

Annales de l'Université de Parakou

Série "Droit et Science Politique"



ISSN PAPIER : 1840-9512
ISSN EN LIGNE : 1840-9520

Volume 5, numéro 2(2022) TOME 1

Revue Scientifique publiée par l'Université de Parakou

Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique"

ORGANES DE GESTION

I- COMITE DE LECTURE

- **Président d'honneur** : Théodore HOLO, Professeur titulaire, Université d'Abomey Calavi, Ancien Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin.
- **Président** : Noël GBAGUIDI; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire; Titulaire de la Chaire UNESCO des Droits de la Personne et de la Démocratie à l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
- **Membres** :
 - Diouf NDIAW; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire à l'Université Cheikh Anta Diop Dakar (SENEGAL); Membre de la Cour Constitutionnelle du Sénégal.
 - Dorothe SOSSA; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire à l'Université d'Abomey Calavi (BENIN); Secrétaire Permanent OHADA.
 - Melège DJEDJRO; Agrégé de Droit Public; Professeur Titulaire; Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Cocodi à Abidjan (CÔTE D'IVOIRE).
 - Adama KPODAR; Agrégé de Droit Public; Professeur Titulaire; Vice-Président de l'Université de Kara (TOGO).
 - François ANOUKAHA; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire; Doyen Honoraire; Université de Yaoundé2 SOA (CAMEROUN).
 - Mba OWONO; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire à Université Omar BONGO de Libreville (GABON).
 - Akouété SANTOS; Agrégé de Droit Privé; Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Lomé (TOGO).
 - Barnabé GBAGO; Agrégé en histoire du Droit et des Institutions ; Doyen de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
 - Victor TOPANOU; Maître de Conférences en Science Politique ; Chef de Département honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Politique de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN) ; ancien Ministre.
 - Ibrahim SALAMI ; Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire ; Vice Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Politique de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
 - Joël AÏVO ; Agrégé de Droit Public ; Professeur Titulaire ; Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Politique de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
 - Arsène-Joël ADELOUI, Agrégé de Droit Public, Directeur de l'école doctorale de la Faculté de Droit et de Sciences Politique de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
 - Jacques MESTRE; Agrégé de Droit Privé; Professeur des Universités; France.
 - Silvette GUILLEMARD; Professeur Titulaire; Université Laval (CANADA).

II- COMITE DE PUBLICATION

- **Directeur de Publication** : Dr. Moktar ADAMOUM, Maître de Conférences Agrégé de Droit Privé.
- **Secrétaire de Publication** : Dr. Baï Irène Aimée KOOVI, Maître Assistante.
- **Membres** :
 - Dr. AHLINVI Emmanuel Etienne Messanh ; Maître de Conférences Agrégé de Science Politique.
 - Dr. HOUNTONDJI Eric, Maître-Assistant
 - Dr. SOUNON TAMOU Abdou Soumaïla, Maître Assistant.

III- COMITE D'EDITION

- **Président** : Dr. SOGBOSSI BOCCO Bertrand, Professeur titulaire
- **Vice-Président** : Dr. BACO Mohamed Nasser, Professeur titulaire
- **Membres** :
 - Dr. ALLODE Salako Alexandre, Professeur titulaire
 - Dr. ONIBON Obo Yvette épouse DOUBOUGAN, Professeure Titulaire
 - Dr. GANDONOU Oboubé Mélone Diane, Assistante
- **Comité d'impression** :
 - Dr. VODOUNOU Jean Bosco Kpatindé, Professeur titulaire
 - Dr. AHOTONDJI Sosthène Armand Dèmondji, Assistant
 - Dr. ZAKARI Sissou, Maître-Assistant
 - Monsieur KIMBA B. Ahmed
 - Monsieur CHABI K. Roland
- **Comité annales et TIC** :
 - Dr. MOUSSE Anges Michaël, Maître Assistant
 - Monsieur ADOUHOUNKLA Sènou Gontrand Hilaire

Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique"

NOTE A L'ATTENTION DES AUTEURS

La série "Droit et Science Politique" des Annales de l'Université de Parakou s'adresse tant aux lecteurs de la communauté RESAO, CAMES qu'à un public international plus large.

Elle ne publie que des manuscrits originaux n'ayant pas fait l'objet de publication précédente sous quelque forme que ce soit (revue papier ou revue électronique). Les manuscrits déjà publiés sous forme de working paper peuvent être acceptés sous certaines conditions (voir avec la rédaction). La présentation des manuscrits doit satisfaire les intérêts et besoins de toute l'audience que la revue et ses auteurs veulent atteindre.

Tous les manuscrits doivent être soumis aux exigences d'excellence internationale, la rédaction doit demander aux auteurs soumettant des articles de bien vouloir se tenir strictement à un nombre minimal de règles de présentation de leurs manuscrits. Tous les manuscrits doivent être soumis en version écrite (en interligne un quinze pour le texte, sans espace pour les notes de bas de page) et obligatoirement envoyés en **format Word** par courriel à l'adresse sous indiquée. Les auteurs veilleront à ce que leur manuscrit ne dépasse pas 30 pages.

Le manuscrit doit indiquer le titre de l'article, le nom de l'auteur, le titre et la position professionnelle principale de l'auteur. Il doit être accompagné d'une lettre/courriel indiquant l'adresse électronique et, pour l'envoi des tirés-à-part, l'adresse postale de l'auteur.

L'article doit être précédé d'un bref résumé en français (150 mots environ) et d'une **table des matières structurée conformément au système numérique**.

La numérotation de la table des matières et du texte inclut l'introduction et la conclusion de l'article. Il n'est pas demandé de numérotation des paragraphes du texte.

La citation se fait de préférence suivant le style juridique traditionnel, c'est-à-dire en bas de page.

Les citations dans le texte doivent être faites entre guillemets en romain en langue française et entre guillemets en italique en langue étrangère.

Les indications suivantes sont obligatoires :

- pour les monographies et traités : auteur (initiale du prénom et nom), titre (en italique), lieu et année de publication, page. L'indication additionnelle de la maison d'édition est optionnelle, mais si elle est donnée, elle doit être donnée de façon systématique ;
- pour les œuvres collectives et livres édités : l'auteur et le titre (entre guillemets) de la contribution à laquelle il est fait référence, les auteurs ou les éditeurs de l'œuvre ou du livre et le titre de l'œuvre ou du livre suivant le mode indiqué pour les monographies ;
- pour les articles de revue : auteur (initiale du prénom et nom), titre de la contribution (entre guillemets), nom de la revue (en italique), volume (si possible et usuel), année de parution (plus, si besoin en est, numéro ou date du cahier), page ;
- pour les textes de loi : titre, numéro, date suivant le style le plus détaillé usuel dans le pays de référence et source de publication (à l'exception des textes qui sont généralement connus tels le code civil ou le code de commerce), la revue s'adressant également à un public non spécialisé et étranger ;
- pour les arrêts de jurisprudence et les décisions administratives : suivre les recommandations de citation données par les institutions en question (par exemple : Cour de justice des Communautés européennes (= CJCE) : date, n° de l'affaire, nom des parties, recueil, année, partie, page), à défaut le style de citation le plus détaillé généralement suivi dans le pays d'origine ;
- pour les comptes rendus de livre : nom et prénom de l'auteur du livre, titre et éventuellement sous-titre, lieu de publication et maison d'édition, année de parution, nombre de pages.

Tous les manuscrits, même ceux qui ont été acceptés pour la publication, seront renvoyés à l'auteur avec demande de complément s'ils ne répondent pas aux critères de présentation sus-indiqués, la rédaction ne disposant pas de moyens pour apporter les compléments nécessaires. Les manuscrits reçus ne sont généralement acceptés pour la publication qu'après avis favorable d'au moins un expert externe (procédure de pré-lecture obligatoire). Les textes retenus seront publiés dans la version papier et dans la version électronique des annales. Les manuscrits doivent être adressés en version papier au Secrétariat de la rédaction des annales des sciences juridique et politique de la Faculté de droit et de science politique et en version électronique directement par courriel à annalesupsjpa@gmail.com et aimeekoovi@gmail.com.

Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique"

1.	« LE DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS TRANSPLANTE EN REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE : ENTRE RECEPTIBILITE ET APPLICABILITE ». Dr. Augustin Jérémie DOU-WAWAYE	550-583
2.	LE JUGE ADMINISTRATIF DANS LES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE EN AFRIQUE FRANCOPHONE Dr. Luciano Sèwènan HOUNKPONOU	584-613
3.	« LA PREUVE ÉLECTRONIQUE EN DROIT PÉNAL MALIEN » Dr. Cheick Tidiami SANGHO	614-640
4.	« LE PRINCIPE D'ÉGALITE APPLIQUE AU NOM DANS LA REFORME DU CODE BENINOIS DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE » Dr. Lisette AKAM TEDJO	641-663
5.	« LA PERTE DE L'EFFICACITE DE LA SENTENCE ARBITRALE EN DROIT OHADA » Dr. Malick Oluchègoun FALOLA	664-694
6.	« VARIATIONS SAISONNIERES DU CONSTITUTIONNALISME AU MALI ET EN GUINEE : IMPASSE OU METIS DE LA DEMOCRATIE ? » Dr. Alia DIABY	695-722
7.	« LA LICEITE DES PACTES ENTRE EPOUX : REFLEXION A PARTIR DE QUELQUES DROITS AFRICAINS » Dr. Christiane Nicole BEKADA ETOUNDI	723-752
8.	LA HIERARCHIE DANS LES SOCIETES ANONYMES EN DROIT OHADA Dr. Baï Irène Aimée KOOVI & Dr. Médédodé Arnaud Frédéric HOUÉDJISSIN	753-785
9.	« LA VOLONTÉ DU SALARIÉ EN CAS DE MODIFICATION DANS LA SITUATION JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR EN DROIT BÉNINOIS » Dr. Nounagnon Gislaine DOHOU	786-811
10.	« LE CUMUL DE QUALITES EN DROIT OHADA » Dr. Zakari Ibrahim HAROUNA	812-838
11.	« LA PREVENTION DU TERRORISME ET L'ORDRE PUBLIC » Dr. Malick Oluchègoun FALOLA	839-869
12.	« L'ORDRE PUBLIC SOCIETAIRE A L'EPREUVE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DANS LES SOCIETES COMMERCIALES OHADA » Dr. Dogodana COULIBALY	870-911
13.	« UNE INDISPENSABLE DISSOCIATION, CELLE DES FONCTIONS DE DIRECTEUR FINANCIER ET DU MATERIEL « DFM » ET DE RESPONSABLE DE PROGRAMME « RPROG » AU MALI » Dr. Sory Ibrahima dit Sériba SAMAKE	912-939
14.	« LE VICE-PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE DANS LES REGIMES POLITIQUES AFRICAINS » Dr. Sylla SOW	940-973
15.	L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE A L'EPREUVE DE LA FONDAMENTALITE DU DROIT DE PROPRIETE FONCIERE Médédodé Arnaud Frédéric HOUÉDJISSIN	974-1001
16.	DROIT DE VOTE ET PRESERVATION DE L'INTEGRITE DU TERRITOIRE EN PERIODE DE CRISE SECURITAIRE EN AFRIQUE : ETUDE A PARTIR DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE D'EXPRESSION FRANÇAISE Dr. Martine BIKOE	1002-1033

17.	L'ORDRE PUBLIC DEVANT L'ETAT D'URGENCE SANITAIRE EN AFRIQUE FRANCOPHONE Dr. Patrick OKIOH	1034-1061
18.	L'EFFICACITE DES MOYENS DE LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX AU MALI Dr. Issouf DIALLO & Dr. Youssouf SIDIBE	1062-1090
19.	LA FRATERNITE EN DROIT CIVIL CONTEMPORAIN Diane Carlyne WAGOUE TONGOUE	1091-1128
20.	« LES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR A L'ERE DU NUMERIQUE » Dr. Zowachy Oswald KPENGLA-SOUNOU	1029-1159
21.	L'INFLUENCE DE LA CAUSE SUR LA LIBERTE DU PROFESSIONNEL EN DROIT BENINOIS DE LA CONSOMMATION Dr. Apollinaire GOUDOU	1160-1189
22.	LES POSITIONS DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET LES (OP) POSITIONS DES ETATS Thierry Sèdjro BIDOUZO	1190-1217
23.	CRISE DE LA PÉNALITE ET ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU MODELE DE JUSTICE : LA JUSTICE TRANSITIONNELLE Dr. Moussa BERTHE	1218-1242
Vol.5, n°2(2022) TOME 2		
24.	« La réfaction unilatérale du contrat ¹ Charles IBIKOUNLE	1243-1279
25.	« La responsabilité sociale de l'entreprise et le droit Ohada » Dr. NKEA NDZIGUE Francis	1280-1318
26.	Réflexion sur la nature juridique de la clause <i>pari passu</i> Dr. FOLLY Messan Agbo	1319-1346
27.	La phase présentencielle du proces pénal malien: la construction d'une culpabilité présumée Dr. Nianankoro DAO	1347-1378
28.	De l'auteur intellectuel de l'infraction dans le nouveau code pénal ivoirien Dr. COULIBALY Mamadou Kounvolou	1379-1415
29.	La femme enseignante dans les réformes éducatives au Bénin Dr. Fidèle K. AYENA	1416-1440
30.	La notion de devoir de l'actionnaire Dr. Félix FANOU	1441-1476
31.	Représentativité des parlements africains : cas du Bénin Dr. Christophe LIHOUÉNOU	1477-1511
32.	« les droits de l'enfant à naître au Bénin » Dr. Abdou Soumaïla SOUNON TAMOU	1512-1539
33.	Les mesures patrimoniales de protection du couple non marié en droit togolais Richard ALEM DJRODO	1540-1569

¹ Dans le cadre du présent travail, les termes réfaction du contrat et réduction du prix seront considérés comme synonymes et utilisés indifféremment pour désigner la même chose.

34.	L'abeille et le droit : Jalons pour un droit apicole au Cameroun Dr. Rodrigue OBA'A AKONO	1570-1616
35.	Le divorce a l'initiative de la femme au niger : cas de la communaute urbaine de Niamey Dr. KABIR SANI	1617-1643
36.	La fonction constituante dans les processus de sortie de crise en Afrique Dr. Thierry Sèdjro BIDOUZO	1644-1670
37.	La vocation contractuelle de la responsabilite du fait de l'engagement unilateral de volonte Dr. Windpagnangé Dominique KABRE	1671-1708
38.	« La neutralité en droit international Un essai de déconstruction » Dr. Adékoniyé Arsène-Joël ADELOUI	1709-1741
39.	« Le chasseur et le militaire. Ethnographie des petites guerres électorales au Bénin » Dr. Expédit OLOGOU	1742-1766
40.	Le principe d'egalite mis a l'epreuve dans la devolution du nom en droit beninois de la famille M. DAKEYE Kossi Florentin	1767-1793
41.	« La récupération des domaines de l'Etat à l'épreuve de la transition en Guinée : plaidoyer pour une cause perdue » Dr. Ansoumane SACKO	1767-1802
42.	« Les partis politiques béninois à l'épreuve du financement public » Dr. ZINSOUGA LEANDRE	1803-1830
43.	« Les expériences de formation de la conscience politique nationale au Bénin » Dr. KITTI Hinnougnon Nathaniel	1831-1870
44.	Spécialité et compétences implicites des organisations internationales Dr. KPEDU Yawovi Amedzofé	1907-1936
45.	Conflits intercommunautaires entre agriculteurs et éleveurs sur la problematique de transhumance au benin : une approche sociologique de la question et des solutions plus pratiques Dr. BOUKO Chabi Dramane	1937-1970

LA PERTE DE L'EFFICACITE DE LA SENTENCE ARBITRALE EN DROIT OHADA

Malick Oluchègoun FALOLA

Docteur en Droit privé

Assistant à la Faculté de Droit et de Sciences politiques

<https://doi.org/10.56109.aup-dsp.V5i2.5>

Université d'Abomey-Calavi (Bénin)

Date de réception 20 Mars 2022

Date d'acceptation 10 Septembre 2022

Publié le 31 Décembre 2022

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I) LES TEMPERAMENTS APPORTES AUX PRINCIPES D'AUTONOMIE ET DE JURIDICTION

A) LES TEMPERAMENTS APPORTES AU PRINCIPE D'AUTONOMIE

- 1) L'a violation des règles impératives de droit interne
- 2) La violation de l'ordre public international

B) LES ATTEINTES DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL RELATIVES A LA VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC

- 1) L'exécution de la sentence arbitrale
- 2) Contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public

II) LES ATTEINTES RELATIVES A LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONVENTIONS ET A L'EXECUTION DE SENTENCES ARBITRALES

A) LES ATTEINTES A LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

- 1) La violation de l'ordre public : une atteinte à la force obligatoire de la convention
- 2) La survie des prérogatives des personnes morales de droit public

B) LES ATTEINTES RELATIVES A L'INEXECUTION DE SENTENCES ARBITRALES

- 1) Une négation implicite du droit à l'exécution forcée de la sentence arbitrale
- 2) Une négation explicite des droits consacrés par la sentence arbitrale

CONCLUSION

Résumé :

La perte de l'efficacité de la convention d'arbitrage résulte d'une part, des violations de droit pouvant paralyser cette convention et d'autre part, de l'absence d'imperium de l'arbitre d'ordonner l'exécution forcée de la sentence arbitrale.

La convention d'arbitrage devrait être efficace par ses natures contractuelle et juridictionnelle. La sentence devrait être respectée à la lettre par les parties. Il ne devrait pas y avoir un contrôle de régularité de la sentence par un juge communautaire aux fins d'exequatur. Il

s'agit de l'incomplétude de l'ordre juridictionnel de l'arbitre. La convention d'arbitrage permet de désigner des juges privés assurant la mission juridictionnelle de trancher un différend pour les parties à charge pour ces arbitres de soumettre leur sentence arbitrale à l'exequatur des juges étatiques pour obtenir la force exécutoire, dès lors que la partie succombant refuse de l'exécuter.

La force obligatoire de la convention d'arbitrage ne résiste pas dès lors que l'objet de la convention est contraire à l'ordre public interne. Le juge communautaire peut annuler une sentence contraire à l'ordre public international et aux lois de police. Cette force obligatoire devient hypothétique lorsque l'une des parties à la convention d'arbitrage s'arroge des prérogatives non-immunitaires des personnes morales de droit public. Il s'ensuit que certaines décisions de la CCJA rendues à l'encontre des Etats parties au traité de l'OHADA ne sont pas respectées. Ces derniers refusent de respecter des décisions de la CCJA dans lesquelles ils ont été les perdants en évoquant leurs immunités. La justice privée prônée par la convention d'arbitrage a perdu ainsi sa garantie de justice aux justiciables. D'où le constat de la perte de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Mots-clés : Sentences arbitrales ; recours en annulation ; principe d'autonomie ; principe de juridiction ; ordre public.

Abstract

The loss of the effectiveness of the arbitration agreement results, on the one hand, from the violations of the law that could paralyse that agreement and, on the other hand, from the arbitrator's lack of imperium to order the enforcement of the arbitral award. The arbitration agreement should be effective by its contractual and jurisdictional nature. The award should be strictly adhered to by the parties. There was to be no review of the regularity of the award by a Community judge for the purposes of enforcement. It is the incompleteness of the adjudicator's jurisdictional order. The arbitration agreement makes it possible to appoint private judges who have the judicial task of deciding a dispute for the parties who are responsible for submitting their arbitral award to the courts for enforcement. As soon as the succumbing party refuses to execute it. The binding force of the arbitration agreement does not stand up where the object of the agreement is contrary to internal public policy. The Community judge may annul an arbitrary sentence to international public order and police laws. This binding force becomes hypothetical when one of the parties to the arbitration agreement assumes the non-immune prerogatives of legal persons under public law. It follows those certain decisions of the CCJA made against the States Parties to the OHADA Treaty are not respected. The latter refuse to respect decisions of the CCJA in which they were the losers by evoking their immunities. The private justice advocated by the arbitration convention has thus lost its guarantee of justice to litigants. Hence the loss of the effectiveness of the arbitration agreement.

Keywords: Arbitral awards; claims for annulment; principle of autonomy; principle of jurisdiction; public order.

INTRODUCTION

L'arbitrage est un mode de règlement des litiges qui consiste à porter un différend devant un ou plusieurs arbitres que les parties choisissent librement comme juges. Ainsi, il présente une double nature. D'une part, il est de nature conventionnelle car le ou les arbitres tirent leurs compétences et leurs pouvoirs d'un contrat conclu entre les parties au litige : La convention d'arbitrage. D'autre part, il est de nature juridictionnelle, car l'arbitre est investi de la fonction de juge. A ce titre, il rend une sentence arbitrale. La doctrine s'est depuis longtemps aventurée à dégager une définition de l'institution. Motulsky définissait l'arbitrage comme « le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention »¹. Pour M. Jarrosson, l'arbitrage est « 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 ».

La doctrine a défini l'arbitrage comme un contrat par lequel les parties se donnent un juge qui agit après sa désignation comme un véritable magistrat ou encore comme « l'accord par lequel les parties décident de soumettre un litige qui les oppose à des arbitres ». Ce contrat prend sa source dans un autre contrat : la convention d'arbitrage qui va fonder l'arbitrage, à défaut, il ne peut y avoir d'arbitrage. En tant que contrat, la convention d'arbitrage obéit aux règles générales qui gouvernent le droit des contrats, notamment celle de la force obligatoire des contrats tirée de la combinaison des articles 1103 et 1104 du Code civil français aux termes duquel « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Pierre Meyer a justement considéré que par la convention d'arbitrage, les parties s'obligent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà ». C'est l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage².

L'arbitrage est un mode conventionnel de résolution des différends ; l'arbitrage est une justice alternative qui repose essentiellement sur un fondement contractuel dont le socle est la convention d'arbitrage³. A l'image de tout acte juridique gouvernant les relations d'affaires, la convention d'arbitrage se caractérise par son *effet relatif*. A ce titre, « pieds et poings liés, dessaisie par les parties, telle est la délicate situation du juge étatique en présence d'une

¹H. MOUTLUSKY, *Ecrits. Etude et notes sur l'arbitrage*, Ecrits, t. II, Dalloz, 1974, p. 5

²B. Blandine, *L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA*, p. 4

³A. MEZGHANI, « *Arbitrage force et fondement contractuel de l'arbitrage* », *Gaz. Pal.*, juin 2003, n°177, p. 15.

convention d'arbitrage »⁴. L'arbitrage OHADA ne faisant pas exception, les instruments communautaires posent des règles garantissant l'autorité de l'arbitre. L'étude de ces règles exige que l'on s'attarde en amont sur la clarification terminologique entre *la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage*. Si la première a vocation à être insérée dans la convention principale en dehors de toute situation conflictuelle, la seconde est d'usage conclue postérieurement à celle-ci. En d'autres termes, l'existence de la clause compromissoire doit être antérieure à la survenance du différend dont elle est l'objet⁵. Par contre, la conclusion d'un compromis d'arbitrage intervient au temps du différend contractuel.

Mais, dans le système dualiste de l'arbitrage OHADA, cette distinction terminologique est inopérante. Le législateur communautaire a prévu un régime unique pour toutes les clauses d'arbitrage. Il regroupe la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage, sous l'appellation générique de la convention d'arbitrage. C'est pourquoi les expressions « clause compromissoire », « compromis d'arbitrage » ou « convention d'arbitrage » sont interchangeables et seront alternativement usitées dans nos prochains développements. En droit OHADA, la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par la voie de l'arbitrage. La convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant⁶.

Par ailleurs, le texte précise, comme c'était déjà le cas dans la version de 1999, que la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal, sa validité n'étant pas affectée par la nullité de ce dernier et, qu'en outre, la validité de la convention d'arbitrage est appréciée d'après la commune volonté des parties sans référence nécessaire à un droit étatique⁷. Outre le caractère consensuel de l'arbitrage, l'AUA confirme ainsi son alignement sur des principes

⁴N. RACHDI, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in (S. Bostanji, F. HORCHANI et S. MANCIAUX (dir.), *le juge et l'arbitrage*, Paris, Pedone, 2014, p. 212.

⁵A. C. ROUAUD, « Précisions sur l'appréciation des conditions de validité de la clause compromissoire au regard de l'article 2061 du Code civil », D. 2012, p. 1312.

⁶Article 3-1 de l'AUA

⁷G. KENFACK DOUAJNI, *Le nouveau droit de l'arbitrage et la médiation OHADA*, éd. Paris, Pedone, 2021, p. 10

reconnus en matière d'arbitrage écrit⁸ ou encore le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, qui survit au contrat principal au cas où celui-ci est déclaré nul, car cette nullité n'affecte pas la convention d'arbitrage⁹. Le caractère consensuel de l'arbitrage mis en exergue à l'article 4 alinéa 3 de l'AUA permet aux parties en litige devant une juridiction étatique, de souscrire néanmoins à une convention d'arbitrage pour soumettre leur litige à l'arbitrage ; ce qu'elles feront nécessairement par un compromis dont l'article 3-1 fournit la définition, comme déjà mentionné.

En tout état de cause, conformément au nouvel article 13 de l'AUA « lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. Dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze (15) jours. Sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans les conditions prévues par son règlement de procédure. En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence. Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent »¹⁰. En effet, le nouveau texte pose qu'en présence d'une convention d'arbitrage, la juridiction étatique est incompétente, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable en l'espèce. Cette règle constitue la conséquence du principe-compétence reconnu par l'AUA et en vertu duquel l'arbitre ou le tribunal doit le premier, constater que celle-ci n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, il renvoie les parties à se pourvoir en arbitrage¹¹.

⁸Article 7 al 1 de la loi-type CNUDCI.

⁹Principe anglais dit de « Severability ». Cf. en droit suisse l'art. 178 al. 3 LDIP.

¹⁰G. KENFACK DOUAJINI, *Le nouveau droit de l'arbitrage et la médiation OHADA*, éd. 2021, p.11.

¹¹V. O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 2006, p. 893 et s., n° 8.

La juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence. Cette disposition de l'AUA, qui reprend le texte français en partie¹², précise en outre que le juge étatique ne retiendra sa compétence que si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. La nullité manifeste et l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage sont celles qui s'imposent d'elles-mêmes du fait d'une convention littérale à l'une des conditions légales imposées pour la validité des conventions d'arbitrage et ne requiert aucune interprétation pour être constatée¹³. Cela étant, la nullité manifeste de la clause ne doit pas être entendue comme voulant signifier qu'une clause simplement nulle est valide.

En effet, et à titre d'illustrations, une convention d'arbitrage signée par un mineur ou encore par une personne n'ayant pas qualité ou n'ayant pas reçu d'autorisation à cet effet lorsque cette autorisation est requise d'après des statuts sociaux, est nulle. L'adverbe « manifestement » ne semble pas sous-entendre que la nullité d'une convention d'arbitrage puisse ici être tolérée et que seul le caractère manifeste de la nullité de ladite convention invalide celle-ci.

En tout état de cause, une convention d'arbitrage manifestement inapplicable à l'espèce, ne saurait davantage donner lieu à la mise en œuvre d'une procédure arbitrale. En effet, elle est manifestement inapplicable à l'espèce dans la mesure où le litige invoqué n'entre pas dans son champ d'application¹⁴. M. LOQUIN, évoque plutôt le « plus petit dénominateur commun d'une définition de l'arbitrage ». Sous cette expression, il appréhende l'arbitrage comme un « mode de résolution des litiges alternatifs à la justice étatique »¹⁵. Pour G. CORNU, l'arbitrage est « *un mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'Etat ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties* »¹⁶. A la recherche d'une définition globale, certains pensent que l'arbitrage est « *un mode de résolution des conflits qui trouve son*

¹²Article 1448 du NCP.

¹³Reims, 29 mai 2012, Revue de l'Arbitrage, 2012, 675.

¹⁴Sur le caractère manifestement inapplicable de la convention d'arbitrage à l'espèce, V. Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, n°05-17.460, Bull.2006 I n°338 p. 292 ; civ. 1^{ère}, 9 juillet 2014 FS-P+B, n°859, note X. DELPECH, Dalloz Actualité ([http : //www.dalloz-actualite.fr](http://www.dalloz-actualite.fr)).

¹⁵E. LOQUIN, L'arbitrage du commerce international, Paris, Joly et Lextenso, 2015, p. 1. Pour la même idée, lire aussi C. SERAGLNI et J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et internationale, Paris, Montchrestien, p.14.

¹⁶G. CORNU, Vocabulaire juridique, 9^{ème} éd. mise à jour, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2011, p.78. v. également C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, Paris, LGDJ. , 1987, p. 372.

origine dans une convention privée et qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cette décision est acquise à l'intervention d'un ou plusieurs particuliers auxquels la volonté commune des parties donne pouvoir de trancher le litige »¹⁷.

Dans l'une ou l'autre de ces définitions, il y a une équivalence qui se dégage : il s'agit de la définition des caractères de l'arbitrage. Ce dernier est à la fois, selon ces auteurs, un mode contractuel¹⁸ et juridictionnel de résolution des litiges. L'arbitrage se définit alors par ces traits caractéristiques. La conception de l'arbitrage qui se déduit du système OHADA n'est nullement étrange à cet harmonieux « *mélange d'autonomie de la volonté et d'activité juridictionnelle* »¹⁹.

La particularité de l'arbitrage OHADA réside dans la théorie volontariste dans laquelle est confiné l'arbitrage. Cette théorie volontariste est bien présente en droit de l'OHADA²⁰. Elle prend diverses formes contractuelles marquant les phases importantes de l'arbitrage. Ainsi, la décision de recourir à l'arbitrage se matérialise par l'effet de la convention d'arbitrage. En examinant les dispositions de l'article 3 de l'AUA, il est évident que la convention arbitrale a un caractère consensuel. Il prévoit « *que la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou*

¹⁷GARSONNET, et César-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, La rose, t. 8, 1904, n°220, p. 145. Au sujet de l'articulation entre le caractère conventionnel et celui juridictionnel de l'arbitrage, V. G. KENFACK DOUJANI, le cadre juridique de l'arbitrage au Cameroun, in *revue Camerounaise de l'arbitrage*, n°4, jan.-fév.-mars 1999, p. 3 ; analysant l'office de l'arbitre dans l'instance arbitrale, il ramène l'institution au « *jugement d'une contestation par un ou des particuliers (le ou les Arbitres) choisis par les parties en litige, au moyen d'une convention qui peut être une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage* ».

¹⁸J.-P. ANCEL, « L'arbitrage et la coopération du juge étatique », *Penant*, n° 833, mai 2000, p. 171. Il décrit l'arbitrage comme une forme de justice contractuelle qui a pour fondement la volonté des contractants. V. également P. ADDE BOUBOU, note sous TPI de Lomé, ch. civ., Aff. STAR c/ CFAO SFC, *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 22, juil.-août-sept. 2003, pp. 24 et s. Suivant l'importante contribution de ces auteurs, l'arbitrage a un fondement essentiellement contractuel parce qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage.

¹⁹H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, Paris, Litec, 2005, p. 233.

²⁰La conceptualisation de l'arbitrage s'organise autour de ses caractères contractuel et juridictionnel. Le caractère contractuel postule que la justice arbitrale repose sur la volonté des parties. C'est en ce sens qu'il faudra analyser les dispositions des articles 21 du traité instituant l'OHADA et 14 de l'AUA. Pour le premier, « en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre ». Quant à l'article 14, il faut faire observer qu'il consacre la célébration de la volonté individuelle dans le droit processuel. A l'effet de la contractualisation du procès civil, le caractère conventionnel de l'arbitrage y est également prépondérant. Il confère aux parties une importante liberté dans la mesure où « *elle peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix* ».

par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment la référence faite à un document la stipulant ». L'écrit n'est donc pas en réalité une condition de validité. Il a une valeur *ad probationem* et non *ad validitatem*. Une telle interprétation paraît bien justifiée. Le principal argument qui soutient la thèse de la valeur probatoire de la forme écrite de la convention d'arbitrage tient à la sécurité juridique et judiciaire que l'arbitrage est censé assurer. Il vise la protection de l'intégrité des volontés individuelles qui se lient par la convention d'arbitrage. Outre cette origine contractuelle de l'arbitrage, il importe de souligner sa dimension juridictionnelle.

D'une part, le caractère juridictionnel de l'arbitrage est effectif en droit OHADA. En effet l'article 15 de l'AUA précise que « les arbitres tranchent le litige conformément aux règles de droit (...) ». A la lecture de ce texte, il est clair que l'arbitrage a été adopté afin de trancher les différends. L'arbitre a donc exactement la même mission que le juge étatique. Il ne sert à rien, à ce stade de l'étude, de revenir sur les contestations sans fin du critère de l'acte juridictionnel. Il est bien possible d'appliquer à l'arbitrage OHADA les critères de l'acte juridictionnel systématisés par H. MOTULSKY. Selon lui, « *il faut une prétention, c'est-à-dire la revendication d'un résultat économique ou social correspondant au bénéfice d'une règle de droit, il faut la constatation de la coïncidence, ou de l'absence de coïncidence, entre le fondement de fait de cette revendication et les éléments nécessaires à l'octroi de ce bénéfice ; et il faut que cette constatation soit faite par un organe juridiquement habilité à y procéder* »²¹. Sur la base de ces critères, toutes les fois qu'une personne est juridiquement investie du pouvoir d'accueillir ou de rejeter une prétention sur le fondement de la règle de droit ou de l'équité, elle prend incontestablement la qualité de juge²². En application de ces critères à l'arbitre, il est constant qu'il reçoit l'habilitation de la loi à trancher les différends qui lui sont soumis par application de la règle de droit. Il n'en faut donc pas plus pour dire qu'il est un juge²³, même s'il n'est pas un magistrat. C'est pourquoi, à l'examen de l'AUA, il est constant que le champ lexical de l'arbitrage employé par le législateur se rapporte au principe de juridiction. Il évoque

²¹H. MOTULSKY, Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage, *op.cit.*..., p. 6.

²²Cependant, il faut préciser que la loi habilite le tiers saisi à trancher le litige en équité si les parties lui en donnent le pouvoir.

²³ Ibid

la notion de tribunal arbitral²⁴, organise la décision de l'arbitre qui tranche le litige comme le ferait le juge étatique²⁵ et fait attacher à la décision de l'arbitre l'autorité de la chose jugée²⁶ tout en organisant les voies de recours²⁷.

D'autre part, à l'idée de limiter la légitimité de l'arbitre à la convention d'arbitrage, il faut simplement opposer le caractère légal du tribunal arbitral. En effet, au sein de la plupart des Etats parties à l'OHADA, la création des tribunaux relève du domaine de la loi²⁸. De même, c'est l'acte uniforme qui organise l'arbitrage OHADA. Ces dispositions inspirent les lois de procédure civile et commerciale des Etats parties au traité instituant l'organisation²⁹. Il n'est donc plus possible de soutenir que l'origine contractuelle de l'arbitrage fragilise la juridiction arbitrale. Il n'est pas non plus possible de tirer prétexte du caractère privé de l'arbitrage pour lui dénier sa nature juridictionnelle. Mais en réalité, la perte de l'efficacité de la convention d'arbitrage résulte d'une part, des atteintes aux principes de l'autonomie de la volonté des parties et de juridiction exclusive de la force exécutoire de ses sentences et d'autre part, elle résulte des atteintes à la force obligatoire de la convention d'arbitrage. En vertu du principe de la force exécutoire des conventions, les parties ont l'obligation de déférer aux arbitres les litiges définis par la convention d'arbitrage. Il n'est porté atteinte à ce principe que de façon exceptionnelle, notamment lorsque la clause est manifestement nulle.

L'OHADA est un outil d'intégration juridique au service du progrès économique des Etats parties. L'inaptitude du cadre juridique des affaires à relancer le progrès de la zone franc a suscité une méthode gouvernée par l'analyse économique pour contrer la faiblesse

²⁴Lire les dispositions de l'article 11 de l'AUA : « Le tribunal statue sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ». A l'article 11, lire aussi tribunal arbitral.

²⁵V. les dispositions de l'article 15 de l'AUA.

²⁶V. les dispositions de l'article 23 de l'AUA. Aux termes de cet article, « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

²⁷Au sujet des recours organisés par le législateur contre la sentence arbitrale, v. les dispositions de l'article 25 de l'AUA et s. Il faut noter que survivant les termes de cet article, « la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation ». Cependant, il y a des recours qui sont aménagés contre la sentence arbitrale. L'article 26 précise qu'il s'agit du recours en annulation et de la tierce opposition.

²⁸V. les dispositions de l'article 109 de loi N° 90-32 du 11 déc. 1990 portant constitution de la République du Bénin

²⁹Au Bénin par exemple, référence peut être faite à la loi N° 2008-07 du 28 fév. 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes en République du Bénin.

économique des Etats membres³⁰. Mais ce n'est pas pour autant qu'il faut mettre en avant l'analyse économique pour dénier à la science du droit sa capacité à assurer la survie de ses institutions. Il faut alors dépasser la justification souvent attribuée à l'arbitrage, plus classique et trop générale, celle de la sécurité judiciaire³¹.

L'arbitrage, qu'il soit interne ou international poursuit un même objectif : incarner une réponse alternative à la faiblesse des juridictions étatiques. Certes, la convention d'arbitrage n'assure une parfaite sécurité judiciaire aux justiciables. Elle est confrontée à certaines atteintes qui lui font perdre son efficacité. Alors il est important de rappeler les risques qui conduisent à la fragilité de la convention d'arbitrage. Certains risques sont relatifs à son caractère contractuel, juridictionnel, mais d'autres sont relatifs à la qualité des parties, notamment que

³⁰L'enjeu de la réforme à l'origine du droit des affaires dans la zone franc était de taille. Cela a appelé une méthode rigoureuse et des outils d'analyse qui subordonnent l'efficacité juridique à l'atteinte des objectifs économiques. Sur cet aspect de l'arbitrage, il est important de lire les travaux préparatoires pour pénétrer l'esprit de la législation. Pour ce faire, lire K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *LPA*, spéc. OHADA, n° 205, 2004, pp.5-6 ; pour atteindre l'objectif d'un droit harmonisé, souple et attractif, il a fallu « aussi être sûr du résultat, donc envisager de tester le futur espace du projet, de poser le diagnostic du mal créé par le ralentissement des investissements, mesurer ce qui est souhaitable, ce qui est nécessaire, ce qui est possible, appréhender les attentes, les solutions et les appréhensions, préconiser la marche à suivre et les priorités à mettre en œuvre, trouver des solutions juridiques les meilleures, stimuler le transfert de la technologie et de connaissances et notamment les techniques modernes de gestion des entreprises, promouvoir la sécurité juridique, rétablir la confiance des chefs d'entreprise et des investisseurs ».

³¹Pour une analyse approfondie du lien entre le Droit et la sécurité d'une part, et pour la thèse du rapport consubstantiel entre le Droit et la sécurité d'autre part, v. G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit », RIDC, Vol. 7, n°4, 1955, pp.877-878 ; un autre auteur met aussi l'accent sur la sécurité juridique des activités économiques qui ressort du traité OHADA qui marque la consécration d'une finalité du droit, garanties propres à assurer la sécurité des transactions et visant le bon fonctionnement du système juridique dans la vie quotidienne ; pour ces idées, P.-G. POUGOUE, « Les figures de la sécurité juridique », RASJ, vol. 4, n°2, 2007, pp. 1-8 ; par ailleurs, la propension de la sécurité dans l'œuvre d'harmonisation entreprise par les Etats parties au traité OHADA a conduit certains auteurs à soutenir qu' « il ne s'est pas agi pour l'OHADA d'harmoniser le Droit des affaires mais le Droit des activités économiques », M. KOM KAMUSU, « Les Etats parties à l'OHADA et la sécurité des entreprises commerciales », RDU, vol. XV, n°1, 2010, p. 75 ; cette belle part offerte à la sécurité juridique des activités économiques a failli bouleverser tout le système OHADA par une mutation de la dénomination qui passerait du Droit des affaires au Droit économique comme l'a écrit un auteur, rendant compte des travaux préparatoires dans une importante contribution doctrinale, v. J. PAILLUSSEAU, « Le droit OHADA , un droit très important et original », in Cahiers du droit de l'entreprise, n°5. 1997, p. 34 V. encore J. PAILLUSSEAU, « l'OHADA, dix ans de droit du droit des affaires en Afrique, JCP, 2004, p. 3.

les parties soient des personnes physiques ou morales de droit public qui y participent. Certaines atteintes sont justifiées par la nécessité car, « l'arbitrage ne peut pas être totalement soustrait de l'emprise des juridictions étatiques ». En effet, l'arbitre n'ayant pas d'*imperium* d'ordonner l'exécution de sa sentence, l'Etat doit exercer son contrôle sur la sentence afin de la rendre exécutoire sur son territoire. D'autres atteintes d'une part, résultent de l'ordre contractuel et de la force exécutoire de la convention d'arbitrage et d'autre part, certaines sont relatives à la qualité de personne morale de droit public. Il convient d'exposer la perte de l'efficacité de la convention d'arbitrage relative aux tempéraments apportés à son principe d'autonomie et à son principe de juridiction (I) et la perte de l'efficacité de la convention d'arbitrage relative aux atteintes à son principe de la force obligatoire (II).

I) LES TEMPERAMENTS APPORTES AUX PRINCIPES D'AUTONOMIE ET DE JURIDICTION

L'efficacité de la convention d'arbitrage réside d'une part, dans le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage au contrat principal, et d'autre part, dans le principe de la force obligatoire des conventions. Le Professeur Fouchard décrit le principe d'autonomie ou d'indépendance comme un moyen visant d'une part, à immuniser la convention d'arbitrage contre les vicissitudes du contrat principal et d'autre part, l'émancipation de l'autorité des droits étatiques³². La clause d'arbitrage présente par rapport à la convention principale dans laquelle elle est insérée, une autonomie matérielle et juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cette dernière³³. Principe connu et reconnu, l'autonomie de la convention d'arbitrage connaît le même traitement en droit OHADA. Mais sa fragilité réside dans le respect de l'ordre public interne et international ainsi que dans les lois de police. Ce qui constitue des limites au principe d'autonomie de la convention d'arbitrage.

La convention d'arbitrage est caractérisée par son ordre juridictionnel. Cet ordre juridictionnel consiste pour les parties à désigner des arbitres qui vont rendre des sentences arbitrales pour le règlement de leurs différends à l'instar d'un juge étatique. L'ordre juridictionnel est une composante de l'efficacité de la convention d'arbitrage en marge de l'ordre contractuel. Elle connaît des faiblesses non seulement lorsque la sentence rendue est contraire à l'ordre public international mais aussi lorsqu'une personne morale de droit public devient une partie à la

³²Ph. FOUCHARD, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », Rev. arb., 1995, p.3

³³Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, LGDJ, 2013, p. 89.

convention d'arbitrage. En effet, la partie publique évoque un droit dérogatoire³⁴. Dans ce cas, les privilèges de droit public s'opposent à la mise en œuvre harmonieuse des principes fondamentaux de l'arbitrage. Ce qui compromet les chances d'efficacité de l'arbitrage à l'égard des personnes publiques. Après avoir accepté la clause compromissoire, les personnes publiques tirent prétexte des avantages exorbitants que leur confèrent les prérogatives de puissance publique pour se soustraire aux exigences de l'arbitrage³⁵. Il convient d'analyser les tempéraments apportés au principe d'autonomie de la convention d'arbitrage (A) et les atteintes à l'ordre juridictionnel de la convention d'arbitrage (B).

A) LES TEMPÉRAMENTS APPORTÉS AU PRINCIPE D'AUTONOMIE

Dans le but de protéger certaines valeurs juridiques essentielles, il a été légalement admis dans certaines conditions l'exclusion du pouvoir de compromettre. Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage n'est à ce titre pas d'ordre public. Pour preuve, dans l'arrêt Dalico, la Cour de cassation subordonne la validité de la clause compromissoire au respect des règles impératives du droit français et de l'ordre public international³⁶. Cependant, contrairement à la formule consacrée par l'arrêt Dalico, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopte une démarche beaucoup plus libérale. La loi uniforme ne fixe aucune limite à la règle de validité de la convention d'arbitrage. La fixation de ces limites incombe au juge communautaire dont les décisions prennent en compte les impératifs relatifs au respect des règles impératives de droit interne (1) et de l'ordre public international (2).

1) La violation des règles impératives de droit interne

L'efficacité de la convention d'arbitrage relève entre autres de son principe d'autonomie au contrat principal ; les vicissitudes du contrat principal n'affectant pas la validité de la convention d'arbitrage. Mais la jurisprudence de la chambre civile de la Cour de cassation en du 20 décembre 1993 a jugé que « *en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous*

³⁴O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, Collection des thèses, édition 2018, LGDJ, n°25, p. 22.

³⁵O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, *op.cit.*, n°26, p. 22.

³⁶Cass. civ., 20 décembre 1993, n°91-16.828

réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties... »³⁷.

Les règles impératives de droit interne visent à maintenir l'équilibre de la relation contractuelle en excluant toute clause contraire défavorable à la partie faible. En matière contractuelle, la multiplicité et la variété des interventions de l'Etat dans les relations privées ont favorisées l'apparition, dans plusieurs pays, d'une catégorie intermédiaire de normes juridiques, entre les règles légales supplétives applicables seulement en l'absence de convention contraire et les règles d'ordre public qui, au nom de l'intérêt public, limitent de façon absolue la liberté des parties³⁸. Elles s'appliquent aux conventions d'arbitrage de droit OHADA.

En France, on considère que les règles qui sont édictées au profit de certaines catégories de bénéficiaires participent de l'ordre public en ce qu'elles visent à faire prévaloir l'intérêt général sur les volontés individuelles³⁹. Elles sont alors considérées comme faisant partie d'un ordre public économique de protection (ordre public relatif) par opposition à l'ordre public économique de direction (ordre public absolu)⁴⁰. Cette différence de terminologie n'est pas déterminante si on admet, comme en droit français, que l'ordre public économique de protection ne joue qu'au profit de la personne que l'on cherche à protéger et qu'il se consacre essentiellement à préserver l'équilibre interne du contrat, l'intérêt général n'y étant pas concerné au même degré ni de la même façon. *Ces règles impératives de droit interne visent à maintenir l'équilibre de la relation contractuelle en excluant toute clause contraire défavorable à la partie faible.* En l'espèce, elles visent à maintenir l'équilibre de la convention d'arbitrage en excluant toute clause contraire défavorable à la partie faible. En toute logique, puisqu'il s'agit de règles protectrices d'un intérêt privé agissant directement sur le rapport contractuel, la

³⁷ Idem

³⁸ https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A124929/datastream/PDF_01/view, Les règles impératives applicables au contrat international d'assurance dans l'espace communautaire, n°371, p.370.

³⁹J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in Les notions à contenu variable en droit, L. PERELMAN et R. VANDER ELST éd., Bruxelles, Bruylant, 1984, p.79. P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. Arbitrage, 1994, p.618; l'auteur remarque à juste titre que cet amalgame présente l'inconvénient de vider de sa substance l'expression si forte d'ordre public. "Celle-ci ne renvoie plus à l'exigence de maintien des règles et principes fondamentaux sur lesquels repose la société, qu'ils soient de nature morale, politique, sociale ou économique ; elle se borne à évoquer une particularité technique propre à certaines règles...".

⁴⁰J. GHESTIN, *Traité de droit civil, le contrat*, Paris, 1980, n° 124 à 128.

déroger dans un sens plus favorable à la partie méritant protection devrait être admise de même que la renonciation par cette personne à la protection que lui accorde la règle impérative, pourvu toutefois qu'elle soit certaine et postérieure à la naissance du litige.

L'arrêt Dalico a jugé que « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties... »⁴¹. Il en découle que la validité de la convention d'arbitrage s'apprécie au regard de sa conformité avec les règles impératives de droit interne. L'inefficacité de la convention d'arbitrage relève alors de la violation des règles impératives de droit interne. Or les lois impératives sont destinées à protéger des intérêts particuliers et se sont imposées dans une situation d'infériorité économique ou sociale vis-à-vis de l'autre, ou le cas échéant, des deux contractants »⁴². Ce qui s'applique naturellement aux conventions d'arbitrage visant à protéger des intérêts privés des contractants. La violation des dispositions impératives dans le cadre de la convention d'arbitrage est sanctionnée de nullité relative est dès lors soumise aux effets de ce type de nullité. *Cette hypothèse de nullité de la convention d'arbitrage constitue une atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage qui doit être invoquée au début du procès (in limine litis) que la partie protégée doit alléguer.*

2) La violation de l'ordre public international

La convention d'arbitrage est caractérisée par l'autonomie des volontés des parties et la mission juridictionnelle des arbitres désignés par les parties. Elle repose sur le principe de la liberté contractuelle avec ses bornes définies par le respect de l'ordre public et les bonnes mœurs. L'ordre public permet de réguler les volontés individuelles dans les conventions. L'ordre public est une notion très difficile à identifier et à décrire : ordre public de protection, ordre public de direction, ordre public international, ordre public transnational, et même ordre public d'ordre juridiques privés. Toutes ces manifestations réagissent sur le droit de l'arbitrage⁴³. L'exception d'ordre public s'apparente à un mécanisme qui vise la sauvegarde des

⁴¹Cass. civ., 20 décembre 1993, n°91-16.828.

⁴²J. VAN ZUYLEN, Les rapports entre la loi (impérative, supplétive et l'autonomie de la volonté, n°415, p. 862 ; H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, t. I, 3^e éd., 1962, Bruylant, Bruxelles, p.119, n°91.

⁴³E. Loquin, l'ordre public et l'arbitrage, RJ Com, Juillet août-2018-n°4 p.1.

valeurs fondamentales de l'ordre juridique⁴⁴. Il permet utilement d'écarter la règle d'autonomie de la convention d'arbitrage lorsque celle-ci porte atteinte aux valeurs et principes essentiels des législations étatiques. Il s'agit là, d'un mécanisme d'éviction qui constitue un correctif exceptionnel permettant d'écarter la convention d'arbitrage lorsque celle-ci porte sur des différends susceptibles de porter atteinte aux valeurs fondamentales des Etats parties⁴⁵.

L'article 2060 du code civil applicable en France établit un lien entre les règles d'ordre public applicables au litige et l'arbitrabilité. Ce texte a été progressivement privé d'effet par la jurisprudence⁴⁶, car il condamnait l'arbitrage. L'article 2059 du code civil applicable en France établit un lien entre la libre disponibilité des droits et l'arbitrabilité. Ce texte, destiné à écarter « les parties faibles » de l'arbitrage, a résisté à l'évolution du droit de l'arbitrage⁴⁷. Ces dispositions interdisant aux parties de compromettre « dans les matières qui intéressent l'ordre public », l'article 2060 du code civil exprime l'idée qu'un litige devrait être exclu de l'arbitrage chaque fois que des règles d'ordre public sont dans la cause. Telle a été l'interprétation donnée du texte par la jurisprudence pendant un siècle et demi⁴⁸. *L'ordre public n'est plus un obstacle à l'arbitrage international*⁴⁹. *Il n'intervient plus a priori pour interdire l'arbitrage. Les arbitres sont jugés aptes à préserver l'ordre public et à le sanctionner après avoir constaté sa violation et cela sous le contrôle des juges de l'annulation de la sentence*⁵⁰. Cette faculté d'annulation de la convention d'arbitrage pour violation de l'ordre public international constitue une hypothèse d'atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage. La violation des lois de police constitue également l'atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage. La mission de l'arbitre est de rendre une sentence sur le fondement de la convention d'arbitrage, mais cette mission

⁴⁴P. KINSCH, « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international », in Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques. Mélanges en l'honneur d'Helène Gaudemet-Tallon, Paris, Dalloz, pp. 447-458.

⁴⁵G. KENFACK DOUAJANI, « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », Rev. com.arb. Avril-juin 2005, n°29, p.3.

⁴⁶Rev. Arb. 1991, 478, note Laurence Idot ; Paris, 19 mai 1993, Rev. arb. 1993, 645, note Jarrosson ; RTD.com. 1993, 494, obs. Loquin

⁴⁷E. Loquin, l'ordre public et l'arbitrage, *op.cit.*, p. 2.

⁴⁸CA Paris, 9 février 1954, 192, JCP 55, II, 8483, note Motulsky.

⁴⁹V. L. Ravillon, Que reste-il- de l'inarbitrabilité ? in l'ordre public et l'arbitrage, *op.cit.*..., p. 57.

⁵⁰E. Loquin, L'ordre public et l'arbitrage, *op.cit.*..., pp.3-4

juridictionnelle n'est pas suffisante en elle-même à assurer l'exécution de la sentence rendue. Il en découle des atteintes de l'ordre juridictionnel de la convention d'arbitrage.

B) LES ATTEINTES DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL RELATIVES A LA VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC

L'efficacité de la convention d'arbitrage puise sa source dans ses caractères contractuel et d'ordre juridictionnel. Ces deux fonctions de l'arbitrage sont soumises au contrôle de l'ordre public interne ou international selon que la fonction soit contractuelle ou juridictionnelle. La mission juridictionnelle de l'arbitrage est sous le contrôle effectif de la sentence rendue en conformité avec l'ordre public international. En droit OHADA, lorsque l'une des parties refuse de respecter cette sentence⁵¹, *la partie qui a eu gain de cause est dans l'obligation de saisir le juge communautaire de la CCJA de l'exequatur qui est le président de la CCJA*⁵². Il s'agit d'une atteinte naturelle de l'arbitrage selon laquelle il ne confère aucune force exécutoire à ses décisions. L'ordre juridictionnel de l'arbitrage n'a pas une complétude juridictionnelle. Le défaut de caractère exécutoire de la sentence arbitrale explique que la convention d'arbitrage n'a pas de caractère impérium. Cela étant une atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les atteintes de l'ordre juridictionnel à la convention d'arbitrage s'apprécient au regard de difficultés de l'exécution de la sentence arbitrale (1) mais aussi par la faculté de contrôler une sentence arbitrale au regard de l'ordre public dans le cadre d'un recours en annulation (2).

1) L'exécution de la sentence arbitrale

La nature juridictionnelle privée de l'arbitrage fait remarquer que la convention d'arbitrage ne promet pas une justice parfaite aux parties à l'arbitrage. La sentence est dépourvue de la force exécutoire lorsque la partie qui succombe ne s'exécute spontanément. L'efficacité de la convention d'arbitrage est ainsi compromise.

En droit OHADA, il y a lieu de retenir que les attentes à l'efficacité de la convention arbitrale relatives à l'exécution de la sentence arbitrale deviennent hypothétiques, dans l'hypothèse des difficultés d'exécution. Dans le volet juridictionnel, le juge communautaire de la CCJA exerce d'abord un contrôle sur la régularité de la sentence arbitrale. Ensuite, si les parties en font la demande, il évoque et statue sur le fond du litige ayant fait l'objet d'un

⁵¹Art. 30.1 RA- CCJA ; ord. Du président de la CCJA, 8 mars 2007, n° 02/2007, BIB c/ Kiendrebeogo Rayi Jean.

⁵²B. Oumar, L'efficacité de l'arbitrage OHADA, *op.cit.*, n° 312, p. 154

arbitrage. En sa qualité de juge du contrôle, le président de la CCJA octroie un quitus sur la demande de la partie triomphante pour assurer l'exequatur forcé de la sentence arbitrale non exécutée spontanément par la partie qui succombe⁵³. Donc en cas de refus d'exécuter spontanément la sentence arbitrale, la partie triomphante n'obtiendra pas directement l'exécution de la sentence arbitrale. Il en découle que le caractère exécutoire de la sentence arbitrale est conditionné par l'intervention du juge communautaire dans ses fonctions de contrôle de la régularité de la sentence arbitrale en vue de la déclarer exécutoire dans tous les Etats partie au Traité de l'OHADA. Il s'agit de l'exequatur communautaire qui n'exige aucune formalité particulière hormis celle prévue à l'article 46 du règlement d'arbitrage de la CCJA⁵⁴. L'atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage réside dans le fait que la sentence arbitrale n'est pas revêtue de la formule exécutoire. Dans l'hypothèse d'une contestation de la sentence arbitrale, les parties doivent recourir à l'intervention du juge communautaire en vue d'obtenir l'exequatur.

En matière d'arbitrage de la CCJA, une fois que la sentence est rendue, le juge national ne retrouvera pas sa compétence. Les textes communautaires brident son intervention en faveur du juge communautaire de la CCJA. Ce dernier, qui hier était encore un simple juge d'appui à l'arbitrage, devient aujourd'hui de manière abracadabrantesque le juge de contrôle. Cette métamorphose qui s'opère durant la phase post-arbitrale ne laisse aucune place au juge national. Le juge communautaire exercera l'ensemble des compétences juridictionnelles qui lui sont attribuées par l'article 25 du Traité de l'OHADA en matière d'autorité de la chose jugée et d'exequatur des sentences rendues. *In fine*, le juge communautaire procédera au contrôle formel de la régularité de la sentence avant d'accorder ou non l'exequatur communautaire. Cette intervention du juge communautaire sur la sentence arbitrale exclut la convention d'arbitrage le caractère d'une institution juridictionnelle ayant un caractère imperium. Il en résulte une fragilité de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les prérogatives non-immunitaires de personnes morales de droit public constituent également des obstacles à l'exécution de la sentence arbitrale.

⁵³Art. 30.1 RA- CCJA ; ord. Du président de la CCJA, 8 mars 2007, n° 02/2007, BIB c/ Kiendrebeogo Rayi Jean.

⁵⁴Art. 25 Traité OHADA

Les parties publiques à l'arbitrage exercent parfois des pouvoirs qu'elles détiennent par le seul effet de leur existence⁵⁵. Même signataires d'une convention de droit privé, elles ne peuvent être légalement contraintes à y renoncer. Il existe en effet, « (...) dans les droits des pays africains francophones un certain nombre de prérogatives dont bénéficie l'Etat même dans ses relations contractuelles avec les personnes privées »⁵⁶. Ces prérogatives sont assimilables à la catégorie des pouvoirs reconnus à l'Etat à des fins protectrices⁵⁷. En effet, à la différence des immunités qui constituent une catégorie bien établie en droit OHADA, les prérogatives non-immunitaires sont assez moins visibles. L'on constate la réticence de la doctrine à les évoquer à l'occasion d'études qu'elle consacre aux obstacles à l'efficacité de l'arbitrage impliquant les personnes publiques⁵⁸.

Ce concept de prérogatives non-immunitaires inclut, à l'exception des immunités de juridiction et d'exécution, toutes les manifestations régulières ou des attributs de la puissance publique qui débordent les prérogatives ordinaires. L'affaire « *Société Bénin Contrôle SAC/ Etat Béninois* », a prouvé, à tout point de vue, que les personnes publiques peuvent parfois tirer prétexte des privilèges réguliers à l'origine pour évincer la mise en œuvre régulière de la convention d'arbitrage. Tout cela vient remettre en cause l'éviction des prérogatives de puissance publique nationale opérée par le législateur OHADA⁵⁹. Donc la survie des prérogatives de puissance publique non-immunitaire à l'arbitrage est conditionnée par des causes juridiques qui sont structurées autour trois situations : l'incomplétude du droit de

⁵⁵O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, *op. cit.*, n°179, pp. 98-99.

⁵⁶En ce sens, V. M. KAMTO, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », *op.cit.*, p. 98.

⁵⁷Sur le point particulier des pouvoirs-actions conférés aux personnes étatiques et qui survivent aux principes de droit privé, V. R. CHAPUS, Droit administratif général, 14^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 459.

⁵⁸O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, « Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales », *op. cit.*, n°180, p. 99.

⁵⁹Article 2 de l'AUA « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.

Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

l'arbitrage OHADA, la limitation des pouvoirs juridictionnels de l'arbitre et l'inexistence de sanctions contre les Etats dans le droit communautaire.

D'abord, l'incomplétude de l'AUA peut constituer l'une des raisons majeures de la survie des prérogatives de droit interne au droit commun de l'arbitrage OHADA⁶⁰. En effet, l'exclusion des prérogatives de droit interne s'oppose au renvoi aux législations nationales. Or le législateur opère des renvois insidieux aux législations des Etats parties à l'OHADA. En conséquence, l'exercice du pouvoir législatif, lequel pouvoir constitue une prérogative non-immunitaire peut résister au droit commun de l'arbitrage OHADA.

Ensuite, l'exclusion jurisprudentielle des actes de puissance publique du pouvoir juridictionnel de l'arbitre est susceptible de contribuer à la survie des prérogatives étatiques à l'arbitrage⁶¹. Dans l'arrêt n°104 en date du 15 octobre 2015 rendu par la CCJA dans l'affaire Etat du Bénin contre la SCP, la haute juridiction a jugé illégal le contrôle exercé par le tribunal arbitral sur le décret pris en vertu des prérogatives de puissance publique. Ainsi, lorsqu'à l'occasion de l'exécution d'un contrat, l'Etat béninois prend une série d'actes réglementaires pour contester ses engagements contractuels, le tribunal arbitral est privé du pouvoir de les déclarer nuls. Selon certains auteurs, la limitation des pouvoirs de l'arbitre marque assurément une raison de légitimation de la survie des privilèges étatiques.

La CCJA « s'efforce de préserver les prérogatives de puissance publique des Etats parties, lorsque celles-ci sont remises en cause lors d'une procédure d'arbitrage »⁶². La règle est désormais connue. Rien n'empêche les Etats d'opposer à leurs partenaires privés, l'exorbitance de leurs prérogatives. La convention d'arbitrage étant un contrat de droit privé, son exécution peut subir diverses mesures réglementaires. Dans ce cas, l'application de la jurisprudence de la CCJA aboutirait au même résultat. *In fine*, quelle que soit la forme de la convention, l'impossibilité pour l'arbitre d'examiner la licéité de l'exercice des prérogatives peut justifier la survie de ces prérogatives aux normes de l'arbitrage.

⁶⁰Sur la problématique générale de l'incomplétude du droit OHADA, v. G. NGOUMTSA ANOU, Droit OHADA et conflits de lois, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 81 et s.

⁶¹CCJA, n° 103/2015 et 104/2015, 15 oct. 2015, « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, « garante » des décisions souveraines des Etats parties à l'OHADA », *op.cit.*, p.47.

⁶²Idem

Enfin l'inexistence remarquable de sanctions à l'encontre des Etats accrédiète l'exercice des prérogatives non-immunitaires dans l'arbitrage. En effet, le droit ne saurait produire les effets, escomptés en l'absence de toute mesure contraignante. A défaut de sanctions judiciaires, les sanctions de droit communautaire devraient contribuer à garantir son efficacité. En effet, les hautes parties contractantes se sont engagées à veiller à l'efficacité de cette justice⁶³. Or elles se délient de cette obligation avec une certaine facilité lorsque les obligations subséquentes à de pareils choix doivent s'imposer à elles⁶⁴. En l'état actuel de la législation OHADA, rien ne contraint les Etats à se soumettre aux effets de la convention d'arbitrage. Dès lors, il convient d'avoir à l'esprit que l'absence de sanctions constitue une cause de légitimation de la survie des prérogatives de puissance publique nationales. En définitive, l'incomplétude du droit OHADA, la limitation du pouvoir et l'absence de sanction confirme l'atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Mais cette atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage relève également de la faculté de contrôler une sentence arbitrale au regard de l'ordre public dans le cadre d'un recours en annulation.

2) Contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public

Les exigences de l'ordre public international à l'égard de la liberté des parties, constituent sans doute, « la manifestation éclatante d'une préoccupation de justice matérielle »⁶⁵. Qu'il s'agisse de la demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence arbitrale, le droit communautaire de l'OHADA conditionne la validité de la sentence arbitrale à sa conformité à « l'ordre public international ». Lors de l'examen *prima facie* de la sentence, la notion d'ordre public international revêt une importance capitale. En effet, elle apporte un tempérament à l'autonomie de la clause d'arbitrage. Saisi d'une demande de reconnaissance et

⁶³Voir les dispositions de l'article 1^{er} du traité OHADA.

⁶⁴Pour une exigence de l'application de la norme communautaire, v. A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationale*, *op.cit.*, p.17 : « Comme dans tout ordre des affaires et prérogatives de puissance publique nationales, *op.cit.*, p. 17 : « Comme dans tout ordre juridique, l'élaboration de la norme n'est pas une fin en soi. Ce qui importe, c'est que cette norme soit effectivement appliquée pour répondre à la fonction qui lui est assignée (...). Ainsi, la valeur intrinsèque du droit communautaire des affaires (NDA : en l'espèce OHADA) repose essentiellement sur l'application efficace de ses normes dans l'ordre juridique des Etats membres ». V. aussi, J. BOISSEAU, *Le degré de pénétration de la norme communautaire dans l'ordre juridique français*, Thèse, Paris, II, 1999, pp. 2. et s.

⁶⁵H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule de l'arc-en-ciel) », *Rec. cours La Haye*, 2005, p. 273.

d'exequatur, le juge étatique s'attachera de vérifier si l'ordre public international de son for a été violé de façon flagrante par les parties à la convention ou par les arbitres lors de l'élaboration de la sentence. Ainsi, sous couvert de l'exception d'ordre public international, les autorités judiciaires exercent une véritable force d'attraction sur certains litiges ayant fait l'objet d'une compromission en violation de certaines règles impératives. Il en résulte que l'exigence du respect de l'ordre public international lors de l'élaboration de la sentence arbitrale est une condition de contrôle de la validité de la sentence arbitrale⁶⁶. La partie ayant succombé, peut introduire un recours en annulation au motif que la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international.

L'affaire « *la Société Générale de Surveillance S.A (SGS)/ Etat béninois* »⁶⁷, a prouvé à tout point de vue que le recours en annulation de la sentence arbitrale est admis dès lors qu'elle est contraire à l'ordre public internationalⁱ. La Cour fondait sa décision sur l'article 26 de l'AUA qui permet le recours en annulation si la sentence est contraire à l'ordre public international, règle qui correspond à l'article 1514 du Code de procédure civile français. Etant donné que l'ordre public national applique des normes plus strictes que l'ordre public international, tous les éléments appartenant à l'ordre public international doivent être considérés comme des exigences minimales pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales. Cet arrêt de la CCJA permet de considérer que le respect de l'ordre public international est une condition sine qua non de la force exécutoire. Cette exigence restreint l'efficacité de la convention d'arbitrage en ne prônant pas les attentes d'une juridiction complète quant à l'exécution de sentences arbitrales. Cette position jurisprudentielle de l'OHADA est confirmée par deux jurisprudences de la Cour de cassation concernant les arrêts de la Cour d'appel de Paris de 2014⁶⁸ et 2017⁶⁹, et ce dans les affaires *Indagro*⁷⁰ et *Gulf leaders*⁷¹. L'incomplétude de la juridiction arbitrale caractérisée par l'annulation de sentences contraires à l'ordre public accentue la perte

⁶⁶B. Oumar, L'efficacité de l'arbitrage OHADA, *op.cit.*, n° 651, p. 308.

⁶⁷Arrêt CCJA de l'OHADA du 27 févr. 2020, n°068/2020, la République du Bénin c/ La société Générale de Surveillance S.A (SGS).

⁶⁸CA Paris, 4 mars 2014, n°12/17181 ; CA Paris, 14 oct. 2014, n°13/03410 ; CA Paris, 4 nov. 2014, Rev. arb 2015, p.559, C. Fouchard ; CA Paris, 21 fév. 2017, n° 15/01650.

⁶⁹CA Paris, 16 mai 2017, n°15/17442, République du Congo ; CA Paris, 21 fév. 2017, n°15/01650, Belokon ; CA Paris, 27 sept. 2016, n° 15/12614 ; CA Paris, 10 avril 2018, n° 16/11182 et CA Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182 Alstom.

⁷⁰Cass. civ., 13 sept. 2017, n°16-25.657 et 16.26.445

⁷¹Cass. civ., 1, 24 juin 2015, n° 14-18706.

de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Cette perte d'efficacité s'apprécie également dans le respect du principe de la force obligatoire des conventions.

II) LES ATTEINTES RELATIVES A LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONVENTIONS ET A L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES

Lorsque ses conditions de validité sont satisfaites, une convention d'arbitrage produit certains effets, très largement communs à la clause compromissoire et au compromis. De façon plus générale, comme toute convention valable, la convention d'arbitrage a bien entendu force obligatoire à l'égard des parties. En effet, l'efficacité réelle d'une convention d'arbitrage implique qu'une partie ne puisse se soustraire à son engagement de voir trancher par arbitrage les litiges l'opposant à son cocontractant, sous peine de compromettre le développement même de ce mode de règlement des litiges.

Le principe de la force obligatoire de la convention d'arbitrage puise sa force obligatoire dans des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1134 du code civil disposant que « *Les conventions légalement formées tiennent de lieu de lois à ceux qui les ont faites* »⁷². Les parties à la convention d'arbitrage ne peuvent se délier de leur engagement de trancher leur différend par les arbitres qu'ils ont désignés que dans des hypothèses portant atteinte à la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Les parties à l'arbitrage espèrent une bonne justice en recourant à la convention d'arbitrage. L'ordre juridictionnel de la convention d'arbitrage ne confère aux sentences arbitrales une force exécutoire en vertu de la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Les sentences arbitrales peuvent être non exécutées alors que la volonté des parties est de désigner des arbitres qui vont rendre des sentences qu'ils vont respecter. La force obligatoire des contrats est paralysée par la faculté pour l'une des parties de ne pas spontanément exécuter la sentence et qu'il faudrait l'intervention d'un juge étatique ou communautaire selon le système juridique pour l'exequatur de cette sentence. Il convient d'analyser les atteintes à la force obligatoire de la convention d'arbitrage (A) et les atteintes à l'exécution des sentences arbitrales (B).

A) LES ATTEINTES A LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

⁷²Cette formulation relève d'une adaptation des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 du code civil de 1804 (ce code est remplacé en France par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

Le principe de la force obligatoire des contrats est essentiel à l'efficacité des conventions de droit privé⁷³. Sa négation entraîne aussi celle de la convention en cause. Pareillement aux conventions de droit privé, l'efficacité de la convention d'arbitrage est tributaire de sa portée obligatoire⁷⁴.

Les atteintes à la force obligatoire de la convention d'arbitrage sont variables en ce qui concerne les parties contractantes personne physique ou personne morale de droit public. La conformité à l'ordre public de l'objet du contrat principal reflète la licéité de l'objet de la convention d'arbitrage. La violation du respect de l'ordre public par une convention d'arbitrage entraîne la nullité de la convention d'arbitrage et sa force obligatoire des conventions valables devient inopérante.

En droit des obligations conventionnelles, le respect de la parole donnée « *pact sunt servanda* » est un principe sacro-saint des relations contractuelles. Les parties liées par leur engagement valable. Ce qui n'est pas absolu lorsque les personnes morales de droit public sont dans des rapports contractuels avec les personnes privées de droit privé. Les privilèges de prérogatives étatiques conduisent généralement l'Etat à se défaire des obligations que lui impose la convention d'arbitrage. Il s'induit de cette contestation *a posteriori*, la méconnaissance du principe de la force obligatoire de la convention d'arbitrage, gage de son efficacité⁷⁵. En fait, l'exorbitance des prérogatives étatiques remet en cause les effets de la convention d'arbitrage⁷⁶. C'est la raison pour laquelle, il est intéressant d'exposer les atteintes à la force obligatoire de la convention d'arbitrage relative à la violation de l'ordre public (1) et les atteintes à la force obligatoire de la convention d'arbitrage relative à la survie des prérogatives des personnes morales de droit public (2).

1) La violation de l'ordre public : une atteinte à la force obligatoire de la convention

Selon MM. G. KEUTGEN et G. A. DAL, l'efficacité de l'arbitrage « implique concrètement que la procédure arbitrale ne puisse être paralysée dès l'entame, que les incidents

⁷³L. BERMANN-VAN de CASTEELE, *op. cit.*.... p.70 : « Il en résulte que, « la volonté librement exprimée est une source d'obligation, c'est la loi des parties. C'est pourquoi, en aval, l'autonomie comme la volonté, engendre une conséquence fondamentale : la force obligatoire de ce qui a été voulu ».

⁷⁴O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, *op.cit.*, n° 278, p. 147.

⁷⁵Idem

⁷⁶Idem

de procédure puissent être réglés rapidement, que les décisions de l'arbitre l'emportent, fût-ce provisoirement, que leur censure éventuelle n'intervienne qu'au terme de la procédure arbitrale et qu'elle soit du fait d'une justice étatique agissant avec compétence et célérité »⁷⁷. Elle exige la régularité du tribunal arbitral⁷⁸, le déroulement harmonieux de l'instance⁷⁹ et l'obtention de l'arbitre d'une sentence exécutoire⁸⁰. En somme, son efficacité n'est possible que si les dispositions de la convention d'arbitrage produisent leurs effets procéduraux⁸¹. C'est pourquoi, il existe de méthode qui semble plus adaptée à l'exposé des atteintes qu'elle subit que de les déduire des violations de ces exigences. Des atteintes au principe de la force obligatoire de la convention d'arbitrage sont identifiées. Il y en a celles qui sont admises par la loi. Celles-ci sont tirées de l'ordre public ou de la nullité manifeste de la clause compromissoire.

L'extension de l'ordre public emporte la restriction des libertés des parties à la convention⁸². Les clauses compromissoires restent alors sans effet lorsqu'il s'agit de matières non-arbitrables. Sont ainsi objectivement exclus de l'arbitrage OHADA, les différends non contractuels⁸³ ou les droits indisponibles⁸⁴. Dès lors, est arbitrable en droit OHADA, « tout différend d'ordre contractuel et qui porterait sur les droits dont on a la libre disposition »⁸⁵. En

⁷⁷G. KEUTGEN et G. -A. DAL, « L'efficacité de l'arbitrage », in A. AUTENNE et Alii, Droit, économie et valeurs, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 635. Pour l'intérêt de l'efficacité de la convention d'arbitrage, v. Th. CLAY, « Qui arrêtera la circulation de la convention d'arbitrage ? », D., 2003, p. 2471. V. également, S. BOLLE, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », Rev. arb., 2006, p.917. Par ailleurs, V. aux mêmes fins, CCJA, 10 juin 2010, Atlantique Telecom S.A. c/Planor Afrique S.A. et autres Rev. arb., n°3, 2012, p. 618.

⁷⁸L. CADIET et Th. CLAY, Les modes alternatifs de règlement des conflits, 1^{ère} édition, Paris Dalloz, pp.56-60.,

⁷⁹ Ibid, pp.60-62.

⁸⁰ Ibid., pp. 62-65.

⁸¹En ce sens, v. B. BAYO-BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », *op.cit.*, p. 365.

⁸²En ce sens, v. B. BAYO-BYBI, « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », *op.cit.*, p. 371. Pour l'auteur, « En certaines matières, il y a atteinte à la liberté des parties en mission de l'extension de l'ordre public ».

⁸³En ce sens, v. les dispositions de l'article 21 du traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008 : « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute ou partie à un contrat (...), peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage (...) »

⁸⁴En ce sens, v. les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de l'AUA : « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ».

⁸⁵P.-POUGOUE et alii, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Yaoundé, PUA, 2000, p.43. V. également, S. OUSMANOU, « Arbitrabilité », in P.-G. POUGOUE (*dir.*), Encyclopédie du droit OHADA, *op.cit.*, pp. 229 et s. ;

conséquence, si les droits litigieux ne sont pas disponibles ou le différend n'est pas contractuel, la clause compromissoire restera sans effet obligatoire. Tel est le cas lorsque l'Etat ou ses émanations soumettent à l'arbitrage, des litiges relevant de la compétence exclusive des juridictions étatiques. Ainsi, peuvent être évoquées à titre illustratif, l'exclusion des matières pénales et fiscales de l'arbitrage⁸⁶. Evidemment, il n'est nullement ignoré que l'arbitrage fiscal ne manque pas de ressort légal en droit comparé⁸⁷. Mais il convient de retenir que l'idée n'est pas tenable en droit OHADA⁸⁸. L'inarbitrabilité tenant à l'indisponibilité des droits englobe les matières d'ordre public. La jurisprudence des Etats parties à l'OHADA en révèle une application très exacte. Le Tribunal de première instance de Lomé, à l'occasion d'espèce qui lui a été soumise, a jugé illicite la clause compromissoire fondée sur le caractère d'ordre public de son objet⁸⁹.

La restriction à la liberté contractuelle des parties à la convention arbitrale n'est pas pour autant une spécificité du droit de l'arbitrage OHADA. L'article 2060 du code civil français prévoit qu'« *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». A l'image des juridictions des Etats parties, la Cour de cassation française en fait une application rigoureuse. A la faveur d'une jurisprudence restée constante, elle décide que « *la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais du fait que l'ordre public a été violé* »⁹⁰. Mais cette violation de l'ordre public devra se manifester dans l'autorisation légale de l'arbitrabilité matérielle du

en ce sens aussi, v. R. NEMEDEU, « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA », *op.cit.*, p.47.

⁸⁶En ce sens, v. S. OUSMANOU, « Arbitrabilité », in P.-POUGOUE (*dir.*), Encyclopédie du droit OHADA, *op.cit.*, p. 229.

⁸⁷Ibid. : « Partant des pseudos-arbitrages propres au droit fiscal international ou à une certaine pratique outre-Atlantique, certains auteurs ont tenté de rechercher une improbable compatibilité entre droit fiscal et arbitrage ». Pour des œuvres qualifiables de « peines perdues » parce que n'ayant pas réussi à confirmer ou imposer l'idée d'un arbitrage des différends fiscaux dans la civil law, v. d'abord, P. ANCEL, « Arbitrage et ordre fiscal », *Rev. arb.*, n°2, 2001, p. 269. V. ensuite, L. CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité », *APD*, 2001, p.89.

⁸⁸S. OUSMANOU, « Arbitrabilité », in P.-G. POUGOUE (*dir.*), Encyclopédie du droit OHADA, *op.cit.*, p.230.

⁸⁹TPI de Lomé, Ch. civ. t. com., Star c/ CFAO SFC.

⁹⁰Paris, 15 juin 1956, D., 1957, p. 587. Note Robot.

litige⁹¹. La mise en œuvre de ces restrictions a évidemment pour but, l'éviction de la rigidité de la convention arbitrale. De même, la convention d'arbitrage reste sans effet lorsqu'elle est manifestement nulle⁹².

Surtout, l'ordre public constitue une échappatoire pour les personnes morales de droit public partie à la convention d'arbitrage. Il permet aux personnes publiques, alors même que l'objet du litige n'est pas en conflit avec l'intérêt général, de déployer illégalement les prérogatives dont elles sont titulaires. L'efficacité de la convention d'arbitrage se trouve, ce faisant éprouvée. En lieu et place de la saisine de l'arbitre, elles fondent la compétence du juge étatique et le plus souvent, celle du juge administratif sur la violation de l'ordre public en arguant de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage⁹³. La violation de l'ordre public constitue une atteinte à la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Il en est de la survie des prérogatives personnes publiques non immunitaires qui sert de prétexte aux personnes publiques pour ne pas exécuter leur obligations conventionnelles d'arbitrage. Ce qui neutralise et paralyse la force obligatoire de la convention d'arbitrage.

2) La survie des prérogatives de personnes morales de droit public

Les atteintes à la force obligatoire de la convention d'arbitrage imputables à la survie des prérogatives de puissance nationales fondées sur l'exorbitance du contrat principal, ne sont pas négligeables. Il est à distinguer les cas où l'exorbitance du contrat principal met en péril la force obligatoire de la convention d'arbitrage, et les schémas où les privilèges intrinsèques à la personne publique sont évoqués en violation de la même convention⁹⁴.

Pour confirmer l'influence de l'exorbitance du contrat principal sur la force obligatoire de la clause compromissoire, il faut demander si la stabilité de la convention d'arbitrage ne

⁹¹Colmar, 29 nov. 1968, JCP, 1970, II. 16246, note OPPETIT et LEVEL.

⁹²Pour une comparaison avec le texte du CPC, lire la nouvelle numérotation adoptée par le décret n° 2011648 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage en France, entré en vigueur le 1^{er} mai 2011. De ce décret, il ressort que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est portée devant la juridiction d'un Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si la convention arbitrale est manifestement nulle ou inapplicable (...). Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite ».

⁹³O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, *op.cit.*..., n°278, p. 297.

⁹⁴O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, *op.cit.*..., n°298, p. 298.

dépend pas de la qualification retenue par l'arbitre. Plus exactement, l'illégalité des atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage est fonction de la nature reconnue au contrat principal est lourd de conséquence. Elle implique un régime exorbitant de droit commun qui confère à l'administration le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale du contrat dans l'intérêt général »⁹⁵. Il s'agit de pouvoirs inconnus dans les rapports contractuels de droit privé, contraires à la force obligatoire de la convention et donc illégaux⁹⁶. A l'inverse, l'admission de la nature administrative du contrat principal crée une sorte « *d'administrativisation* » de la convention d'arbitrage⁹⁷. Etant habilités à modifier ou à résilier le contrat, les violations de la force obligatoire de la convention d'arbitrage paraissent légitimes à l'arbitre. Une telle analyse reçoit une adhésion de la part des auteurs. M. OPPETIT remarque que « la fragilité de ce fondement contractuel est particulièrement perceptible en matière de contrats d'Etat. On peut en effet observer qu'en cas de difficultés entre un Etat et une personne privée partis à un arbitrage (...), l'Etat n'aura même pas besoin de recourir aux traditionnelles immunités derrière lesquelles il a coutume de se protéger »⁹⁸. A force d'observer plus attentivement la manière dont ces pouvoirs tirés de l'exorbitance du contrat sont exercés, M. M. KOM KAMUSU n'a pas hésité à qualifier l'Etat qui s'est lié par une convention d'arbitrage, de « débiteur délinquant »⁹⁹.

Le législateur OHADA croyait avoir assuré une « *efficacité maximale à la convention d'arbitrage* »¹⁰⁰. Mais la confirmation des atteintes imputables à l'exorbitance du contrat principal conduit à une idée essentielle. L'exorbitance du contrat implique l'existence tacite d'une clause libératoire des effets, contraignants de la clause compromissoire ou constitue la

⁹⁵V. en ce sens, M. CHAMBON, Le conflit de lois dans l'espace et le droit administratif, *op.cit.*, p.134. V. également M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs, n L'exorbitance du droit administratif en question(s) », (dir. F. MELLERAY), Colloque de Poitiers des 11 et 12 décembre 2003, LGDJ 2004, p. 125. V. par ailleurs, J. L'HUILLIER, « Les contrat administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », D., 1953, chron. 87.

⁹⁶Outre les démonstrations précédentes, v. encore, J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in Etudes offertes à J. GHESTIN, Paris, LGDJ ; 2001, p. 967.

⁹⁷La notion « d'administrativisation » est empruntée à M. LAZOUZI, Les contrats administratifs à caractère international, *op.cit.*, p.107.

⁹⁸La jurisprudence est allée pendant longtemps dans ce sens. V. CCI, 1982, Framatome c : AEOL, jdi, 1984, p.37, note B. OPPETIT. Lre aussi, CCI, 1982, Elf-Atlantique c/ NIOC, Rev. arb., 1984, p.401, note Ph. FOUCHARD.

⁹⁹M. KOM KAMUSU, *op.cit.*, p. 92.

¹⁰⁰J.-M. TCHAKOUA, « convention d'arbitrage », in P.-G. POUGOUE (dir.) Encyclopédie du droit OHADA, *op.cit.*, p. 92.

cause justificative des atteintes à sa force obligatoire. Au-delà de la survie des prérogatives des personnes publiques à leur éviction, il y a une dissimulation des atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les scrupules du législateur OHADA relativement à l'exécution de la sentence arbitrale n'ont pas non plus empêché des atteintes à l'efficacité de celle-ci. Les atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage relatives à l'inexécution de sentences arbitrales.

B) LES ATTEINTES RELATIVES A L'INEXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES

Aux termes des dispositions de l'article 23 de l'AUA, « *La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ». Elle confère à la décision de l'arbitre une présomption de vérité judiciaire tendant à garantir aux justiciables la sécurité recherchée¹⁰¹. Ainsi, la doctrine de l'autorité de la chose l'entrevoit comme une « *présomption légale irréfragable de vérité* »¹⁰² à valeur fonctionnelle. Ces définitions viennent expliciter les finalités de l'article 23 de l'AUA. En attribuant le principe de l'autorité de la chose jugée à la sentence arbitrale, le législateur OHADA n'entendait que renforcer l'efficacité de l'arbitrage.

En examinant la réglementation de l'autorité de la chose jugée attachée à la sentence arbitrale, le souci du législateur OHADA est marqué par sa volonté d'affermir l'impératif d'efficacité de la sentence arbitrale¹⁰³. La plupart des atteintes à la sentence dans une procédure impliquant une personne publique vise la banalisation de la sentence arbitrale. Il convient d'admettre que pour des raisons de protection de l'essence d'une société, l'Etat puisse s'opposer à l'exécution d'une sentence arbitrale. Mais la loi prévoit ces contestations par des mécanismes

¹⁰¹G. WIEDERKHER, « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », in Mélanges J. NORMAND, Paris, Litec, 2003, p.507.

¹⁰²Cette approche est fondée sur une maxime latine : « *rex judicata pro veritate habetur* » pour dire que la chose jugée est considérée comme étant la vérité », in Principes de justice, Mélanges en l'honneur de J. -F. BURGELIN, Paris, Dalloz, 2008, p. 199.

¹⁰³La question de l'impératif de l'efficacité de la sentence a été traitée dans un cadre plus globale et a fait l'objet de recommandation pour l'efficacité de la procédure arbitrale à l'initiative de l'Association de Droit International. V. Recommandations de l'Association de droit international sur l'autorité du juge en arbitrage, Rev. arb., 2006, p. 1121.

de recours légaux. Lorsque les privilèges immunitaires font obstacle à l'exécution de la sentence arbitrale, il y a aussi violation de l'autorité exécutoire de la sentence arbitrale.

Admettre que l'arbitre a la *jurisdiction* emporte deux conséquences qui entrent en conflit avec la survie des prérogatives immunitaires. En effet, de l'identité de mission entre le juge et l'arbitre, il a été établi que ce dernier a un pouvoir juridictionnel. Cela ne confère théoriquement à la sentence arbitrale que l'autorité de la chose jugée. Mais bénéficiant alors de cette dernière, la sentence arbitrale a logiquement les effets attachés aux décisions de justice tels que l'immutabilité et la force exécutoire¹⁰⁴. Il convient de s'attarder sur cette dernière, puisque son principe fonde l'autorité exécutoire de la sentence arbitrale. Ce principe s'impose aux parties à l'arbitrage y compris les personnes publiques. La survie des prérogatives immunitaires à ses effets entraîne une double méconnaissance. Elle méconnaît d'une part, l'autorité générée par l'*impérium* discutée de l'arbitre, d'autre part, la force obligatoire acquise par l'effet de l'exequatur. Il convient d'exposer l'inexécution de la sentence forcée fondée sur une négation implicite (1) et celle fondée sur une négation explicite des droits (2).

1) Une négation implicite du droit à l'exécution forcée de la sentence arbitrale

Selon Mme A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, « le droit à l'exécution confère en principe au créancier le droit de contraindre le débiteur à s'exécuter »¹⁰⁵. Le législateur OHADA a, semble-t-il, conscience de cette portée. Après avoir énoncé le principe du droit à l'exécution forcée à l'article 28 de l'AUPSRVE, il apparaît nettement à l'article 29 du même acte uniforme, qu'il charge l'Etat d'en assurer l'effectivité¹⁰⁶. Logiquement, pour assurer la réalité du droit à l'exécution, ces mesures devraient être au-dessus de tout obstacle de droit ou de fait¹⁰⁷. Mais la survie des prérogatives de puissance publique telle que démontrée révèle une application unilatérale de ces dispositions lorsque l'exécution forcée de la sentence est requise contre une

¹⁰⁴Sur la question de la force probante de la décision, lire Paris, 30 mars 1962, Sté Rhum Saint James, JCP, 1962. II. 12843, note P. LEVEL. Il y a aussi un autre arrêt qui souligne le même de la décision : v. Aix, 16 oct. 1962, Comptoir Pichot, Rév. Arb., 1962, p.144, et la note ; Cass. 2^{ème} civ., 12 déc. 1990, Hamzoui, Rev. arb., 1991, p. 317, note Ph. Théry, Paris 25 fév. 1994, Billot, Rev. arb. 1995.129, obs. P. VERON.

¹⁰⁵A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation), Thèse de doctorat, Droit privé, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p.171.

¹⁰⁶O.-G. Charlemagne DAGBEDJI, Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales, *op.cit.*..., n°319, p. 166.

¹⁰⁷V. en ce sens, A. C. AQUEREBURU, « L'Etat justiciable de droit commun dans le traité de l'OHADA », *op.cit.*..., pp. 507-508.

personne publique. Il est évident que l'Etat ne peut s'exécuter par le recours à la force publique. Mais les brèches ouvertes par le législateur portent à croire qu'il y a une sorte de déni de justice formalisée par le droit OHADA¹⁰⁸. C'est une logique qui contrarie le principe du droit à l'exécution forcée en vertu duquel « *les sentences rendues à l'encontre d'Etats ayant consenti à voir régler certains différends par voie d'arbitrage ne sauraient rester lettre morte* »¹⁰⁹. La recherche de l'efficacité arbitrale a aussi d'autres fondements. Le droit à l'exécution de la sentence arbitrale est en effet un droit fondamental et substantiellement autonome. De sorte que la survie des prérogatives immunitaires nie ces traits caractéristiques du droit à l'exécution met aussi en échec l'effectivité des droits consacrés par la sentence.

2) Une négation explicite des droits consacrés par la sentence arbitrale

L'arbitre est un juge¹¹⁰. De ce seul point de vue et par identité de fonction, il a la plénitude du pouvoir de décider de ce qui doit être et de ce qui lui semble convenable. En un second point, l'argument tiré de l'impérium pour refuser un tel pouvoir à l'arbitre relève de l'assimilation de ce dernier au recours à la contrainte publique. Les idées de M. E. JEULAND confirment ce point de vue. Selon lui, « *l'arbitre dispose de l'imperium mixtum et (...) a les pouvoirs de tout juge sauf ceux qui relèvent de la contrainte publique étatique car seul le juge étatique est compétent en ce domaine* »¹¹¹. La position du législateur OHADA est en phase avec cette interprétation. En effet, aux termes des dispositions de l'article 24 de l'AUA, le législateur fait des mesures provisoires une faculté laissée à la libre discrétion des parties.

Lorsque la procédure est dirigée contre une personne publique, le recours à cette mesure est censé croître l'espérance de l'exécution de la sentence. La survie des immunités d'exécution conduit alors à une remarque importante : non seulement elle nie les droits substantiels consacrés par la décision de l'arbitre, mais elle compromet tout autant les droits conférés par les mesures accessoires telles que l'astreinte. Comme pour dire que la violation d'une règle en

¹⁰⁸V. en ce sens, A. C. AQUEREBURU, « *L'Etat justiciable de droit commun dans le traité de l'OHADA* », *op.cit.*, pp. 507-509.

¹⁰⁹E. GAILLARD, « *Effectivité des sentences arbitrales, immunités d'exécution des Etats et autonomie des personnes morales dépendant d'eux* », *op.cit.*, p. 119.

¹¹⁰P. MAYER, « *Impérium de l'arbitre et mesure provisoires* », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-Fr. POUURET*, Lausanne, 1999, p.437.

¹¹¹Idem.

appelle à la méconnaissance d'une autre, l'inefficacité avérée de l'arbitrage s'accompagne de la perte de son efficacité.

CONCLUSION

La convention d'arbitrage est un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets, analogues à ceux d'un jugement. Elle est caractérisée alors par ses natures contractuelle et juridictionnelle. La perte de l'efficacité de la convention d'arbitrage s'explique des atteintes à ses deux ordres conventionnel et juridictionnel.

La convention d'arbitrage doit son origine à la liberté contractuelle fondée sur l'autonomie des volontés des parties contractuelles. Cette autonomie des volontés est contrôlée par le respect de l'ordre public international et des lois de polices, dont leur violation constitue des atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage est soumise aux conditions de validité des obligations conventionnelles de droit commun. L'inobservation des conditions de validité contractuelles de droit commun entraîne la nullité de la convention d'arbitrage. Cette possibilité de nullité de la convention d'arbitrage est une atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Il en est également de la possibilité d'annulation de la convention d'arbitrage interne pour la violation de l'ordre public.

La convention d'arbitrage est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Elle est dépourvue de la force contraignante publique, à la différence du juge étatique. Donc le justiciable n'est pas protégé contre une inexécution de la sentence arbitrale par la partie qui succombe. Cette incertitude de défaut de la force exécutoire est justifiée par l'absence d'imperium de l'arbitre d'ordonner l'exécution de la sentence arbitrale, car l'arbitre est un juge privé. L'exécution de la sentence arbitrale échoue à l'encontre des personnes publiques en raison de la survie de leurs prérogatives non-immunitaires.

Les atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage ne garantissent pas l'efficacité de la convention d'arbitrage dans le monde des affaires. A fortiori le droit de l'OHADA est victime de l'inexécution de la sentence arbitrale à l'encontre des personnes publiques, dérogeant à la convention par des moyens légaux et réglementaires. Ce qui constitue une atteinte à la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Alors la perte de l'efficacité de la convention

d'arbitrage en droit de l'OHADA n'est plus contestée, lorsque certains Etats parties refusent de respecter les décisions de la CCJA rendues contrairement à leurs intérêts.
