civ., 6 juil. 2000, société Creighton Limited c/ Ministère des Finances de l'Etat du Qatar.

¹⁰³³ *Op. cit.*, n°121.

¹⁰³⁴ *Idem.*

I. OUVRAGES GENERAUX

1. ANCEL B., LEQUETTE Y., « Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé », Sirey 1987.
2. ANCEL J.-P., « Le contrôle de la sentence », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000.
3. ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M., « Droit des contrats internationaux », Sirey, 1re éd., 2016.
4. ARFAZADEH H., « Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation », ABI-SAAB G. (Avant-propos), JACQUET J.-M. (Préface), Bruylant – LGDJ – Schulthess, 2005.
5. ASSI-ESSO A.-M. H. et DIOUF Ndiaw, « OHADA – Recouvrement des créances », Bruylant, Bruxelles, 2002.
6. AUDIT B., « L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat », Centre d'Etude et de Recherche de droit international et des relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye, 1987.
7. GUEYE B., « La démocratie en Afrique : succès et résistances », Ed. Le Seuil, 1990.
8. BALATE E. et MENETREY S., « Questions de droit économique : les défis des Etats africains », Actes des colloques de Bruxelles et Yaoundé, LARCIER, 2011.
9. BELLAL A., « Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ? », Bruylant 2011.

10. CHAILLE de NERE S., « Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n°102 et s.
11. CHAPUS R., « Droit administratif général », Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., pp. 545 et s.
12. COMBACAU J., SUR S., « Droit international public », Domat-Montchrestien, 9^{ème} édition, 2010.
13. DELMAS-MARTY, M., « Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits », Presses Universitaires de France, 2004.
14. DHIEDHIOU P., « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel JACQUET*, sous la direction de Marcelo Kohen et Dolores Bentolila, « Le droit des rapports internationaux économiques et privés », LexisNexis, 141 rue de Javel – 75015 Paris.
15. DJOGBENOU J., « La réforme de la procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes au Bénin : une légistique impossible ? », in *De l'esprit du droit africain*, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUÉ, Paris, Wolters Kluwer, 2014, pp. 245-268.
16. FARJAT G., « L'ordre public économique », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.
17. FOUCHARD Ph., « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 381.
18. DIALLO I. Kh., « Arbitrage commercial interne et international OHADA – Sénégal – Côte d'Ivoire – Guinée », Institut Afrique-Mer, Dakar, 1999.

19. GAILLARD E., « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », Ed. Martinus Nijhoff, 2008, p. 240.
20. GUETTIER Ch., « Droit administratif des biens », 2008, 1^{re} éd.
21. GUETTIER Ch., « Droit des contrats administratifs », 2011, 3^e éd.
22. JACQUET J.-M., « Voici venu le temps des traités ! Quelques réflexions sur l'évolution du droit des contrats d'Etat », *in* La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflisch, Leiden, M. Nijhoff, 2007, p. 1121-1131.
23. HAURIOU M., « Principe du droit public », 2^e éd., Sirey, 1916.
24. KAMTO M., « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », FOUCHARD Philippe (Sous la direction de), L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 93.
25. LALIVE P., « Un faux problème : monisme ou dualisme dans la législation arbitrale », *in* Mélanges F. Dessemontet, CEDIDAC, 2009, p. 255.
26. LATTY F., « Le droit transnational économique », *in* Droit de l'économie internationale, Paris, A. Pedone, 2004, p. 109 et s.
27. LEBOULANGER Ph., « Les contrats entre Etats et entreprises étrangères », Paris, Economica, 1985, pp. 235 et s.
28. TAORMINA G., « Les apports de la jurisprudence en matière d'immunité internationale d'exécution forcée », *in* Etudes offertes à J. NORMAND, Justice et droits fondamentaux, Paris, Litec, 2003, p. 439.
29. LEBOULANGER Ph., « Immunités et arbitrage », *in* Le droit international des immunités contestation ou consolidation, Paris, LGDJ, 2004, p. 253.

30. LEGUM B., « La réforme du CIRDI vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational ? » *in* Où va le droit de l'investissement, désordre normatif et recherche d'équilibre, actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006 (sous la direction de F. HORCHANI), Paris, Pedone, 2006, p. 283 à 287.
31. LEMAIRE S., « Les contrats internationaux de l'administration », LGDJ, 2005.
32. MANCIAUX S., « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissant d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI », Paris, LITEC 2004.
33. MAYER P. et HEUZE V., « Droit international privé », Montchrestien, 10^{ème} édition, 2010
34. MEYER P., « OHADA – Droit de l'arbitrage », Bruylant, Bruxelles, 2002.
35. POULAIN B., « L'investissement international : définition ou définitions ? » *in* Aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, Centre d'Etude et de Recherche de l'Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, p. 123 à 150.
36. RACINE J.-B. et SIIRIAINEN F., « Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs », *in* Sécurité juridique et droit économique, actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2006 à la Faculté de droit de Sophia Antipolis, Nice, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 6.
37. RACINE J.-B., « Droit de l'arbitrage », PUF, 2016, Paris.
38. VEDEL G., DELVOLLE P., « Droit administratif », Tome 2, PUF 1992.
39. VERHOEVEN J., « Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ? », 2004, LARCIER.

40. WEILL P., « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, Paris, Litec, 1987, p. 387.

II. OUVRAGES SPECIALISES

1. ASSIEHUE A., « Système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA, Guide pratique de procédure », éd. 2012, p. 29 et s.
2. AUDIT B., CANIVET A., CRIVELLARO A., GIARDINA A., JARROSSON C., LEMAIRE S., MANCIAUX S., MATRINGE J., NOUVEL Y., RIVIER R., RUBINS N., SANTULLI C., WÄLDE T. W., ZIADE R. (Sous dir. C. LEBEN), « La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux », LGDJ, p. 239 et s.
3. COHEN D., « Immunités d'exécution des Etats et arbitrage international », Mélanges P. MAYER, 2015, LGDJ.
4. DIALLO I. K., « Arbitrage commercial interne et international (OHADA Sénégal-Côte d'Ivoire-Guinée) », Publication de l'Institut Afrique-Mer, juill. 1999, pp. 126 et s.
5. EL SAWAH S., « Les immunités des Etats et des organisations internationales : immunités et procès équitables », 2012, Larcier.
6. JOURDAN-MARQUES J., « Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales », Paris, LGDJ, 2017.
7. KAMTO M., « L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruylant, 2000, p. 89 et s.
8. KENFACK DOUAJNI G., « L'Etat africain dans l'arbitrage international », P.U.P.P.A, 12/2018.
9. LAAZOUZI M., « L'arbitre international et les contrats administratifs français », Mélanges P. MAYER, 2015, LGDJ.

10. LAMY, « Droit de l'exécution forcée », n° 725-55.
11. LEBOULANGER Ph., « La renonciation à l'immunité d'exécution : désordre ou pragmatisme ? », Mélanges P. MAYER, 2015, LGDJ.
12. RACINE J.-B., « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », Paris, LGDJ, 1999.
13. RENDERS D., DELVOLVE P. et TANQUERE Th. (Sous la direction de), « L'arbitrage en droit public », 04/2010, Bruylant.

III. Dictionnaires

1. ALLAND D. et RIALS S. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Lamy, PUF, 2003.
2. CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.
3. CORNU G. (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2012.
4. POMIES O., Dictionnaire de l'arbitrage, Didact. Droit, Rennes, PUR, 2011.
5. ROLAND H., BOYER L., « Adages du droit français », 4^{ème} éd., Paris, Litec, 1999.
6. SALMON J. (dir.), Dictionnaire de droit international public, préf. G. GUILLAUME, Bruylant, AUF, 2001.

IV. ARTICLES, RAPPORTS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

1. ALLAND D., FLEURY GRAFF T., « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », Dalloz, *Revue critique de droit international privé*, 2016/1 N° 1, p. 1 à 19, disponible sur le

site Internet : <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2016-1-page-1.htm>

2. ANCEL J.-P., « Le contrôle de la sentence », in Philippe FOUCHARD, *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 189-198.
3. ANCEL J.-P., « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Travaux du Comité français de droit international privé Année 1994 11 pp. 75-119, cf. site Internet : https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1994_num_11_1991_1203
4. AQUEREBURU C. A., « L'Etat, justiciable de droit commun dans le traité OHADA », Recueil Penant – Revue Trimestrielle de Droit Africain, 2008, n° 865, p. 503.
5. AUDIT M., « La renonciation par un État à son immunité d'exécution », publié le 01 Jan 2014, disponible sur le site Internet : https://doi.org/10.1163/9789004251632_007
6. AUDIT M., « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM) », Rev. Arb. 2010, p. 253.
7. AUDIT M., « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », Rev. Arb., 2004, n°3, p. 541.
8. AVENA-ROBARDET V., « Les règles de l'immunité d'exécution des Etats étrangers », *Dalloz actualité*, 16 avril 2013.
9. BARADUC E., « Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution », Revue des contrats, 01/01/2005, n°1, p. 143.
10. BARRAUD B., « Droit public-Droit privé : De la summa divisio à la ratio divisio ? », RRJ, n°3, Marseille, PUAM, 2014, pp. 1101-1132.

11. BENCHEVEB A., « La contrariété à la convention européenne des droits de l'homme d'une loi anéantissant une sentence arbitrale », *Rev. Arb.* 1996. 181.
12. BEN HAMIDA W., « La participation des personnes publiques à l'arbitrage international », *JADA*, supplément 2012, p. 15.
13. BOLLÉE S., « Les contrariétés de décisions dans le contrôle des sentences arbitrales », *in* *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 101-108.
14. BREDIN J.-D. « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* », *in* *Travaux du Comité français de droit international privé*, 25-27e année, 1964-1966, 1967, pp. 19-51.
15. CLAY Th., « Jusqu'où ira le contrôle des sentences arbitrales par le juge ? », publié, le 18/06/2018 11:55, cf. site Internet : https://www.jss.fr/Jusqu'ou_ira_le_controle_des_sentences_arbitrales_par_le_juge_-1299.awp
16. CUPERLIER O., « Arbitrage OHADA et personnes publiques », *in* M. AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Coll. Droit administratif, Bruylant 2011.
17. DELANOY L.-Ch., « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007.
18. DERAIS Y., « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.* 1986, p. 375.
19. DJOGBENOU J., « L'exécution forcée, Législation béninoise et droit OHADA », Cotonou, Juris, Ouanilo, 2006, 301 p.
20. DUPEYRE R., « L'apport des Républiques du Congo à la jurisprudence française sur l'arbitrage et le droit international privé », *Revue Congolaise de Droit et des Affaires*, n°5, 2011, p. 43.
21. DUPEYRE R., « Les immunités de juridiction et d'exécution des Etats dans l'arbitrage international », disponible sur :

22. http://avocats.fr/space/romain.dupeyre/content/les-immunités-de-jurisdiction-et-d-execution-des-etats-dans-l-arbitrage-international_073A360C-7269-4309-B7A3-8571603ED5D1
23. FILLE-LAMBIE O. et LONCLE J.-M., « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public – Aspects de droit français et de droit OHADA », RDAI, 2003, n°1, pp. 3 et s.
24. FORTEAU M., « La pratique des immunités des Etats étrangers en droits britannique et français : commentaire de l'arrêt NML Capital Limited (appellant) v Republic of Argentina (Respondent) », disponible sur le site : <http://m2bde.u-paris10.fr/node/2392>
25. FOUCHARD Ph., « L'arbitrage commercial international », Paris, Dalloz, 1965, p. 428.
26. FOUCHARD Ph., « Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage », Les Petites Affiches, numéro spécial, 13 octobre 2004, pp. 52 et s.
27. FOUCHARD Ph., « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », Rev. arb. 1998, p. 653
28. FOUSSARD D., « L'arbitrage en droit administratif », Rev. arb. 1990.4 s.
29. GAILLARD E., « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », Texte de la conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007, disponible sur : www.courdecassation.fr
30. GAUDEMET Y., « Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution », Revue des contrats, 01/01/2005, n°1, p. 133, sur le site Internet :
31. GAUDEMET Y., « L'arbitrage : aspects de droit public. Etat de la question », Rev. arb. 1992. 241, spéc. p. 245.
32. GAUDEMET Y., LAPP C. et STEINER A., « Les personnes publiques et l'arbitrage international », D. 2011. 2552.

33. GJIDARA M., « Le cinquantenaire des tribunaux administratifs : images d'hier et d'aujourd'hui », issu de Petites affiches, 17/06/2005
34. GOUIFFES L., « Regards pratiques sur l'arbitrage d'investissement en Afrique sub-saharienne », JADA, supplément 2012, p. 34.
35. HENRAY E., « La renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution et sa conciliation avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv. EDH : étude des arrêts NML Capital c/ République Argentine rendus par la Cour de Cassation le 28 mars 2013 », *MBDE/Contentieux international public*, Soumis le 31/05/2015, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-renonciation-d%E2%80%99un-etat-%C3%A0-son-immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution%C2%A0et-sa-conciliation-avec-le-droit-%C3%A0-un-p>
36. ISSA-SAYEGH J., « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », Revue Camerounaise de l'Arbitrage, numéro spécial, octobre 2001, p. 22.
37. JACQUET J.-M., « L'Etat opérateur du commerce international », JDI.1989.621.
38. JARROSSON Ch. et PELLERIN J., « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », Rev. arb. 2011, p. 5.
39. JASKIEROWICZ M., « La renonciation de l'Etat à ses immunités par la signature d'une convention d'arbitrage en droit américain - Regard sur les articles 1605(a)(1) et 1605(a)(6) du FSIA », disponible sur : <http://blogs.u-paris10.fr/blog/arbitrage-international?page=2>
40. JARROSSON Ch., « L'acceptabilité de la sentence », Rev. Arb. 2012, p. 793.
41. KENFACK DOUAJINI G., « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats », Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n°30, 2005, p. 3.

42. KENFACK DOUAJINI G., « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n°18, 2002, p. illisible.
43. LAAZOUZI M., « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois. A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad », Rev. Crit. DIP 2010, p. 653.
44. LABETOULLE D. (Rapport du groupe de travail présidé par), Ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, « Arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques », Paris, 2007, p. 4, disponible sur : www.justice.gouv.fr
45. LALIVE P., « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Revue de l'arbitrage, 1986, p. 331.
46. LALIVE J.-F., « Contrats entre Etats ou entreprises Etatiques et personnes privées : développements récents », 181, RCADI, 1983-III, p. 61
47. Le BOT O., « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », Cah. Arb. 2015
48. LEBOULANGER Ph., « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », Revue Camerounaise de l'Arbitrage, numéro spécial (2), février 2010, p. 127.
49. LEBOULANGER Ph., « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Revue de l'arbitrage, 1999, pp. 541 et s.
50. LEBOULANGER P., « Groupe d'Etats et arbitrage », Rev. arb. 1989. 415.
51. LEBOULANGER P., « Etat, politique et arbitrage, l'affaire du « plateau des Pyramides » », Rev. arb. 1986. 3.
52. LICHÈRE F. et MARTOR B., « Essor des partenariats public-privés en Afrique : réformes et perspectives d'avenir », RDAI, 2007, p. 297.

53. LOQUIN E., « L'arbitrage du commerce international », Joly-Lextenso 2015, n°414, p. 338.
54. MAESTRE L., « L'abandon de la double condition « expresse et spéciale » de la renonciation par un Etat à son immunité d'exécution », *Le petit juriste*, 29 juin 2016.
55. MAYER P., « Le rôle du droit public en droit international privé », In *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986, Études de droit contemporain, Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) pp. 467-485 ; doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.1986.2427> ; https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_2_2427
56. MELIN F., « Condition de la renonciation à l'immunité d'exécution des États », *Dalloz actualité*, 29 mai 2015.
57. MOTULSKY H., « L'arbitrage commercial et les personnes de droit public », *Revue de l'arbitrage*, 1956.
58. NABOYET M.-L. et de GOUFFRE de la PRADELLE G., « L'immunité d'exécution des Etats et de leurs émanations », *Revue de Droit Henri CAPITANT*, n° 2, 1er mai, Droit international privé, 2ème édition, LGDJ, 2009, Nos 549-551.
59. NEMEDEU R., « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA », *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, Aix-Marseille, PUAM, 2010-1, p. 434 à 440.
60. NGWANZA A., « L'essor de l'arbitrage international en Afrique sub-saharienne : les apports de la CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 3 - sept. 2013.
61. NGWANZA A., « OHADA et bonne gouvernance : le défi du concret », *R.D.I.D.C*, Bruxelles, Bruylant, n° 2, 2011.
62. NGWANZA A., « L'Afrique du droit qui parle du droit de l'Afrique », *Journal africain du droit des affaires*, n° 1, 2011.

63. NOURY C., JASKIEROWICZ M., « Arbitrage international et immunité des Etats étrangers et de leurs organismes », disponible sur : <http://blogs.u-paris10.fr/content/arbitrage-international-et-immunit%C3%A9-des-etats-%C3%A9trangers-et-de-leurs-organismes-par-charlotte>
64. OKILASSALI M., « La participation des Etats africains à l'arbitrage CIRDI », *Penant*, n°839, 2002, p. 180 à 220.
65. OPPETIT B., « Arbitrages et contrats d'Etats, l'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran », *JDI* 1984. 37.
66. PLANTEY A., « L'arbitrage comme garantie des investissements », *in Relations entre économies industrialisées et économies en transition ou en développement. Aspects institutionnels et juridiques*, Actes du XVIème Congrès de l'IDEF, Bruylant, 1995.
67. POULAIN B., « L'arbitrage Investisseur-Etat et le droit français des immunités de l'Etat étranger », disponible sur le site Internet : <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawArbitrage-investisseur-Etat-et-immunit%C3%A9s.pdf>
68. RAMBAUD P., « Note sur l'extension du système CIRDI », *in Annuaire français de droit international*, volume 29, 1983, pp. 290-299.
69. REYMOND C., « Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985. 517.
70. REYMOND C., « Les Etats dans le contentieux économique international, compte-rendu du colloque du Comité français de l'arbitrage du 24 janvier 2003 à Paris », *Rev. arb.* 2003, no 3 (no spécial).
71. RIBS J., « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes de droit public français », *JCP* 1990. I. 3465.

72. RUSCA A. E., « L'arbitrage : une stimulation à l'investissement », *Revue camerounaise de l'arbitrage* n° 7, octobre-novembre-décembre 1999.
73. SAINT-LOUBERT-BIE Th., « Les limites de l'immunité d'exécution des Etats en matière d'arbitrage international en droit anglais et en droit français, commentaire de l'arrêt *Orascom Telecom Holding SAE v Chad* », disponible sur : <http://m2bde.u-paris10.fr/content/les-limites-de-l%E2%80%99immunit%C3%A9-d%E2%80%99ex%C3%A9cution-des-etats-en-mati%C3%A8re-d%E2%80%99arbitrage-international-en-droi>
74. SAUVE J.-M. (intervention de), Vice-président du Conseil d'Etat, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, disponible sur le site : <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/larbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public.html>
75. SERAGLINI Ch., « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Cah. arb.*, 2011, vol. V.
76. SOSSA C. D., « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives (RBSJA)*, 2009, n° 23.
77. VERHOEVEN J., « Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères : des règles spécifiques », *Rev. Arb.*, 1985, p. 609 et s.
78. VIGNE M., « "L'érosion" de la doctrine de l'immunité absolue : analyse de l'arrêt *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse* de la Cour européenne des droits de l'homme du 5 février 2019 au regard du droit britannique », *MBDE/Contentieux international public*, Soumis le 18/06/2019, disponible sur le site Internet : <https://blogs.parisnanterre.fr/article/lerosion-de-la-doctrine-de-limmunit%C3%A9-absolue-analyse-de-larret-ndayegamiye-mporamazina-c>

V. DECISIONS JUDICIAIRES NATIONALES ET INTERNATIONALES

1. Décisions françaises et européennes

- a. Arr. Galakis, Cass., 1^{ère} civ., 2 mai 1966, Bulletin civil, I n°256.
- b. Cass., Civ. 1^{ère}, 6 février 2007, Bulletin 2007, I, n° 52, p. 46.
- c. Cass., Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bulletin 1995, I, n° 6, p. 5.
- d. Cass., Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1988, Bulletin 1988, I, n° 227, p. 159.
- e. Cass., Civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, Bulletin 2004, I, n° 135, p. 110.
- f. Cass., Civ. 1^{ère}, 15 juillet 1999, Bulletin 1999, I, n° 241, p. 155.
- g. Cass., Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, Bulletin 1989, I, n° 128, p. 84.
- h. Cass., Civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987, Bulletin 1987, I, n° 244, p. 178.
- i. Cass., Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1998, Bulletin 1998, I, n° 31, p. 20.
- j. Cass., Civ. 1^{ère}, 1 octobre 1997, Bulletin 1997, IV, n° 234, p. 204.
- k. Cass., Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2007, Bulletin 2007, I, n° 355.
- l. Cass., Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, *République islamique d'Iran c/ Sté Eurodif*, Rev. arb. 1985, p. 69, note Couchez.
- m. Cass., 1^{ère} civ., 14 mars 1984, Eurodif, JCPG, 1984, II, 20205, note SYNDET.
- n. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1985, *Sté Sonatrach c/ Migeon*, Rev. crit. DIP 1986, p. 527, note Audit.
- o. CA Paris, 10 août 2000, Ambassade de Russie c. Noga, Rev. Arb., 2001, p. 130, note Ph. LEBOULANGER.
- p. Cass., 1^{ère} Civ., 6 mai 2009, D., 2009, A. J. 1422, obs. X. DELPECH ; 3 février 2010, D., 2010, A. J. 448, obs. X. DELPECH.
- q. Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2005 RCDIP 2006 p 123, note H. Muir Watt.

- r. Rouen, 20 juin 1996, Rev. Arb., 1997, p. 263, note critique GAILLARD ;
- s. Cass. Com., 9 juillet 1992, Côte d'Ivoire c. Beyrard, Rev. Arb., 1994, p. 133, note Ph. THERY ;
- t. Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 2000, Creighton Ltd c. Min. Fin. de l'Etat du Qatar, Rev. Arb., 2001, p. 130, note Ph. LEBOULANGER.
- u. Arrêt n°43/2005 du 7 juillet 2005, Recueil Penant, Revue Trimestrielle de Droit Africain, 2007, n°860, pp. 305 et s., obs. de Filiga Michel SAWADOGO.
- v. Arrêt *Alcom Ltd v Republic of Colombia* ([1984] 2 All ER 6).
- w. TGI Paris, référé, 5 mars 1979, *procureur de la République et autres c/ Sté Liamco et autres*, JDI 1979, p. 857, 2^e esp., note B. Oppetit.
- x. Tribunal des Conflits, 17/05/2010, C3754, Publié au recueil Lebon (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000022931557&fastReqId=56017264&fastPos=1>) ; D. 2010, p. 2633, note S. LEMAIRE ; AJDA 2010, p. 1564, note P. CASSIA.
- y. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1987, Rev. Crit. DIP.1987.786, note P. MAYER.
- z. Paris, 7 avr. 2011, Rev. Arb. 2011, p. 747, note S. BOLLEE et B. HAFTEL.
- aa. Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1984, *République islamique d'Iran c/ Sté Eurodif*, Rev. arb. 1985, p. 69, note Couchez.
- bb. Cass. 1^{ère} civ, 25 février 1969, n°67-10.243.
- cc. Cass. 1^{ère} civ, 19 novembre 2008, n°07-10.570.
- dd. Cass. 1^{ère} civ, 14 mars 1984, n°82-12.642.
- ee. Cass. 1^{ère} civ, 28 mars 2013, n°10-25.938, 11-10.450 et 11-13.323.
- ff. Cass. 1^{ère} civ, 6 juillet 2000 n°98-19.068.
- gg. CA Paris, 26 septembre 2001 RG n°2001/12633.

- hh. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 10-25938, Sté NML Capital c/ République argentine et Total Austral.
- ii. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-13323, Sté NML Capital c/ République argentine et Air France.
- jj. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-10450, Sté NML Capital c/ République argentine et BNP Paribas.
- kk. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013 (3 arrêts), n° 10-25938, Sté NML Capital c/ République argentine et Total Austral.
- ll. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-13323, Sté NML Capital c/ République argentine et Air France.
- mm. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-10450, Sté NML Capital c/ République argentine et BNP Paribas : RGDIP 2013, p. 194, avis avocat gén. P. CHEVALIER ; JCP G 2013, 709, obs. J.-B. DONNIER.

2. Décisions relatives à l'arbitrage et à l'immunité d'exécution

a. Décisions CCJA

- i. CCJA, arr. n° 139/2021, du 24 juin 2021, aff. KOUADIO N'GUESSAN Norbert c/ Société Nationale d'Opérations Pétrolières de la Côte d'Ivoire (PETROCI) SA et Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire (BICICI) SA.
- ii. CCJA, arr. n° 135/2021, du 24 juin 2021, aff. ASCOT COMMODITIES c/ Monsieur Bocar Samba DIEW.
- iii. CCJA, arr. n° 076/2021, du 29 avril 2021, aff. Les membres du collectif ex personnel de la société ENERCA SA représentés par

monsieur Fernand ZIMBA c/ Société Energie Centrafricaine (ENERCA SA).

- iv. CCJA, arr. n° 067/2021, du 08 avril 2021, aff. Société de Gestion Electrique et Bureautique (G.E.B.) Afrique SARL c/ Etat béninois.
- v. CCJA, arr. n° 047/2021, du 08 avril 2021, aff. Etablissement DEBIBE ARRANGA c/ Etat Tchadien.
- vi. CCJA, arr. n° 001/2021, du 14 janvier 2021, aff. Société Africaine de Construction au Congo S.A c/ Société PARKLAND S.A.
- vii. CCJA, arr. n° 154/2020, 30 Avril 2020, aff. Société d'Exploitation de Sable et de Gravier SARL dite SESG SARL c/ Agence d'Exécution des Travaux d'Intérêt Public pour l'Emploi dite AGETIPE.
- viii. CCJA, 3e Ch. arr. n° 103/2018, 26 avr. 2018, aff. Monsieur MBULU MUSESO c/ Société des Grands Hôtels du Congo S.A.
- ix. CCJA, 1ère Ch. arr. n° 44/2016, 18 mars 2016, aff. Monsieur GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER ».
- x. CCJA, ass. plén., arr. n°136/2014, 11 nov. 2014, aff. Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar, dite ASECNA c/ Collectif des ex-employés de l'ASECNA.
- xi. CCJA, Ass. plén. arr. n° 105/2014, 04 nov. 2014, aff. Société AES SONEL c/ Messieurs Henri NGALLE MONONO, Georges EYOMBO ANGANDZIE et BALENG MAAH Célestin.
- xii. CCJA, 3e Ch. arr. n° 24/2014, 13 Mars 2014, aff. KOUTOUATI A AKAKPO Danwodina, et autres c/ Société TOGO-PORT dit Port Autonome de Lomé.

- xiii. CCJA, 2^e Ch. arr. n° 09/2014, 27 Février 2014, aff. Société des Télécommunications du Tchad dite SOTEL-TCHAD c/ Société SAS ALCATEL SPACE.
- xiv. CCJA, 2^{ème} ch. arr. n°022/2013, 18 avr. 2013, Aff. Organisation Internationale pour les Migrations dite OIM c/ Madame MEKPE Odjo Marguerite.
- xv. CCJA, 1^{ère} Ch. arr. n° 43/2005, 07 Juillet 2005, aff. Messieurs Aziablévi YOVO, Koudékouto LAWSON LATE, Simékpé LAWSON et Madame Béatrice Kayi LASSEY c/ Société TOGO TELECOM.

b. Décisions CIRDI

- i. Sentence Libyan American OilCompany (Liamco) c. Gouvernement de la République Arabe de Libye, sentence rendue le 12 avril 1977 par SobhiMahmassani, (1980) Rev. Arb. 132.
- ii. Sentence Aramco c. Gouvernement de l'Arabie Saoudite du 23 août 1953 (Sentence Aramco), Répertoire de Jurisprudence Internationale n°3168 et 3229 ; RCDIP, 1963, pp. 272-310, note H. Batiffol, RCDIP, 1964, p.647. (27 ILR 1963-117 ; 52 RCDIP 1963.272 : traduction française non officielle de la sentence Aramco.
- iii. Sentence Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Compagny c. Gouvernement de la République arabe de libye, sentence rendue le 19 janvier 1977 par René-Jean Dupuy, (1977) 104, JDI 350 (1978) 21 I. L. M. 10 ; JDI, 1977.350, comm. J.-F. Lalive.
- iv. Sentence CIRDI, affaire n°ARB/07/02, RSM c. République Centrafricaine, JADA, n°2.2012.

- v. Amco Asia Corporation et autres c. la République d'Indonésie (Amco II), Affaire CIRDI n° ARB/81/1, du 17 décembre 1992.
- vi. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. la République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (Klöckner I), Affaire CIRDI n° ARB/81/2, du 3 mai 1985.
- vii. Maritime International Nominees Establishment c. la République de Guinée, Affaire CIRDI n° ARB/84/4, du 22 décembre 1989.
- viii. Compañía de Aguasdel Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. la République Argentine (Vivendi II), Affaire CIRDI n° ARB/97/3, du 10 août 2010.
- ix. Wena Hotels Limited c. la République Arabe d'Égypte, Affaire CIRDI n° ARB/98/4, du 5 février 2002.
- x. Patrick Mitchell c. la République Démocratique du Congo, Affaire n° CIRDI ARB/99/7, du 1^{er} novembre 2006.
- xi. Consortium R.F.C.C. c. le Royaume du Maroc, Affaire CIRDI n° ARB/00/6, du 18 janvier 2006.
- xii. Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. la République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/3, du 30 juillet 2010.
- xiii. MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. la République du Chili, Affaire CIRDI n° ARB/01/7, du 21 mars 2007.
- xiv. CMS Gas Transmission Company c. la République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, du 25 septembre 2007.
- xv. Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Affaire CIRDI n° ARB/01/10, du 8 janvier 2007.
- xvi. Azurix Corp. c. la République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/12, du 1^{er} septembre 2009.

- xvii. Hussein Nuaman Soufraki c. les Émirats Arabes Unis, Affaire CIRDI n° ARB/02/7, du 5 juin 2007.
- xviii. CDC Group plc c. la République des Seychelles, Affaire CIRDI n° ARB/02/14, du 29 juin 2005.
- xix. Sempra Energy International c. la République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, du 29 juin 2010.
- xx. Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. (anciennement Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Perú, S.A.) c. la République du Pérou, Affaire CIRDI n° ARB/03/4, du 5 septembre 2007.
- xxi. Industria Nacional de Alimentos, S.A. et IndalsaPerú, S.A. (anciennement Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Perú, S.A.) c. la République du Pérou, Affaire CIRDI n° ARB/03/4, du 5 septembre 2007.
- xxii. M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. la République de l'Équateur, Affaire CIRDI n° ARB/03/6, du 19 octobre 2009.
- xxiii. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. la République des Philippines, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, du 23 décembre 2010.
- xxiv. Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. la République du Pérou, Affaire CIRDI n° ARB/03/28, du 1^{er} mars 2011.
- xxv. Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. la République gabonaise, Affaire CIRDI n° ARB/04/5, Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation de la République gabonaise, en date du 11 mai 2010.
- xxvi. Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. la République du Chili, Affaire CIRDI n° ARB/04/7, Décision du Comité ad hoc sur la demande en annulation de la Société Anonyme Eduardo Viera, en date du 10 décembre 2010.

- xxvii. Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la République du Kazakhstan, Affaire CIRDI n° ARB/05/16, du 25 mars 2010.
- xxviii. Helnan International Hotels A/S c. la République Arabe d'Égypte, Affaire CIRDI n° ARB/05/19, du 14 juin 2010.
- xxix. Togo Électricité et GDF-Suez Énergie Services c. la République du Togo, Affaire CIRDI n° ARB/06/7, Décision en annulation, du 6 septembre 2011.
- xxx. Continental Casualty Company c. la République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/9, Décision sur la demande en annulation partielle de Continental Casualty Company et la demande en annulation partielle de la République Argentine, du 16 septembre 2011.
- xxxi. AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömlü Kft. c. Hongrie, Affaire n° CIRDI ARB/07/22, Décision du Comité ad hoc sur la demande en annulation, du 29 juin 2012.

c. Décisions UEMOA, CEMAC et CIJ

- i. CJ-UEMOA, Avis N° 02/2017 du 02 Juin 2017.
- ii. CJ-UEMOA, Arrêt N° 05/2017 DU 30 Mai 2017.
- iii. CJ-UEMOA, Avis N° 02 DU 27 Octobre 2016.
- iv. Cour internationale de Justice, *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne / Danemark ; République Fédérale d'Allemagne / Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *Recueil 1969*, p. 3.
- v. Cour internationale de Justice, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt du 3 février 2012, *Recueil 2012*, p. 99

VI.THESES DE DOCTORAT ET MEMOIRES DE MAÎTRISE

1. AKAKPO M., « La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA », Thèse Université de Nice-Sophia Antipolis, sous la dir. de J.-B. RACINE, 2017.
2. AZALOU M. R., « L'exequatur dans l'espace OHADA : de la nécessité à l'inutilité », Thèse Université de Perpignan, sous la dir. de A. DEGAGE, 2013.
3. BEBOHI EBONGO S. I., « L'exécution des sentences arbitrales : étude comparée des dispositifs d'exécution forcée du CIRDI et de la CCJA », Thèse Université Amiens, sous la dir. De Th. LAURIOL, 2014.
4. BECUWE-THEVELIN Ch., « Le créancier face aux privilèges de l'Etat étranger en droit international privé », Thèse Lille 2, sous la dir. de E. GAILLARD, 1996.
5. BOUCARON-NARDETTO M., « Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage », Thèse Université de Nice-Sophia Antipolis, sous la dir. de J.-B. RACINE, 2011.
6. CHABBI I., « La mondialisation du droit de l'arbitrage : La contribution de la loi-type de la CNUDCI », Thèse Université Côte d'Azur, sous la dir. de J.-B. RACINE et de L. CHEDLY, 2017.
7. CHANTEBOUT V., « Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales », Thèse Paris II, sous la dir. de Ch. JARROSSON, 2007.
8. DAGBEDJI Ch., « Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales », Thèse UNIVERSITE LYON 3 (JEAN MOULIN), sous la dir. de E. TREPPOZ et de A. N. GBAGUIDI, 2018.

9. DELOBBE G., « L'étendue du contrôle de l'ordre public dans le cadre du recours en annulation des sentences arbitrales : étude des situations belges et françaises », Mémoire Université de Liège, sous la dir. de O. CAPRASSE, 2019-2020.
10. DIEDHIOU (P.), « L'unification du droit des affaires de l'OHADA, Etude de droit uniforme et de droit international privé », Thèse de doctorat, Droit privé, Genève, Institut de hautes études internationales et du développement, sous la dir. de J.-M. JACQUET et P. HAGGENMACHER, 2010.
11. EL BEHERRY I., « Théorie des contrats administratifs et marchés internationaux », Thèse Université de Nice-Sophia Antipolis, sous la dir. de G. GOURDET et I. A. IBRAHIM, 2005.
12. LEMAIRE S., « Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé », Paris 1, sous la dir. de P. MAYER, 1999.
13. NKOUNDOU E. A., « La stabilisation des investissements pétroliers et miniers transnationaux : des contrats aux traités », Thèse Faculté de Droit de l'Université Laval, QUEBEC, 2012.
14. TAMAMIAN K., « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger en droit international », Thèse Paris 10, sous la dir. de G. de G. de LA PRADELLE, 2000.

VII. COMMISSIONS/COURS DES DROITS DE L'HOMME

1. CEDH, *Hornsby c/ Grèce*, 19 mars 1997, DA, 1997, n° 185.
2. CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, du 9 décembre 1994, Série A n°301-B.
3. CEDH, *Stancer Popescu c/ Roumanie*, 7 juillet 2009.
4. Cour européenne des droits de l'homme, *Golder c. Royaume-Uni*, requête n°4451/70, arrêt du 21 février 1975.

5. Cour européenne des droits de l'homme, *Fogarty c. Royaume-Uni*, requête n° 37112-97, arrêt du 21 novembre 2001.
6. Cour européenne des droits de l'homme, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, requête n°63235/00, arrêt du 19 avril 2007.
7. Cour européenne des droits de l'homme, *Cudak c. Lituanie* [GC], requête n°15869/02, CEDH 2010-III, arrêt du 23 mars 2010.
8. Cour européenne des droits de l'homme, *Sabeh El Leil c. France* [GC], n°34869/05, arrêt du 29 juin 2011.
9. Cour européenne des droits de l'homme, *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, requête n°65542/12, arrêt du 11 juin 2013.

VIII. SITES WEB CONSULTÉS

1. www.bu.univ-cotedazur.fr
2. www.courdecassation.fr
3. www.doctrine.fr
4. www.ersuma.org
5. www.groupebceip.com
6. www.juricaf.org
7. www.legacarta.intracen.org
8. www.legiafrica.com
9. <https://www.lextenso-fr.proxy.unice.fr/>
10. www.ohada.com
11. www.ohada.org
12. www.uncitral.org
13. http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/

IX.TEXTES NATIONAUX

1. Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution du 10 avril 1998.
2. Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage du 11 mars 1999.
3. Loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin
4. Loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin.
5. Code civil français, Litec 2001.
6. Décret n°2003-269/PRES/PM/MFB du 27 mai 2003 portant Réglementation générale des achats publics au Burkina-Faso.
7. Loi n° 2009-013 du 30 juin 2009, relative aux marchés publics et délégations de service public en République Togolaise.
8. Loi n°2012-001 du 20 janvier 2012, portant code des investissements en République Togolaise.
9. Loi n° 2011-734 du 28 juin 2011 autorisant la ratification de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, adoptée le 2 décembre 2004 et signée par la France le 17 janvier 2007.
10. Règlement d'arbitrage du Centre Canadien d'arbitrage commercial (CCAC) d'octobre 2003.
11. State Immunity Act de 1978 du Royaume-Uni.
12. Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 des Etats-Unis.
13. Loi n°90-26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques.
14. Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 (art. L.153-1 du code monétaire et financier).

X. TEXTES REGIONAUX ET MULTILATERAUX

1. CONVENTIONS REGIONALES

- a. Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.
- b. Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens du 17 janvier 2005.
- c. Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961.
- d. Convention de Rome du 19 juin 1980, adoptée dans le cadre de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
- e. Règlement Communautaire 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ROME) adopté le 17 juin 2008 qui a remplacé la Convention de Rome de 1980 relative aux obligations contractuelles.

2. CONVENTIONS MULTILATERALES

- a. Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961.
- b. Résolution sur la responsabilité internationale des Etats pour les dommages subis sur leur territoire par les personnes et les biens étrangers adoptée à Lausanne, le 1er septembre 1927.

- c. Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington, le 18 mars 1965.
- d. Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, du 2 décembre 2004.
- e. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclues à New York, le 10 juin 1958.
- f. Accord de Cotonou qui remplace la Convention de Lomé, est signé le 23 juin 2000 au Bénin. En vigueur depuis le 1er avril 2003.
- g. Convention de la HAYE du 15 juin 1955, sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.
- h. Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (Uni Droit) 1973.
- i. Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, R.T.C 1993/2.
- j. Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.
- k. Convention du 22 décembre 1986, sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.
- l. Conventions de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la signification et la notification à l'étranger des documents judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.
- m. Convention de la Haye du 30 octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.
- n. Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale des marchandises.
- o. Convention de Lomé signée en 1975 entre l'Union Européenne et les pays d'Afrique, du pacifique et des caraïbes (ACP) et renouvelée en 1979, 1984, 1989. Lomé IV était conclue pour 10 ans (1990 - 2000).

- p. Convention européenne sur les immunités juridictionnelles des Etats et leurs biens, adoptés à Bâle en Suisse en 1972, en vigueur depuis 1976 consultable sur le site <http://conventions.coe.int>.

INDEX ALPHABÉTIQUE *(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)*

A

Acquiescement : 731, 786, 788, 789, 789, 790, 792, 795, 796, 797, 798, 802, 809, 810

Acte juridictionnel : 310, 346

Administration : 13, 0, 0, 67, 0, 268, 268, 577, 0, 764, 889, 894

Amiable compositeur : 383

Amiable composition : 330, 345, 383

Anti-suit injunction : 420, 0, 0

Apparence : 167, 169

Arbitrabilité : 4, 0, 0

Arbitrage : 0, 6, 8, 9, 16

- administratif : 0, 301, 407, 509, 534, 579, 661

- CCJA : 578, 635, 947

- CIRDI : 396, 0, 578, 579, 662

- droit public (de) : 16, 0

- mixte : 9, 746

Autonomie de la personne morale : 125, 126, 127, 129

Autonomie de l'arbitre (Principe de l') : 212

B

Biens publics : 68, 74, 1063, 1081, 1094,

1098, 1194

Bonne foi : 167, 1208, 1209, 1215, 1216

C

CCJA : 0, 0, 0, 408, 409, 421, 552, 582, 598

CEMAC : 24

CIRDI : 1, 0, 178

Collectivités publiques territoriales : 0, 64, 73

Common law : 0, 1099

Compensation : 0, 0, 111, 722, 725, 727, 729, 732, 737, 738, 745 et s., 757 et s., 768, 779 et s., 811, 816, 819, 838, 850, 890 et s.

Compétence : 0, 0, 40

- générale (s) : 81, 87

- juridictionnelle : 255, 294, 521

- spécialisée (s) : 81, 97, 104

Compromettre en arbitrage : 1, 0, 1164, 1252

Comptabilité publique : 23, 24, 0, 65, 0, 758

Condamnation pécuniaire : 48, 0, 919

Confusion de patrimoine : 154, 191

Contrat d'arbitre : 343

Contrats administratifs : 12, 12, 0, 100,

205, 208, 261, 0, 277

Contrôle du juge de l'exequatur : 212,
308, 337, 347, 0

Convention d'arbitrage : 10, 0, 351

Conventions internationales : 7, 59, 0,
246, 396

Corruption : 396, 0

D

Décisions de justice : 116, 973, 1068

Délai : 473, 474, 475 et s.

Demandeur sur le marché : 69, 270

Deniers publics : 24, 0

Dépendance fonctionnelle : 164

Dictum : 0

Dommages-intérêts : 609

Droit :

- affaires (des) : 12, 57

- économique : 144

- OHADA : 2, 15

- public des affaires : 13, 268

Droits de l'homme : 1108

E

Emanations de l'Etat : 163, 165, 187

Entreprises publiques : 27, 0, 149

Exécution :

- forcée : 27, 908, 919

- spontanée/volontaire : 22, 24, 711 et
s.

Exequatur : 17, 50, 203 et s.

F

Finances publiques : 0, 766

Fonds publics : 398

Force exécutoire : 600, 624

Formule exécutoire : 0, 624, 626

Forum shopping : 31

G

Globalisation du droit : 257

H

Haute Juridiction communautaire : 0, 980

I

Immunité d'exécution : 27, 0, 48, 698,
908, 916, 923, 1073 et s.

Immunité de juridiction : 1262

Injonction : 411, 412, 418, 420, 0

Injunction (anti-suit) : 420, 0

Intensité du contrôle du juge : 212, 1262

J

Juridictions administratives : 0, 0, 577

M

Mesures :

- conservatoires : 603	Personnes publiques : 55, 64, 66, 73, 0
- exécution (d') : 701, 1004	Pouvoir juridictionnel : 310 et s., 501 et s.
Mission de l'arbitre : 303	Prérogatives de puissance publique : 1, 69, 0
N	Principe du contradictoire : 380, 385
Notion de l'arbitrage : 0	Principes administratifs : 0
O	R
Obstacles :	Régime juridique : 334, 679, 684
- Exécution (à l') : 946	Règlement général sur la comptabilité publique : 23, 0
Offres permanentes à l'arbitrage : 272, 1071	Règles impératives : 0
OHADA : 4	Renonciation :
- Droit : 2, 0, 15	- expresse : 1175, 1200
- Etats parties (de l') : 4	- immunité d'exécution (à l') : 1123
Opérateur du commerce international : 7	- implicite : 1170, 1200
Ordonnancement : 758	- spéciale : 1244
Ordre juridique : 110, 113, 115	S
Ordre public : 0	Spécificité de l'arbitrage : 0, 15, 21, 407
- Exception (d') : 231, 234	T
- Protection (de) : 0	Théorie de l'apparence : 167, 169
P	Titre exécutoire : 620
Païement des condamnations pécuniaires : 52	Traité de l'OHADA : 12, 13
Partenariats Publics Privés : 13, 88	Traité de l'UEMOA : 114
Parties à l'arbitrage : 0	Traités bi et multilatéraux : 7
Personnalité juridique : 62, 121, 1022	

U

UEMOA : 24

V

Voies d'exécution : 0, 817

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ _____	III
REMERCIEMENTS _____	VI
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS _____	VII
SOMMAIRE _____	IX
INTRODUCTION _____	10

PREMIÈRE PARTIE :

LA PHASE PRÉPARATOIRE DES MESURES D'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

TITRE 1.- L'IDENTIFICATION DES DÉBITEURS DES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES DES PERSONNES PUBLIQUES DE L'OHADA _____	47
Chapitre 1.- Les personnes publiques de l'OHADA _____	48
Section 1.- Les personnes publiques de l'ordre juridique communautaire _____	49
Paragraphe 1.- La notion de personne publique _____	50
A.- L'approche organique de la personne publique _____	51
B.- L'approche fonctionnelle de la personne publique _____	52
Paragraphe 2.- Le double régime juridique des personnes publiques _____	54
A.- Les personnes publiques selon l'OHADA _____	54
B.- Les personnes publiques selon l'UEMOA et la CEMAC _____	55
Section 2.- Les personnes publiques de l'ordre juridique étatique _____	58
Paragraphe 1.- Les personnes publiques à compétences générales _____	59
A.- L'Etat _____	59
B.- Les collectivités territoriales _____	62
Paragraphe 2.- Les personnes publiques à compétences spécialisées _____	64
Conclusion du Chapitre 1.- _____	68
Chapitre 2.- Les personnes morales distinctes des personnes publiques _____	70
Section 1.- Les émanations de l'Etat _____	71
Paragraphe 1.- L'autonomie de la personne morale _____	71
A.- Le principe de l'autonomie de la personne morale _____	71
B.- Les pathologies de l'autonomie de la personne morale _____	72
Paragraphe 2.- Les critères d'identification des émanations de l'Etat _____	76
A.- L'absence d'indépendance fonctionnelle _____	76

B.- La confusion de patrimoine _____	80
Section 2.- Les notions voisines des émanations de l'Etat _____	86
Paragraphe 1.- La théorie de l'apparence _____	86
Paragraphe 2.- Le principe de l'unité de l'Etat _____	87
A.- Définition _____	87
B.- Critères de détermination _____	89
Conclusion du Chapitre 2.- _____	91
Conclusion Titre 1.- _____	93
TITRE 2.- L'EXEQUATUR DES SENTENCES ARBITRALES IMPLIQUANT LES PERSONNES PUBLIQUES DE L'OHADA _____	95
Chapitre 1.- Les règles matérielles d'exequatur des sentences administratives _____	99
Section 1.- Les lois du lieu d'exécution des sentences arbitrales _____	100
Paragraphe 1.- Le fondement des lois du lieu d'exécution _____	101
A.- Les résolutions de Wiesbaden et d'Oslo et le mécanisme d'exception d'ordre public _____	101
B.- L'intégration de l'exception d'ordre public dans les conventions internationales _____	104
1.- La Convention de New York _____	104
2.- La Convention de Washington _____	106
C.- La transposition de l'exception d'ordre public dans les législations nationales _____	108
Paragraphe 2.- Le paradoxe des règles impératives du droit public _____	111
A.- Des règles nées des relations avec l'Etat _____	112
B.- Des règles ne relevant pas du droit OHADA _____	117
Section 2.- Les règles de contrôle des sentences arbitrales _____	125
Paragraphe 1.- Le contrôle du juge de l'exequatur _____	127
A.- Le pouvoir du juge de l'exequatur _____	127
B.- La compétence du juge de l'exequatur _____	129
C.- La non-attribution de la compétence ratione materiae à la CCJA _____	131
Paragraphe 2.- L'étendue du contrôle du juge de l'exequatur _____	137
A.- Le contrôle du pouvoir juridictionnel de l'arbitre _____	138
B.- Les domaines couverts par le contrôle du juge d'exequatur _____	141
1.- Sur la licéité de la convention d'arbitrage _____	142
2.- Sur l'irrégularité des procédures _____	145
a)- La compétence du tribunal arbitral et sa composition _____	145

b)- Le défaut de motivation de la sentence arbitrale _____	147
c)- La mission du tribunal arbitral et le principe du contradictoire ____	149
3.- Sur la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public _____	151
Paragraphe 3.- L'émergence de la spécificité de l'arbitrage administratif ____	159
A.- L'interdiction des injonctions à l'égard de l'Etat _____	160
B.- L'admission des injonctions en matière de marché public _____	163
C.- L'admission des condamnations pécuniaires _____	171
Conclusion du Chapitre 1.- _____	175
Chapitre 2.- Les règles procédurales d'exequatur des sentences administratives __	177
Section 1.- L'exequatur des sentences arbitrales de droit commun _____	177
Paragraphe 1.- L'exercice du pouvoir du juge de l'exequatur _____	178
A.- Les conditions de reconnaissance et d'exequatur des sentences _____	178
1.- La preuve de l'existence de la sentence _____	179
2.- La conformité de la sentence à l'ordre public international _____	180
3.- La déchéance du juge de l'exequatur dans un délai limité _____	184
B.- Les décisions du juge de l'exequatur _____	185
1.- Les décisions accordant l'exequatur _____	185
2.- Les décisions refusant l'exequatur _____	187
Paragraphe 2.- La répartition des compétences entre juridictions judiciaires __	192
A.- Les juridictions nationales des Etats parties de l'OHADA _____	192
B.- La compétence de la CCJA en tant que juridiction de cassation _____	200
Section 2.- L'exéquatur des sentences arbitrales spécifiques _____	206
Paragraphe 1.- La reconnaissance et l'exequatur des sentences CCJA _____	207
A.- Les attributions administratives de la CCJA _____	207
B.- La compétence spécifique de la CCJA en matière d'exequatur _____	212
1.- Les décisions relatives aux mesures provisoires ou conservatoires ____	212
2.- Les décisions accordant l'exequatur _____	213
3.- Les décisions refusant l'exequatur _____	215
C.- L'attribution du titre exécutoire aux ordonnances d'exequatur _____	217
1.- L'attestation d'exequatur _____	217
2.- La formule exécutoire _____	218
Paragraphe 2.- La reconnaissance et l'exécution des sentences CIRDI _____	222
A.- Sur le territoire de l'Etat d'accueil de l'investissement _____	223
B.- Sur le territoire d'un Etat contractant tiers _____	225

Conclusion du Chapitre 2.- _____	229
Conclusion du Titre 2.- _____	231
Conclusion de la Première Partie.- _____	233

DEUXIÈME PARTIE :

LA PHASE DE MISE EN ŒUVRE DES MESURES D'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA

TITRE 1.- L'EXÉCUTION VOLONTAIRE OU SPONTANÉE DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA _____	241
Chapitre 1.- La compensation des dettes à la croisée des droits communautaires ____	244
Section 1.- La compensation, ultime alternative du droit OHADA _____	245
Paragraphe 1.- La notion de compensation _____	246
A.- La compensation, une notion polysémique _____	247
1.- La compensation en droit commun _____	247
2.- La compensation en droit public _____	250
3.- La compensation en droit OHADA _____	254
B.- L'analyse chronologique de l'adoption de la compensation _____	256
Paragraphe 2.- La compensation, un moyen simplifié d'extinction de dettes ____	259
A.- Absence de contrainte pour payer les condamnations pécuniaires ____	259
B.- Renonciation au recours en annulation des sentences arbitrales _____	261
1.- Acquiescement au dictum de la sentence _____	262
2.- Effets de l'acquiescement _____	263
Section 2.- Les limites de la compensation du droit UEMOA _____	269
Paragraphe 1.- Le principe de la non-réciprocité de la compensation _____	270
Paragraphe 2.- Les exceptions à la non-réciprocité de la compensation _____	271
A.- Le droit d'invocation de la compensation _____	271
B.- L'impossible invocation de la compensation _____	273
Conclusion du Chapitre 1.- _____	273
Chapitre 2.- La mise en œuvre des procédés d'exécution volontaire _____	275
Section 1.- Le procédé de compensation des condamnations pécuniaires ____	276
Paragraphe 1.- La certitude de la créance _____	276
Paragraphe 2.- La liquidité et l'exigibilité de la créance _____	280
Section 2.- Le procédé d'ordonnancement des condamnations pécuniaires ____	281
Paragraphe 1.- La phase administrative des opérations de dépenses publiques	282
Paragraphe 2.- La phase comptable des opérations de dépenses publiques ____	284

Conclusion du Chapitre 2.-	287
Conclusion du Titre 1.-	290
TITRE 2.- L'EXÉCUTION FORCÉE DES SENTENCES ARBITRALES ADMINISTRATIVES DE L'OHADA	294
Chapitre 1.- La conception absolue de l'immunité d'exécution	297
Section 1.- L'approche induite par les prérogatives de puissance publique	298
Paragraphe 1.- Le bien-fondé de l'immunité d'exécution	300
A.- La sauvegarde d'une mission d'intérêt général	301
B.- La sauvegarde des ressources nécessaires à la mission d'intérêt général	305
Paragraphe 2.- Les obstacles à l'exécution des condamnations pécuniaires	307
A.- Les obstacles factuels	307
B.- Les obstacles juridiques	309
Section 2.- L'approche induite par la CCJA	311
Paragraphe 1.- L'extension de l'immunité d'exécution aux entreprises	312
A.- L'exécution forcée des créances sociales	313
B.- L'exécution forcée des créances civiles et commerciales	319
Paragraphe 2.- Le régime de compensation des dettes	323
A.- Le régime de compensation et les entreprises publiques	324
B.- Le régime de compensation et les sociétés d'économie mixte	327
Paragraphe 3.- Les fonctions interprétatives du juge de l'exécution	328
Conclusion du Chapitre 1.-	330
Chapitre 2.- Les limites de la conception absolue de l'immunité d'exécution	333
Section 1.- La renonciation par affectation des biens	334
Paragraphe 1.- L'affectation des biens à une activité <i>jure imperii</i>	335
Paragraphe 2.- L'affectation de biens à une activité <i>jure gestionis</i>	339
Section 2.- La renonciation par contrat	344
Paragraphe 1.- La renonciation par contrat en droit comparé	345
A.- De la conception absolue à la conception relative	347
B.- Différentes formes de renonciation à l'immunité d'exécution	348
1.- La renonciation « implicite » à l'immunité d'exécution	348
2.- La renonciation « expresse » à l'immunité d'exécution	354
Paragraphe 2.- La renonciation par contrat en droit OHADA	360
A.- La force obligatoire des conventions et règlements d'arbitrage	361
B.- L'exécution de bonne foi des conventions et règlements d'arbitrage	362

Conclusion du Chapitre 2.- _____	366
Conclusion du Titre 2.- _____	368
Conclusion de la Deuxième Partie.- _____	371
CONCLUSION GÉNÉRALE _____	373
BIBLIOGRAPHIE _____	382
INDEX ALPHABÉTIQUE _____	411
TABLE DES MATIÈRES _____	415