

REVUE BENINOISE DES SCIENCES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES

TIRE A PART

R.B.S.J.A. N° 48

Année 2024

Sommaire

DOCTRINE :

- **Abdoulaye GOUNOU SALIFOU**
L'arbitralité des contrats administratifs en droit OHADA (Page 5)
- **AYENA Kadoukpè Fidèle**
Participation citoyenne à la gouvernance locale au Bénin (Page 47)
- **KITTI Hinnougnon Nathaniel**
Les registres langagiers de disqualification anthropologique au Bénin (Page 77)
- **Luc Kokou SOSSA**
Les sanctions en droit du travail béninois (Page 107)
- **Malick Oluchegoun FALOLA**
L'enquête pénale et la liberté individuelle au Benin
Penal investigation and individual liberty in Benin (Page 161)
- **Donatien Tokongnon ALLANDIFIN**
Le règlement des conflits de travail au regard des immunités diplomatiques en droit béninois (Page 199)

LEGISLATION :

LOI N° 2021 -12 DU 20 DECEMBRE 2021
modifiant et complétant la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003
relative à la santé sexuelle et à la reproduction. (Page 237)

JURISPRUDENCE :

- **GUEDEGBE Samson Igor Bidossessi**
L'obligation de l'agent des sûretés de ne pas faire écran aux créanciers mandataires, note sous l'arrêt n°344/2020 de la deuxième chambre de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 26 novembre 2020 (Page)

Revue Semestrielle publiée par l'Ecole Nationale d'Administration et de
Magistrature (E.N.A.M.) et les Facultés de Droit et de Sciences Politiques
des Universités Publiques du Bénin

ISSN : 1840-5169

**Revue Semestrielle publiée par l'Ecole Nationale
d'Administration et de Magistrature (E.N.A.M.) et
les Facultés de Droit et de Sciences Politiques des Universités Publiques du Bénin**

COMITE SCIENTIFIQUE

PRESIDENT D'HONNEUR

Maurice AHANHANZO-GLELE, Professeur de Droit Public à la retraite

MEMBRES

- Théodore HOLO : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN), Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin
- Fidèle MENGUE ME ENGOUANG : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire à l'Université de Libreville, Ministre de la Santé (GABON)
- Abdoullah CISSE : Agrégé de Droit Privé, Avocat (SENEGAL)
- Ahadzi KOFFI : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire, Président de l'Université de Lomé (TOGO)
- Akouété SANTOS : Agrégé de Droit Privé, Université de Lomé (TOGO), Ancien Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lomé
- Dorothé SOSSA : Agrégé de Droit Privé, Professeur Titulaire à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN), Secrétaire Permanent de l'OHADA
- Noël GBAGUIDI : Agrégé de Droit Privé, Professeur Titulaire, Titulaire de la Chaire Unesco des Droits de la Personne et de la Démocratie de l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- Jean Baptiste MONSI : Magistrat, Ancien Procureur Général près la Cour Suprême du BENIN
- Robert DOSSOU : Ancien Doyen de la Faculté de Droit, Ancien Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin

COMITE DE REDACTION

- Directeur de Publication : Théodore HOLO : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire
- Secrétaire Scientifique : Victor TOPANOU, Maître de Conférences au CAMES, Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- Secrétaire Adjoint : Roger DOSSOU-YOVO, Docteur en Droit, Directeur Général de l'Institut International des Assurances (Yaoundé)
- Membre : Barnabé GBAGO, Agrégé en histoire du Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université d'Abomey-Calavi

**REVUE BENINOISE DES SCIENCES
JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES**

DOCTRINE

**L'ARBITRALITE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS
EN DROIT OHADA**

Par

Abdoulaye GOUNOU SALIFOU

Maître-Assistant de droit public à l'Université d'Abomey-Calavi

Plan

I-	Un règlement arbitral accommodant	14
A-	Le contrat administratif saisi par le droit arbitral	15
1-	L'arbitralisation des litiges contractuels de l'administration	15
2-	Le régime arbitral unique	19
B-	Le régime arbitral à l'épreuve des carcans du droit administratif	22
1-	Les restrictions de recours à l'arbitrage	22
2-	La survivance de certaines reliques obstructives....	26
II-	Une exécution cornélienne des sentences	29
A-	Le refus persistant de s'exécuter	29
1-	L'opposition systématique à l'exécution	30
2-	L'invocation des immunités d'exécution	32
B-	Les mesures en faveur d'une exécution effective	36
1-	La levée des obstacles administratifs à l'exécution	36
2-	L'aménagement d'un régime d'exécution forcée ...	40

Introduction

La thèse selon laquelle l'arbitrage et le droit public interne ne font pas bon ménage¹ est récurrente et semble avoir trouvé un terrain de prédilection en Afrique malgré la révolution juridique intervenue sur le continent par l'adoption d'un nouveau droit arbitral communautaire. Elle continue de nourrir la recherche doctrinale, notamment privatiste, sous divers angles quand bien même le débat sur l'arbitralité des contrats publics semble vidé². Certes, les rapports entre l'arbitrage et le droit public ont fait l'objet d'études pertinentes et récentes. Pour Charles JARROSSON, « *tout a été dit, ou presque...* »³. Cependant, « *chaque intervention est l'occasion d'affrontements intellectuels fondés sur des principes intemporels et qui malgré cela souffrent des vicissitudes du présent* »⁴.

Depuis le XIX^e Siècle, l'arbitrage mobilisait déjà l'attention de la doctrine publiciste « *qui y a vu, au plein sens du mot, une ressource*

¹ MOTULSKY (H.), « L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public », *Rev. arb.* 1956, p. 38 ; du même auteur, *Écrits*, tome II. « Études et notes sur l'arbitrage », p. 85 ; RIVERO (J.), « Personnes morales de droit public et arbitrage », *Rev. arb.* 1973, p. 268 ; G. MATTEI-DAWANCE, « L'arbitrage en droit public », *Gaz. Pal.* 1987, I, 470 ; FOUSSARD (D.), « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arb.* 1990, p. 3 ; GAUDEMET (Y.), « L'arbitrage : aspects de droit public : état de la question », *Rev. arb.* 1992, p. 241 ; de BOISSESON (M.), « Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. arb.* 1986, p. 3 RIBS; (J.), « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », *JCP* 1990, I, 3465 AUBY;(J.-M.), « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA* 1995, p. 81 ; A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Thèse Paris II, 1996 ; JARROSSON (Ch.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *L'arbitrage en droit public*, *AJDA* 20 janvier 1997, p. 16 ; LAAZOUZI (M.), « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois. À propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad », *Revue critique de droit international privé* 2010/4 (N° 4), pp. 653 à 688, mis en ligne sur Cairn.info le 07/06/2020.

² MEYER (P.), « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'Arbitrage* 2010-N°3 ; SAWADOGO (F. M.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA (A propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, Affaire Aziabévi YOVO et autres c/ société TOGO TELECOM) », *Rev. Cam. Arb.*, Yaoundé, 14 et 15 janvier 2008, p. 148 ; NEMEDEU (R.), « La recherche du critère d'arbitralité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA », *Revue de la Recherche juridique (R.R.J.)*, 2010-1, PUAM, p.427 ; TCHAKOUA (J-M.), « L'arbitralité des différends dans l'espace OHADA », *Penant*, jan-avril 2001, p.5 ; KAMGA (L. C. J.), « Les limites, risques, périls et dérives de l'arbitrage », *Revue Challenges*, août- Sept. 2013 ; ONDOA (M.), préface à l'ouvrage de Jacques BIAKAN, *Droit des marchés publics au Cameroun : contribution à l'étude des contrats publics*, Paris, l'Harmattan, 2011, p. 11 ; KOUAKOU (E.), « l'arbitralité des litiges contractuels en droit administratif », Centre de recherche en droit public approfondi (CREDPA), Université Félix HOUPOUET-BOIGNY, décembre 2018.

³ JARROSSON (C.), « L'arbitrage en droit public », *AJDA* 1997, pp.16-24.

⁴ GAUDEMET (Y.), PELISSIER (G.), LEMAIRE (S.), KATZ (D.), BROUELLE (C.), PLESSIX (B.), JARROSSON (C.), « Personnes publiques et arbitrage », *RDP* 2017, no 5, p. 1143 à 1167.

pour la puissance publique »⁵. Au-delà des approches et clivages théoriques, la question de la parfaite intégration juridique entre l'arbitrage en droit public continue de se poser. Elle invite à poursuivre la réflexion sur ses « *racines profondes et les solutions envisageables* »⁶. Expurgé des engagements internationaux des personnes publiques, le sujet sur l'arbitralité des contrats publics doit être apprécié et analysé sous le prisme du droit administratif. La présente étude s'inscrit dans cette logique et se cantonne à l'arbitrage des contrats administratifs.

Bien qu'indissociables, les concepts d'« arbitrage » et d'« arbitralité » se distinguent l'un de l'autre. L'arbitralité s'entend de « la qualité de ce qui est arbitral »⁷. Elle se dédouble en « *arbitralité subjective et en arbitralité objective* »⁸. La première se rapporte à la capacité des personnes pouvant recourir à l'arbitrage tandis que la seconde convoque les litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage⁹. Par contre, la notion d'arbitrage en droit des contrats est unifiée et ne pose particulièrement aucune difficulté d'ordre définitionnel. De façon simplifiée, l'arbitrage en droit constitue, selon H. MOTULSKY, « *le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers, au moyen d'une convention* »¹⁰. C'est l'institution par laquelle, les parties à un contrat « *confient à des particuliers appelés arbitres et librement désignées par elles, la mission de trancher leur litige* »¹¹. L'arbitre ou les arbitres tiennent leur pouvoir d'une convention privée sur la base de laquelle ils statuent pour solutionner « *un différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »¹². L'arbitrage apparaît, en cela, comme une « justice

⁵ COLLAVET (F.), « De l'arbitrage dans les procès où sont parties les personnes publiques », *RDP* 1906. p. 472 ; VEDEL (G.), « Électricité et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ? », *CJEG* 1950, doct. 224 ; AUBY (J.-M.), « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA* 1955, p. 81.

⁶ Mc GREGOR (E.), « L'arbitrage en droit public suisse, Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement », *Schulthess*, 2015, p. 7 à 35.

⁷ SOSSA (D.), « L'extension de l'arbitralité objective aux accords de développement économiques dans l'espace OHADA », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives (R.B.J.A.)* N°22, 2009, p.5. Voir également CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, Paris, 2008, p.69.

⁸ NEMEDEU (R.), « La recherche du critère d'arbitralité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA », *Revue de la Recherche juridique (R.R.J.)*, op. cit. p.427,

⁹ NEMEDEU (R.), op. cit., p.427. Voir également TCHAKOUA (J.-M.), « L'arbitralité des différends dans l'espace OHADA », *Penant*, janv-avril 2001, p.5.

¹⁰ MOTULSKY (H.), *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz 1974, p.5, n°1.

¹¹ DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982, p.9.

¹² JARROSSON (CH.) et RACINE (J.-B.), « Arbitrage commercial – droit international », *JCI*, fasc. 585, n°2. Voir également, CH. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, pp. 14-18.

conventionnelle et privée »¹³, un « mode de règlement des litiges sans intervention du juge étatique »¹⁴.

Historiquement, le contrat administratif et l'arbitrage semblaient « *vivre sur deux planètes lointaines* »¹⁵. L'ordre public, les immunités d'exécution, l'indisponibilité du domaine public et les règles et principes fondamentaux du contentieux administratif « *se situent aux antipodes de la logique consensuelle et égalitaire qui est au centre de l'arbitrage.* »¹⁶. Le droit arbitral semble, *a priori*, étranger voire même inadapté au contrat administratif. D'où l'interdiction du recours à l'arbitrage en droit administratif français¹⁷. Mais malgré ces rapports antagonistes entretenus durant des décennies entre le droit de l'arbitrage et le droit administratif, ces deux matières « *sont entrées en collision avec fracas* »¹⁸, particulièrement sur le continent africain.

En effet, face aux impératifs du développement dans un contexte de ralentissement des investissements privés, les jeunes Etats africains ont, en effet, perçu la nécessité de construire un nouvel édifice juridique pour mieux attirer les investisseurs nationaux et étrangers. Ceux-ci redoutent en fait, outre l'instabilité politique, l'insécurité juridique et judiciaire qui a souvent caractérisé l'Afrique et qui malheureusement contribue à y créer « un climat des affaires » peu propice au développement et à la pérennisation des investissements. Ainsi, pour « vaincre l'insécurité juridique »¹⁹ et «

¹³ Le recours à l'arbitrage repose, en amont, sur la volonté des parties au contrat. Les arbitres, en règle générale, sont des particuliers chargés de trancher le litige.

¹⁴ MOULOUL (A.), « *L'arbitrage dans l'espace OHADA* », Colloque international sur le droit des affaires de l'OHADA, Maison du droit Vietnamo-Français, Hanoï, janvier 2010.

¹⁵ CHING-CHANG (L.), *L'arbitrage en matière de contentieux des contrats administratifs : dans une perspective de droit comparé*, thèse de doctorat en droit public, Institut d'Etudes Politiques de Paris, juin 2014.

¹⁶ NYALUMA MULAGANO (A.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, thèse de doctorat en droit privé, université catholique de Louvain, 2014, p. 293.

¹⁷ DELVOLLE (P.), « *L'arbitrage et le droit administratif* », in *Revue de l'Association Française de l'Arbitrage*, Colloque organisé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 17 septembre 1990 ; CHING-CHANG (L.), *L'arbitrage en matière de contentieux des contrats administratifs : dans une perspective de droit comparé*, thèse de doctorat en droit public, Institut d'Etudes Politiques de Paris, juin 2014 op. cit. ; M. CHAMBON, « *L'arbitrage international en droit administratif, ou l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes* », *Université de Lorraine, IRRENEE-EA7303* ; Voir dans le même sens, ISSA-SAYEGH (J.), « *Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage OHADA* », in *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, Octobre 2001, p. 22 ; CLAY (T.), « *Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar* » !, in *chronique de droit de l'arbitrage*, n° 2, *Petites affiches*, 25 mars 2008 n° 60, p. 3.

¹⁸ CHAMBON (M.), « *L'arbitrage international en Droit Administratif, ou l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes* », *Civitas Europa* N°31, 2013/2, pp. 261 à 284.

¹⁹ SOSSA (D.), « *L'extension de l'arbitralité objective aux accords de développement économiques dans l'espace OHADA* », *Revue béninoise des sciences juridiques et*

établir un courant de confiance en faveur des économies... »²⁰, les Etats francophones de l'Afrique occidentale et centrale ont décidé de créer l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Ils ont exploré « *de nouvelles voies pour dire le droit* »²¹ et, en sont parvenus à privilégier la justice arbitrale comme principal mode de règlement des litiges contractuels²². Depuis lors, toute personne physique ou morale a le droit d'y recourir pour le règlement des différends qui peuvent naître des difficultés d'exécution de tous les types accords ou de contrats²³. Ce qui fait du système arbitral du droit OHADA, l'outil le plus « *original et le plus audacieux* »²⁴ des modes de règlements des litiges contractuels dans l'espace francophone. Effectivement, le droit arbitral OHADA est strictement encadré par les instruments juridiques pertinents (Traité, Acte uniforme et Règlement d'arbitrage de la CCJA) et dispose de ce fait, « *des garde fous judiciaires indispensables qui peuvent faire défaut dans les autres grands systèmes d'arbitrage* »²⁵. Il apparaît ainsi comme la seule plateforme de confrontation totalement neutre qui n'appartient pas à un ordre juridique national et qui est en mesure « *de façonner des règles de procédure empruntées à diverses cultures juridiques de sorte qu'aucune partie ne s'y sente étrangère* »²⁶.

A l'évidence, le sujet présente un intérêt scientifique certain car dès lors que le droit arbitral africain a été modernisé, on est attentif à ce qu'il induise les effets escomptés. Au surplus, la question de l'arbitralité, dès lors qu'elle concerne les contrats publics, refait surface à chaque fois en des termes nouveaux. Tout récemment que ce soit au Bénin²⁷, au Togo²⁸ et au Mali²⁹, tous membres de l'OHADA,

administratives (R.B.J.A.) N°22, 2009, op. cit., p.9.

²⁰ Voir Préambule du Traité du 17 octobre 1993 instituant l'OHADA .

²¹ SOSSA (D.) Op. cit., p.11.

²² Le préambule du Traité de Port-Louis affirme, en effet, « qu'il est essentiel que le nouveau droit soit appliqué avec diligence dans des conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ». Il y est également proclamé que les fondateurs de l'OHADA sont « désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ».

²³ Art 2 de l'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage.

²⁴ FENEON (A.), « Présentation », in *Penant, revue trimestrielle de droit africain*, janv-mars 2016, n°894, pp7-9.

²⁵ KAMGA (L. C. J.), « Les limites, risques, périls et dérives de l'arbitrage », *Revue Challenges*, 2013 op. cit.

²⁶ CUPERLIER (O.), « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in AUDIT (M.), *Contrats publics et arbitrage international, Collection Droit administratif*, sous la direction de Jean-Bertand AUBY, éd Bruylant, 2001, p.5.

²⁷ CCJA, 13 mai 2014, Sté Bénin Control SA C/ Etat du Bénin, Affaire N°004/2013AR13 du 7 mai 2013. CCJA, 13 mai 2014, Société Commune de Participation, Patrice TALON c/ Etat du Bénin.

²⁸ CCJA du 7 juillet 2005, Affaire Aziablévi YOVO et autres c/ société TOGO TELECOM.

²⁹ CCJA, Arrêt n° 043/2016 du 18 mars 2016, Bureau du Vérificateur Général c/ M. F. DICKO.

plusieurs sentences arbitrales de condamnation de ces Etats ont sérieusement été ostracisées. Les incertitudes sont si profondes qu'elles renouvellent l'interpellation du droit arbitral OHADA face à l'hostilité des Etats. Leur attitude montre certainement que bien d'éléments de débats sur l'arbitralité des contrats publics sont restés en suspend et aucun accompagnement législatif n'a pas permis de cristalliser les solutions dans la quête des africains de parvenir à un régime arbitral efficace et plus sécurisant, applicable aux contrats administratifs. Déjà en 2010, Pierre MEYER faisait le constat de ce que le bilan de la pratique de l'arbitrage des contrats publics était « *décevant* »³⁰. L'arbitrage est en effet resté, par nature, une « *justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de juger* »³¹. De ce fait, l'application du droit arbitral OHADA aux contrats administratifs soulève inévitablement la question de l'acclimatation entre les deux institutions juridiques. Le régime juridique de l'arbitrage et celui du contentieux contractuel en droit administratif semblent en effet « *interdire toute forme d'hybridation, la promotion de l'un semblant mécaniquement se réaliser au détriment de l'autre* »³². Il nous est alors apparu opportun de revenir sur ces difficultés de cohabitation entre le droit arbitral et le régime juridique du contrat administratif qui lui, est aligné sur le statut des personnes publiques. Ce faisant, nous revisiterons dans le contexte africain, la problématique de l'interpénétration entre le régime du contrat administratif et le droit arbitral, vingt-cinq ans après l'adoption par les Etats membres de l'OHADA de l'acte uniforme sur l'arbitrage (AUA) des contrats. Il apparaît particulièrement intéressant de s'interroger sur l'état actuel du « mariage » entre le droit arbitral et le contrat administratif. Plus précisément, les personnes publiques ont-elles fini par s'acclimater avec les règles et principes du droit de l'arbitrage de l'OHADA ? Quel est le degré de réceptivité réciproque entre le droit des contrats administratifs et le droit arbitral ?

Quoi qu'on dise, l'arbitrage s'est rapidement imposé sur le continent africain comme principal mode de règlement des différends contractuels et occupe un espace, de plus en plus grandissant dans

³⁰ MEYER (P.), « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'Arbitrage* 2010-N°3 op. cit.

³¹ ROBERT (J.), *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 1993.

³² CHAMBON (M.), « L'arbitrage international en droit administratif, ou l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes. », *Civitas Europa* N°31, 2013/2 , pp. 261 à 284.

le contentieux des contrats administratifs³³. L'équilibre traditionnel qui caractérisait le régime du contrat administratif est inévitablement rompu par l'introduction de l'arbitrage dans le contentieux des contrats publics. Le monopole du juge administratif qui a longtemps dominé ce contentieux « *cède désormais devant la volonté de parties désireuses de recourir à la justice arbitrale*³⁴ ». A leur tour, les concepts du droit administratif intègrent de plus en plus le droit arbitral. Cette double évolution implique nécessairement une interpénétration harmonieuse et incrémentée des deux disciplines afin de faciliter l'émergence progressive de référents contentieux communs et une plus grande efficacité de l'arbitrage des contrats administratifs. Le défi majeur des promoteurs de l'OHADA était de promouvoir l'arbitrage comme instrument commun et universel de garantie de la sécurité juridique. Incontestablement, cet objectif est atteint dans une certaine mesure. Un quart de siècle après, la cohabitation ne montre pas des signes d'un divorce imminent. Le contrat administratif semble plutôt s'accommoder globalement bien au Règlement de l'OHADA sur l'arbitrage (I) malgré des difficultés persistantes à faire exécuter les sentences arbitrales de condamnation des personnes publiques (II).

I- Un Règlement arbitral accommodant

La question de l'arbitralité des contrats administratifs est d'autant plus difficile qu'elle transcende le clivage entre le droit public et le droit privé. Le droit administratif dans ses profondeurs en retient une approche plus ou moins restrictive par une préservation de quelques champs d'inarbitrabilité dont les domaines et l'étendue sont définis par les législations nationales. Néanmoins, ce tableau « *n'est qu'une façade, qui cache une réalité* »³⁵. L'expansion du droit communautaire dans des secteurs traditionnellement régis par le droit administratif est remarquable. Du reste, on note aujourd'hui une forte

³³ Toutes les lois adoptées les dix dernières années dans les Etats de l'Espace OHADA sur les marchés publics, les partenariats publics privés (PPP) et les délégations de services publics autorisent, à faibles nuances près, les personnes publiques à recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges qui peuvent naître de l'exécution des contrats de commandes publiques.

³⁴ Les lois sur les marchés publics, les partenariats publics privés (PPP) et les délégations de services publics des Etats africains accordent aux parties au contrat la latitude de choisir la juridiction compétente en cas de différend ; voir également LAFAIX (J-F.), « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA* N°6, 2011, p.1089.

³⁵ KEBE (A.A.), « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Revue Afrilex*, mai 2015, pp.15 et s.

pénétration du droit privé non seulement dans les missions de service public, mais aussi dans les relations contractuelles entre l'administration et les particuliers³⁶. Cette perméabilité du droit administratif est la conséquence d'une évolution réaliste et nécessaire du droit public des affaires en Afrique. Le contrat administratif se trouve ainsi saisi par droit arbitral OHADA (A) qui n'échappe pas lui-même à la résistance que lui opposent certains carcans institutionnels du droit administratif (B).

A- Le contrat administratif saisi par le droit arbitral

L'acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage définit de manière très large le domaine de ce mode de règlement des litiges³⁷. Il a vocation à s'appliquer à tous les litiges contractuels, indépendamment du statut public ou privé des parties au contrat. Ce qui reflète clairement, d'une part, la volonté de soumettre les litiges des contrats administratifs à l'arbitrage (1), d'autre part le choix d'un régime arbitral unique qui reste perfectible (2).

1- L'arbitralisation des litiges contractuels de l'administration

Le législateur OHADA a fait preuve d'ouverture et de simplicité dans la définition du différend arbitral et la qualité des parties au contrat³⁸. L'article 21 du Traité OHADA dispose en effet que « *toute partie à un contrat, [...], peut soumettre le différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage ...* ». L'Etat et les autres personnes publiques « *peuvent également être parties à un arbitrage...* »³⁹.

De l'exégèse de ces deux dispositions, on en vient à conclure que l'OHADA a posé la fondation du principe de l'arbitralité universelle des litiges contractuels. Tous les litiges contractuels peuvent être portés devant une instance arbitrale en vue de leur règlement quelle que soit la nature et la qualité des parties au contrat. Les cocontractants ne peuvent même pas évoquer leurs propres droits pour contester l'arbitralité d'un litige c'est-à-dire la validité d'une convention d'arbitrage ainsi que leur capacité à compromettre. Depuis

³⁶ AUBY (J.-B.), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA, 20 novembre 2001, p.917 ; KEBE (A.A.), op cit. p.7.

³⁷ Art 1^{er} et Art 2 de l'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage

³⁸ TCHAKOUA (J.-M.), « L'arbitralité des différends dans l'espace OHADA », Penant, 2001, op. cit. p.10.

³⁹ Art 2 de l'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage.

lors, l'arbitrage a cessé d'être une institution exclusivement au service du droit privé des affaires dans les Etats de l'espace OHADA. Aujourd'hui, il semble avoir conquis les territoires traditionnellement réservés aux seules juridictions étatiques. Le contrat administratif caractérisé par son régime nettement différencié en sort complètement phagocyté et matériellement soumis au droit arbitral pour le règlement des litiges nés de son exécution. L'exorbitance de son régime étant adaptée à « *une administration de souveraineté plutôt qu'une administration de gestion, voire de développement* »⁴⁰, la dynamique juridique et l'interventionnisme étatique ont fini par l'emporter sur le conservatisme et l'imperméabilité qui semblaient le caractériser⁴¹. On assiste, impuissant, à la consommation de la notion de « domaine réservé » ou « *domaine de compétence essentiellement nationale* »⁴². Sur tout un autre plan, la notion de clause exorbitante qui a longtemps caractérisé le contrat administratif est doublement handicapée. Le concept est de plus en plus dévoyé⁴³ et sa désacralisation graduelle autorise désormais à soumettre le contrat administratif au régime arbitral⁴⁴. Et, en dépit de quelques réticences, le droit arbitral a fini par s'imposer dans « *la sphère des contrats publics par de multiples voies* »⁴⁵. Le contrat administratif est presque entièrement « *saisi par le droit arbitral communautaire* »⁴⁶.

⁴⁰ MOUDOUDOU (P.), « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone », Ann. Univ. M. NGOUABI, 2009 ; 10 (3).

⁴¹ Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative (13 mars 2007), Rev. arb. 2007. 651 s. ; JCP Adm. 2007. 2082 s. ; B.J.C.P. juin 2007. 172 s. ; BURDEAU (F.), « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », in Clés pour le siècle, Dalloz, 2000, p. 417 s. ; DELVOLVE (J.-L.), « Une véritable révolution inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », Rev. arb. 2007, p.373 s., spéc., pp. 398 s.

⁴² M. HUBER, « Sentence du 04 avril 1928, affaire de l'île de Palmas (Espagne C / Pays-Bas) » : RGDI

⁴³ C. CHARLERY, « Réflexion sur la notion de clause exorbitante du droit commun », P. Affiches, 6 avril 1998, n° 41 ; pour R. CHAPUS (Droit administratif général, tome I, 9^{ème} édition, LGD 1995, n° 607, p. 149), cette clause est une stipulation inconcevable entre parties privées ; selon G. VEDEL (« Remarques sur la notion de clause exorbitante », in L'évolution du droit public, Études offertes à A. Mestre, Sirey 1956, p. 527), il s'agit d'une stipulation illicite, impossible ou inaccoutumée dans les relations de droit privé ; WALINE, DE LAUBADERE, DEVOLVE, MODERNE (Traité des contrats administratifs, T. 1, 1983, n° 172, p. 224), c'est une clause inusuelle.

⁴⁴ R. DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », Mélanges Flour, p. 128 ; du même auteur, « Le contrat administratif aujourd'hui », Droits, 1990, p. 117 ; G. PACTEAU, « Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'art. 9 de la loi du 19 août 1986 », P.A. 03 octobre 1986, n° 121, p. 12.

⁴⁵ BRACONNIER (S.), « Arbitrage et contrats publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitralité », in Contrats publics, Mélanges en l'honneur du prof. Michel GUIBAL, Tome 2, Presses Universitaires de Montpellier, 2006, p. 322 ; voir sur cette admission de l'arbitrage en droit public, Mehdi LAHOUAZI, « Arbitrage et personnes publiques : une dérogation supplémentaire. Retour sur l'article 6 de la loi du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 », in Droit Administratif, n° 11, Novembre 2018, étude 11.

⁴⁶ KEBE (A.A.), op cit. p.15.

Si le contrat administratif constitue le principal moyen par lequel l'Etat assure sa mission d'intérêt général, les marchés publics en sont la principale composante. De ce fait, le degré d'« arbitralisation » du contrat administratif en droit interne doit être appréciée au regard des règles contentieuses de la commande publique dans les Etats. C'est ainsi que, sur le fondement de l'article 2 de l'AUA, les législations nationales sur la commande publique ont consacré le principe de l'arbitralité pour des litiges contractuels. Dans plusieurs Etats dont notamment le Bénin⁴⁷, le Burkina Faso⁴⁸, la Côte d'Ivoire⁴⁹, Gabon⁵⁰, le Mali⁵¹ et le Sénégal en matière de partenariat public-privé⁵², le recours à l'arbitrage a été admis, sans aucune restriction dans le contentieux de la commande publique. Ce qui fait croire que « *la compétence de la juridiction administrative, inlassablement affirmée par les textes généraux [...], subit une sourde et subtile concurrence de l'arbitrage* »⁵³. En réalité, il s'agit pratiquement de deux ordres juridictionnels qui fonctionnent en toute intelligence. Leur saisine repose sur des règles de compétence bien définies dans les lois de sorte qu'il n'existe pas de conflits de compétence.

Particulièrement au Bénin, la pratique révèle que pour la totalité des marchés publics passés sur financements extérieurs et les contrats de partenariat public-privé, le recours à l'arbitrage est la règle. Il est devenu systématique⁵⁴. On note une volonté constante du législateur béninois de ne pas contrarier le droit OHADA. La première loi de transposition adoptée en 2009 dispose que « *tout litige qui n'a pas été réglé à l'amiable, est porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les*

⁴⁷ Art 141 de la Loi n°2017 04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

⁴⁸ Art 61 al3 de la loi N°032-21/AN du 25 juin 2021 portant cadre juridique et institutionnel du partenariat public-privé au Burkina Faso.

⁴⁹ Art 33 al3 du décret N°2018-358 du 29 mars 2018, déterminant les règles relatives aux contrats de partenariat public privé en Côte d'Ivoire.

⁵⁰ Art 245 du Décret n°00027/PR/MEPPDD du 17 janvier portant code des marchés publics du Gabon.

⁵¹ Art 39, III, de la loi N°2016 -061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé au Mali

⁵² Art 52 de la loi sénégalaise N°2021-01 du 22 février 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé.

⁵³ ONDOA (M.), préface à l'ouvrage de Jacques BIAKAN, *Droit des marchés publics au Cameroun : contribution à l'étude des contrats publics*, Paris, l'Harmattan, 2011, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁴ Au Bénin nous avons pu constater que pour la période de 2012 à 2022, toutes les conventions de financements signées par le ministre des finances comportent une clause d'arbitrage. Il en est de même pour tous les contrats de PPP et des marchés de travaux et d'équipements dépassant les seuils sectoriels d'approbation et qui sont soumis à la signature du ministre des finances. L'option est faite clairement en faveur de l'arbitrage conformément au code de marchés public, en cas de difficultés d'exécution.

instances arbitrales compétentes »⁵⁵. Dans le code des marchés publics de 2017 repris pour l'essentiel par celui de 2020, les litiges ou différends liés à l'exécution du marché sont réglés « *conformément aux stipulations contractuelles* »⁵⁶. Cela signifie que les parties ont la faculté de faire régler leurs différends soit par la justice arbitrale soit par les juridictions étatiques compétentes. Ce n'est qu'en cas de silence des parties que les litiges sont obligatoirement réglés « *conformément aux règles de compétence droit commun applicables* »⁵⁷. Pour les contrats de partenariats public-privé, « *en cas d'échec du règlement amiable, les litiges nés à l'occasion du contrat de partenariat public privé sont réglés prioritairement par la procédure arbitrale.* »⁵⁸ Toutefois, si les parties le souhaitent, elles ont la possibilité d'attirer le litige devant les juridictions étatiques compétentes.

Dans plusieurs autres Etats, les règles de compétences sont presque similaires à quelques variantes près. Au Burkina Faso⁵⁹, au Togo⁶⁰, au Niger⁶¹, au Sénégal⁶², au Gabon⁶³ et en Côte d'Ivoire⁶⁴, le recours à l'arbitrage OHADA est facultatif pour les contrats de marchés publics.

Tout compte fait, l'« arbitralisation » du contrat administratif constitue incontestablement la principale garantie de la sécurité juridique des acteurs économiques et le pilier du système harmonisé des droits public et privé des affaires dans l'espace OHADA. La pratique révèle cependant une préférence marquée des acteurs en faveur des tribunaux étatiques. Au Bénin par exemple, le Centre

⁵⁵ Art 148 de la loi N°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et Délégations de service public.

⁵⁶ Art 140 de la loi n°2017 04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics au Bénin.

⁵⁷ Art 140 et 141 de la loi n°2017 04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics au Bénin ; Art 120 de la loi n° 2020 - 26 du 29 septembre 2020, portant code des marchés public au Bénin.

⁵⁸ Art 75 de la loi n°2016 24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public privé en République du Bénin.

⁵⁹ Art 43 et 46 Loi n°039-2016-AN portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso.

⁶⁰ Art 65 et 66 de la Loi N° 2021-033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics au Togo.

⁶¹ Art 120 et 121 de la loi n°2002/22 du 8 Novembre 2002 portant ratification de l'Ordonnance 2002-007 du 18 septembre 2002 portant Code des Marchés Publics au Niger.

⁶² Art 140 Décret n°2022 2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés publics au Sénégal.

⁶³ Art 245 du Décret n°00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Code des Marchés Publics au Gabon.

⁶⁴ Art 149 et 150 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMEC), installé le 24 février 2006, n'a connu à ce jour que vingt et six (26) affaires dix-huit ans (2006-2024) après son opérationnalisation. Pour la même période, seulement six (06) affaires arbitrées ont un lien avec des contrats administratifs⁶⁵. Dans les autres Etats de la sous-région Ouest-africaine, la situation n'est guère meilleure. La fréquentation des centres d'arbitrage reste faible malgré les avantages qu'offre le régime arbitral de l'OHADA qui peine à relever tous les défis de perfectibilité.

2- Le régime arbitral unique

Les dispositions de l'article 2 alinéa 2 de l'acte uniforme sur l'arbitrage (AUA) et de l'article 21 du traité de l'OHADA, consacrent un régime arbitral unique applicable à tous différends contractuels dès lors que les parties au contrat ont opté en toute liberté de recourir à l'arbitrage. Rappelons au passage qu'un régime juridique s'entend de l'ensemble des règles de fond et de forme applicables à une matière. Généralement, en droit processuel, deux grands régimes sont connus, le régime de droit privé et celui du droit public⁶⁶, même si depuis un moment un troisième régime appelé « régime mixte » voit progressivement le jour avec l'émergence du droit communautaire⁶⁷. Il ne nous paraît pas pertinent d'entrer dans le droit processuel arbitral qui a déjà été abordé par la doctrine privatiste sous toutes ses facettes. De plus, le régime juridique applicable à un procès d'arbitrage dépend en générale de son caractère interne ou international. Cette approche dichotomique a donné lieu à de nombreux développements. Par conséquent, elle est également exclue du champ de notre réflexion.

Quoi qu'il en soit, l'application de la procédure arbitrale pour le règlement du litige né de l'exécution d'un contrat administratif ne pose pas en elle-même de difficultés insurmontables. Les arbitres peuvent toujours accomplir leur travail et rendre une décision. L'approche unitaire a certes l'avantage de sceller l'union entre le droit administratif et le droit arbitral, mais il subsiste des incohérences à la fois d'ordre pratique et procédural qu'il convient de reconsidérer en vue d'un

⁶⁵CAMEC-Bénin, Recueil des sentences arbitrales, Cotonou, décembre 2022.

⁶⁶WEIL (P.) et Dominique POUYAUD (D.), « Le régime juridique : droit public et droit privé », *Le droit administratif*, Paris cedex 14, PUF, « Que sais-je ? », 2013, p. 65 et s.

⁶⁷MAGNETTE (P.), « Introduction », in *Le régime politique de l'Union européenne*, Magnette Paul (dir.), Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2009, p. 17-31. Voir également TEITGEN (F.), « Vers un droit mixte ? », *Le Débat*, 2001/3, n° 115, p. 68-69, URL : <https://www.cairn.info/revue-le-debat-2001-3-page-68.htm>, 12 mai 2014.

meilleur attelage des deux droits. Là-dessus, trois (03) réajustements paraissent essentiels.

Le premier concerne la conclusion de la clause compromissoire. Son insertion dans un contrat administratif « *ne doit pas porter atteinte à la liberté contractuelle, ni à l'égalité devant la commande publique* »⁶⁸. Les personnes publiques doivent, en outre, s'interroger clairement sur l'opportunité d'une telle clause dans le cadre de ses organes statutaires. En France, le rapport du groupe de travail LABETOULLE sur l'arbitrage préconise que la clause compromissoire fasse l'objet d'une délibération distincte de la part des organes délibérants des personnes publiques et que sa négociation n'intervienne qu'après le choix de l'attributaire du marché.

Ensuite, la procédure arbitrale se caractérise par l'absence d'aménagement de règles de publicité et de transparence. La discrétion qui gouverne l'arbitrage en droit privé doit céder devant le principe de transparence en droit de la commande publique⁶⁹. On faciliterait ainsi un contrôle minimal du contribuable sur l'usage des deniers publics. Même si la confidentialité de l'instruction et le secret du délibéré sont de mise comme devant le juge étatique, la sentence arbitrale elle-même doit, tout au moins, être rendue publique et être librement accessible à tous les citoyens. Aussi, pour être efficace, l'arbitrage doit être assorti de toutes les garanties inhérentes à sa nature juridictionnelle dès lors qu'il implique une ou plusieurs personnes publiques pour lesquelles la règle de droit est généralement d'ordre public. C'est pourquoi tout en admettant que l'arbitre a bien « plénitude de juridiction », il est souhaitable que les modalités du choix de l'instance arbitrale assurent sa neutralité. A cet effet, les parties doivent pouvoir aussi se reposer sur un juge d'appui à la procédure disposant de larges compétences pour les aider⁷⁰. La mission principale du juge d'appui étant de résoudre des situations

⁶⁸ VAUTROT-SCHWARZ (C.), « L'arbitrage et le droit public français », URL : <https://www.legiscompare.fr>.

⁶⁹ Presque tous les codes des marchés publics ont érigé la transparence en un principe de premier rang dans les procédures de passation (Art 5 de la loi n°2017 04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics au Bénin, Art 2 de la loi N°2021-033 du 31 déc 2021 portant code des marchés publics au Togo, voir à ce sujet, BRACONNIER (S.), Précis du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2021 ; DEOM (D.) et NIHOUL (P.), « *Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité* », revue générale de droit, vol 36, N°4, 2006, p. 801-829

⁷⁰ BELIBI (J.), « *Le Juge d'appui dans l'Arbitrage OHADA* », Revue de l'HERSUMA, N°6, janv 2016.

de blocage et difficultés afférant au déroulement de la procédure arbitrale. Il en est ainsi lorsque que les parties ne prévoient pas la procédure de nomination des arbitres ou de résolution des difficultés auxquelles elle donne lieu. On pourrait très bien imaginer un régime d'ordre public sur ce point, avec le président de la juridiction administrative qui serait normalement compétente pour connaître du litige en lieu et place du juge judiciaire préconisé par la procédure arbitrale OHADA⁷¹.

Enfin, s'agissant des voies de recours, il convient procéder en sorte que la sentence arbitrale puisse faire l'objet d'appel - et non d'un recours - devant la juridiction administrative comme c'est le cas en France⁷². Et même en l'absence de contestation, que le juge administratif puisse être saisi pour délivrer l'exequatur pour renforcer l'exécutabilité de la sentence. Ce qui ne veut pas dire que la sentence n'est pas exécutoire ou, qu'elle ne peut pas être exécutée « volontairement »⁷³ par les parties. En l'état du droit positif, la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel ou même de pourvoi en cassation. Elle peut néanmoins faire l'objet d'un recours en annulation qui doit être porté devant la juridiction compétente dans l'Etat Partie⁷⁴. Enfin, comme en droit français, le législateur africain peut donner compétence au juge administratif pour annuler une sentence qui contrevient aux règles impératives du droit administratif, notamment celles régissant la commande publique⁷⁵.

Cette réforme de la procédure d'arbitrage serait un chantier inachevé si on n'intègre pas la question des nombreux carcans administratifs qui continuent d'entraver l'épanouissement du droit arbitral OHADA.

⁷¹ Art 6 et 8 de l'AUA révisé 2017.

⁷² Art. L. 321-2 Code de la Justice Administrative.

⁷³ POUGOU (P.-G.), « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, p. 130 et suiv. ; M'BOSSO (J.), « Le fonctionnement du centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale », (2001) *Revue camerounaise de l'arbitrage*, octobre 42; DOUJANI (G. K.), «L'Arbitrage CCJA» (1999) *Revue camerounaise de l'arbitrage*, juillet-août-septembre ; BOURDIN (R.), « Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage » (1999) *Revue camerounaise de l'arbitrage*, avril-mai-juin 10.

⁷⁴ Art 25 AUA révisé 2017.

⁷⁵ DELVOLVE (P.), « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », *RFDA* N°5- 2010 p.971 ; GUYOMMAR (M.), « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative » *RFDA* N°5- 2010, p.959.

B- Le régime arbitral à l'épreuve des carcans du droit administratif

Le droit administratif renvoie à l'ensemble des principes et des règles de droit qui s'appliquent à l'administration publique, à ses organes et à ses actes. Il s'articule fondamentalement autour des principes et règles qui gouvernent les notions de puissance publique, de service public et d'intérêt général⁷⁶. Ses principes classiques ont conservé une certaine force en Afrique, malgré une percolation croissante avec des règles du droit arbitral. Ce conservatisme est manifeste au regard des restrictions à l'arbitralité universelle des contrats (1), et du maintien de certaines reliques du régime du contrat administratif (2).

1- Les restrictions du recours à l'arbitrage

Les restrictions à la liberté de recourir à l'arbitrage résulte aussi bien des législations nationales que de l'article 2 l'acte uniforme de l'OHADA (Art 2 AUA). Dans certaines législations nationales, des espaces de souveraineté ont été aménagés dans le but de préserver l'intérêt national en matière de commande publique. Ces dispositions s'apparentent bien à des restrictions au principe de l'arbitralité des contrats administratifs. Les législations du Togo, du Niger, du Sénégal et du Cameroun retiennent particulièrement l'attention. Dans ces Etats, le recours à l'arbitrage est interdit pour certains contrats administratifs bien définis dans les lois de la commande publique. Il s'agit pratiquement de dérogations apportées au principe d'arbitralité universelle des contrats dans l'espace OHADA.

Au Togo, les lois sur la commande publique ont évolué contradictoirement en deux étapes. Dans un premier temps, le législateur togolais s'est montré favorable à l'arbitralité des contrats administratifs. L'article 7 de la loi du 17 juin 2019 prévoit le recours à l'arbitrage comme mode de règlement de tous les différends entre l'entreprise ou l'investisseur et l'Etat togolais. Il en est de même de la loi N°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public dont l'article 26 laisse la latitude aux parties de soumettre leurs différends « *aux juridictions compétentes telles que désignées dans ces contrats* ». Contre toute attente, un revirement législatif retire directement une partie des marchés publics du droit arbitral OHADA. Le recours à l'arbitrage n'est désormais autorisé que si seulement l'obligation des parties de recourir à ce mode de règlement des litiges résulte « *d'obligations spécifiées dans*

⁷⁶ SALAMI (I.D.), *Droit administratif*, 2^e éd, CeDAT, Cotonou, 2021 p.17.

les conventions de financement extérieur »⁷⁷. En clair, le recours à l'arbitrage demeure formellement interdit au Togo pour les marchés publics conclus sur fonds propres des organismes publics ou du budget national.

En droit sénégalais, les litiges résultant des « *marchés constituant des contrats administratifs sont soumis aux juridictions compétentes pour connaître du contentieux des contrats administratifs* »⁷⁸ dans les conditions prévues par le Code des Obligations de l'Administration. Celui-ci donne compétence aux tribunaux de première instance pour connaître du contentieux des contrats administratifs⁷⁹. Il en résulte que pour les marchés constituant des contrats administratifs, les parties au contrat n'ont pas la liberté de recourir à l'arbitrage.

Au Niger, les litiges relatifs aux marchés publics passés par l'Etat, les Collectivités territoriales et les Établissements publics sont portés devant les juridictions compétentes pour connaître du contentieux des contrats administratifs. Seuls les litiges relatifs aux marchés des sociétés nationales et des sociétés anonymes à participation publique majoritaire « *peuvent être soumis à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage ou aux autres instances arbitrales* ». ⁸⁰ Mais le législateur conditionne le recours à l'arbitrage à l'existence d'une clause compromissoire expressément prévue par les cahiers des charges. Le droit camerounais semble plutôt dubitatif contrairement à la certitude qu'affiche une doctrine sur l'arbitrage des marchés publics dans les Etats de la Communauté des Etats de l'Afrique Centrale (CEMAC)⁸¹. Sans interdire expressément le recours à l'arbitrage, l'article 187 du Décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics n'en a fait aucune mention. Il dispose tout simplement que « *Les litiges résultant des marchés publics peuvent,*

⁷⁷ Art 45 al-2 de la loi N°2021-033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics et délégations de service public au Togo.

⁷⁸ Art 141 al-1^{er} du Décret n°2022 2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés publics au Sénégal.

⁷⁹ Art 139 Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration du Sénégal, modifiée par la Loi n° 2022-07 du 19 avril 2022.

⁸⁰ Art 192 Décret n° 2022-743/PRN/PM du 29 septembre 2022 portant Code des marchés publics et des délégations de service public du Niger.

⁸¹ KONGNI NGOULA (S.), « L'arbitrage Des Marches Publics », *International Multilingual Journal of Science and Technology (IMJST)*, Vol. 7 Issue 12, December – 2022, p.5754.

en tant que de besoin, faire l'objet d'une tentative de règlement à l'amiable. [...] ». Toutefois, une possibilité de règlement à l'amiable est prévue à l'alinéa premier de cette disposition mais elle reste sans incidence sur la procédure de règlement de droit commun si elle n'a pas abouti, sauf dérogation découlant des accords ou conventions de prêts ou d'autres conventions internationales. On en déduit, au regard de cette rédaction laconique que les parties peuvent faire recours à la justice arbitrale.

S'agissant des restrictions liées au droit arbitral OHADA, il y a lieu de constater qu'elles s'intègrent à la notion de l'ordre public de façon très subtile.

L'ordre public est une notion à la fois protéiforme et polysémique qui reste très difficile à identifier et à délimiter. Bien avant le droit OHADA, la prohibition du recours à l'arbitrage pour tout ce qui touche l'ordre public découle de l'article 2060 du code civil français qui interdit de compromettre « *dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». En plus de cette disposition, l'article 2059 de ce même code précise que « *toutes les personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». Ces deux dispositions limitent ainsi l'objet de la convention d'arbitrage aux litiges portant sur les seuls droits disponibles, excluant qu'elle puisse s'étendre sur les litiges des droits indisponibles. La libre disposition des droits a été reprise par l'article 2 al-1^{er} de l'AUA sous forme de réserve. Il y est énoncé que toute personne physique ou morale peut compromettre sur les droits mais à condition d'en avoir la libre disposition. Il prescrit ainsi la disponibilité du droit comme critère déterminant de l'arbitrabilité objective⁸². Si on s'en tient à la lettre de ces textes, il a lieu de conclure que « *l'arbitrage est étouffé par la libre disposition* »⁸³.

La notion de libre disposition est difficile à cerner d'autant plus qu'elle se retrouve dans tous les compartiments du droit. On retiendra que « *la libre disposition reste greffée sur l'ordre public* »⁸⁴. Cette notion « *couvre les droits que l'ordre public interdit disposer* »⁸⁵, quand bien

⁸² POUGOUÉ (P.G.), « Le système d'arbitrage de la CCJA », communication au colloque international de Yaoundé des 13 et 14 décembre 1999 sur le thème : l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique op. cit.

⁸³ LOQUIN (E.), « L'ordre public et l'arbitrage », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, N°4, juillet- août 2018.

⁸⁴ FAUVARQUE-COSSON (B.), *La libre disponibilité des droits et conflit des lois*, LGDJ, Paris 19961, n°163.

⁸⁵ LOQUIN (E.), *ibid.*

même la doctrine privatiste a tendance à opérer un rapprochement entre la notion de libre disposition à celle de « *choses hors du commerce* »⁸⁶. Ainsi, l'article 2 de l'AUA lie étroitement l'arbitralité à l'ordre public qui, selon Philippe MALAURIE, « *exprime le principe de l'intérêt général et l'emporte sur l'intérêt privé* »⁸⁷. L'intérêt général étant à la charge de l'Etat, il va sans dire que l'ordre public interne reste intimement lié à l'administration et relève fondamentalement du ressort du droit administratif.

En droit des contrats, l'ordre public « *désigne une exigence de respect de certaines règles juridiques impératives* »⁸⁸. Son effet est de limiter la liberté contractuelle⁸⁹. Les exigences justifiant qu'une norme s'impose à la volonté des cocontractants sont très diverses. Il en est par exemple ainsi « *... lorsque le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public et que le recours implique, par suite, un contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public...* »⁹⁰. C'est d'ailleurs sur le fondement de l'ordre public que le Tribunal des conflits a reconnu la compétence du Conseil d'Etat pour un « *recours, dirigé contre une sentence qui implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français* »⁹¹.

En droit administratif, c'est l'intérêt général, tel que défini par l'Administration, qui justifie la création d'un ordre public contractuel. Par conséquent, le spectre de la reconstruction des temples *d'inarbitralité dans des matières intéressant l'ordre public* est réel dans les législations nationales. Cette crainte paraît fondée étant donné que l'article 2 de l'acte uniforme a dessiné un espace de choix et de liberté pour les législations nationales qui ont la latitude de se structurer par rapport à la définition du domaine de l'ordre public. Le législateur national doit alors faire preuve de prudence et faire en sorte que l'étendue de certaines notions fondamentales telles que

⁸⁶ TCHAKOUA (J.-M.), « L'arbitralité des différends dans l'espace OHADA », *Rev. Penant*, N°835, 2001, op. cit., p.5.

⁸⁷ MALAURIE (Ph.) *Les Contrats contraires à l'ordre public*, Ed. Matot-Braine, 1953.

⁸⁸ TC, 17 mai 2010, INSERM c/Fondation Letten F. Saugstad, n°3754, Rec..

⁸⁹ SAUVE (J.-M.), LOUVEL (B.), « *Propos introductifs* », Actes du Colloque organisé par le Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation sur le thème : L'ordre public, Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, paris 24 février 2017, p.2.

⁹⁰ CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, A.

⁹¹ TC, 17 mai 2010, INSERM c/Fondation Letten F. Saugstad, n° 3754, Rec..

définies par le droit administratif, ne génère pas de nouveaux obstacles à la procédure arbitrale.

2- La survivance de certaines reliques obstructives

La mise en œuvre d'une procédure arbitrale peut se heurter à certains grands piliers du droit administratif et sur lesquelles repose l'action administrative. Il s'agit principalement des prérogatives de puissance publique, de la notion de service public et de l'intérêt général.

La procédure arbitrale OHADA défend un ordre juridique dans lequel l'administration, partie à un contrat, doit être traitée sur une base égalitaire face au cocontractant privé. Or, le contrat administratif est et reste par nature un acte « *essence inégalitaire* »⁹² puisque l'Administration représentant de l'intérêt général fait partie du contrat. Il s'ensuit une exorbitance du régime juridique qui caractérise le contrat administratif⁹³. Celui-ci se définit classiquement comme un contrat conclu par une personne publique et qui, soit porte sur l'exécution d'une mission de service public⁹⁴, soit comporte une clause exorbitante du droit commun⁹⁵. L'exorbitance apparaît ainsi comme la « *conséquence de l'administrativité d'un contrat* »⁹⁶. Elle est « *au moins en apparence, consubstantielle à la notion de contrat administratif* »⁹⁷. Nous l'appréhendons ici dans ses habits traditionnels c'est-à-dire, par opposition au « droit commun des contrats », notamment le droit civil des obligations et le droit de l'arbitrage.

En règle générale, le juge tire de la qualification de contrat administratif, « *la conséquence première de la soumission de celui-*

⁹² VEDEL (G), « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges MESTRE*, 1956, p. 559 ;

⁹³ AMILHAT (M.), « La notion de contrat administratif et son régime : quelques évolutions », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2019 ; chronique contrats publics 04 ; Art. 237 ; PONTIER (J.-M.), « Le retour de la clause exorbitante du droit commun », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2018, 30, p.1721.

⁹⁴ CE, 20 avr 1956, Epoux Bertin, Ministre de l'agriculture c/ Consorts GRIMOUARD, GAJA, 15^e éd, 2005, p.482.

⁹⁵ CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, GAJA n° 26 ; CE, Sect., 19 janvier 1973, *Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant* : où le juge retient la compétence administrative pour des contrats passés par EDF au motif qu'ils sont « soumis à un régime exorbitant du droit commun » ; voir dans ce sens : ANDRE (M.-E.) et RAYNARD (J.), « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Mélanges GUIBAL*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, Tome I, p. 783.

⁹⁶ UBAUD-BERGERON (M.), « Exorbitance et droit des contrats : quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif », *L'identité de droit public*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2011, p. 229-246.

⁹⁷ UBAUD-BERGERON (M.), op. cit., p. 230.

ci aux règles générales applicables aux contrats administratifs »⁹⁸, règles qui confèrent des pouvoirs et des privilèges à l'autorité contractante. Ces prérogatives se ramènent essentiellement aux pouvoirs unilatéraux de modification et de résiliation du contrat en cours d'exécution, par l'autorité administrative et ce, « *malgré le silence, ou même en contradiction des clauses de celui-ci* »⁹⁹. Au surplus, l'administration peut user de son pouvoir de résiliation unilatérale « *alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus, qu'aucune stipulation contractuelle n'en ont organisé l'exercice* »¹⁰⁰. L'exorbitance prend rang sur le droit privé et semble interdire l'application du droit arbitral au contrat de l'administration¹⁰¹. Sur cette base, on est tenté de conclure que la puissance publique est en droit de faire retirer une clause compromissaire qu'elle a initialement inscrite dans un contrat administratif ou de renoncer unilatéralement à son application. Mais, l'intérêt général doit rester de façon incontestable « *la justification légitimante* »¹⁰². Il constitue, selon le Conseil d'Etat, la condition pour l'usage des pouvoirs unilatéraux de l'administration et ce, « *en dépit de la crise ou des réserves que la notion peut connaître* »¹⁰³. Dans le

⁹⁸ CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. 246 ; AJ 1958. II. 282, concl. KAHN, D. 1958.730, note A. DE LAUBADÈRE : « il (le gouvernement) lui appartenait, en tout état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnités des intéressés, de mettre fin, comme il l'a fait aux marchés de fournitures » ; CE, 2 février 1983, *Union des transports publics régionaux et urbains*, Rec. 33 ; RDP 1984.212, note J.-M. AUBY ; RFDA 1984.45, note F. LLORENS : « En disposant que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, et enfin que les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi, les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs ».

⁹⁹ Relativement au pouvoir de modification unilatérale, l'on doit considérer également que son existence n'est pas subordonnée à une clause du contrat, (CE, 2 février 1983, *Union des transports publics régionaux et urbains*, Rec. 33 ; RDP 1984.212, note J.-M. AUBY ; RFDA 1984-45, note F. LLORENS).

¹⁰⁰ CE, 22 avril 1988, *Société France 5, Association des fournisseurs de La cinq et autres*, Rec.157, AJDA 1988.540.

¹⁰¹ AMILHAT (M.), « La notion de contrat administratif et son régime : quelques évolutions », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2019 ; chronique contrats publics N°04 ; Art. 237 ; PONTIER (J.-M.), « Le retour de la clause exorbitante du droit commun », *Actualité juridique Droit administratif (AJDA)*, 2018, 30, pp.1721.

¹⁰² Voir essentiellement, UBAUD-BERGERON (M.), *op cit*.

¹⁰³ Rapport public du Conseil d'Etat 1999, EDCE n° 50, p. 279. Cette justification prévaut pour l'ensemble des prérogatives spécifiques du droit administratif, et y est clairement présentée comme élément de spécificité du droit public par rapport au droit privé : « *L'existence d'un droit public et d'un Etat doté de son propre juge traduit en effet la conviction que l'intérêt général ne saurait être entièrement servi par le droit privé, même si des procédés de droit*

même sillage, Bruno GENEVOIS rappelle que le pouvoir de modification unilatérale n'est justifié que par les « *évolutions des besoins du service public* »¹⁰⁴, qui est naturellement la composante essentielle de la notion de l'intérêt général. Il s'en suit que l'administration ne peut renoncer à une clause compromissive ou rompre unilatéralement ses engagements que pour des motifs d'intérêt général¹⁰⁵.

Les Etats de l'espace OHADA, tous de tradition juridique francophone, ont hérité et repris le droit administratif français dans ses principes et presque dans les mêmes termes. De façon générale, le régime du contrat administratif a été transposé et formulé à l'identique dans les lois et règlements¹⁰⁶. En droit sénégalais par exemple, est considérée comme exorbitante du droit commun, « *la clause inspirée par les nécessités particulières qu'impose la réalisation de l'intérêt général poursuivi par le service public* »¹⁰⁷. Au Togo, il peut être « *mis fin à l'exécution d'un marché public soit pour motif d'intérêt général...* » et l'autorité contractante « *peut ordonner l'ajournement des travaux, fournitures ou services, objet du marché, avant leur achèvement* »¹⁰⁸. Aussi, les contrats de marchés publics peuvent subir des modifications unilatérales décidées par les autorités contractantes¹⁰⁹. Il en est de même pour les partenariats public-privé qui peuvent comporter des clauses relatives « *aux conditions de modification unilatérale du contrat par l'autorité contractante pour tenir compte de l'évolution des besoins ou du service public...* »¹¹⁰.

privé peuvent se révéler conformes à l'intérêt général. C'est au nom de ce seul intérêt que l'administration dispose de pouvoirs exorbitants ».

¹⁰⁴ GENEVOIS (B.), concl. CE Sect., 9 décembre 1983, *SA d'étude de participation et de développement*, RFDA 1984.39, p. 44 ; voir également, BALDOUS (A.), « L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique », RDP 1985, p.913 ; LAGET-ANNAMAYER (A.), « Occupation du domaine public et intérêt général », AJDA, 2003. p.1201.

¹⁰⁵ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, S. 1902. III. 17, note M. HAURIUO ; GAJA n° 9 ; CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, op cit. ; CE, Ass., 2 février 1987, *Sté TV6*, rec. 28.

¹⁰⁶ MOUDOUDOU (P.), « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone », *Ann. Univ. M. NGOUABI*, 2009 ; 10 (3).

¹⁰⁷ Art 14 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration en République du Sénégal, *JORS* de 1965, p. 94.

¹⁰⁸ Art 25 de la loi N°2021-033 du 31 déc. 2021 sur les marchés publics et délégations de service public au Togo.

¹⁰⁹ Art 24 de la loi N°2021-033 du 31 déc. 2021 sur les marchés publics et délégations de service public au Togo.

¹¹⁰ Art 43, tiret 29 de la Loi N° 2021-034 DU 31 décembre 2021 relative au partenariat public-privé au Togo

Cette asymétrie des pouvoirs qui caractérise le contrat administratif ne s'aurait logiquement être admise dans l'univers de l'arbitrage qui est, par excellence, une institution libérale et égalitaire. Effectivement, la procédure arbitrale, telle qu'aménagée en droit OHADA, accorde une place prépondérante à l'autonomie de la volonté des parties au contrat, quel que soit leur statut juridique¹¹¹. Elle repose sur le « *principe d'égalité des armes des parties* »¹¹² qui se trouve être aux antipodes des privilèges statutaires des personnes publiques. Il s'ensuit que l'arbitralisation des contrats administratifs en droit OHADA apparaît comme une œuvre incomplète surtout en ce qu'elle a laissé en suspens des questions essentielles sur l'exécution des sentences, pourtant indispensable à l'épanouissement de l'arbitrage en droit administratif.

II- Une exécution cornélienne des sentences

L'Etat, « *puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition* »¹¹³ n'est pas un co-contractant comme un autre. Il est considéré comme un acteur privilégié avec lequel il est difficile de contracter à armes égales. Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou de ceux d'un Etat étranger (pour des raisons diplomatiques), plusieurs études faites sur l'exécution des sentences arbitrales montrent une nette tendance des gouvernements à y faire obstacle¹¹⁴. Effectivement, à cette étape, la partie privée demeure toujours confrontée au refus délibéré de s'exécuter de la puissance publique (A), en raison de l'absence d'un régime efficace d'exécution forcée contre les personnes publiques (B).

A- Le refus persistant de s'exécuter

S'il est vrai que le droit OHADA permet à toutes les personnes morales de recourir à l'arbitrage pour le règlement de tous les litiges

¹¹¹ SAKHO (A.), « Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'OHADA », *CRES-2020/3*.

¹¹² LOQUIN (E.), « L'arbitrage : entre droit et équité », Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), 2021 ; MPONDO (R.), « *L'égalité des parties en matière d'arbitrage dans l'espace OHADA* », site internet : <http://www.academia.edu>.

¹¹³ CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003, p. 7.

¹¹⁴ HAFNER (G.), LANGE (L.), La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, A.F.D.I 2004, pp. 45-76 ; MEYER (P.), « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'Arbitrage* 2010-N°3 préc. ; V. dans ce sens, la résolution 59/38 de l'Assemblée Générale des Nations unies, 02 décembre 2004.

contractuels, il convient cependant de noter que cette arbitralité universelle ne porte que sur l'égalité d'accès à la justice arbitrale. L'égalité des parties n'est que théorique lors de la phase d'exécution de la sentence arbitrale. Généralement, on assiste à une opposition systématique à l'exécution de la sentence par les Etats et leurs démembrements (1), qui se prévalent des immunités découlant de leur statut (2).

1- L'opposition systématique à l'exécution

En Afrique, deux tendances s'observent jusque-là dans l'attitude des gouvernements face aux sentences arbitrales condamnant les Etats.

Dans un premier temps, on a noté une propension des gouvernements africains à opposer un refus délibéré d'exécuter les sentences arbitrales de condamnation. Bien souvent, ils choisissent de dénoncer la décision et affichent leur volonté de ne pas s'y conformer. Les célèbres procédures d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA, en 2014, dans les affaires Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin et société commune de participation (SCP-SA) c/ Etat du Bénin, en sont des exemples illustratifs. Pour la première affaire, le tribunal arbitral, saisi par la Société Bénin Control SA, avait prononcé une sentence condamnant l'Etat béninois au paiement d'une somme de cent quarante milliards (140.000.000.000) Francs CFA pour suspension abusive d'un contrat en cours d'exécution par la société demanderesse¹¹⁵. Pour la seconde affaire, l'Etat du Bénin a été condamné, pour le même motif, à verser une somme de vingt et deux milliards cinq cent millions (22.500.000.000) Francs CFA à la SCP-SA à l'issue d'une deuxième procédure arbitrale¹¹⁶. Le Gouvernement béninois d'alors, au terme d'un conseil des ministres, après avoir pris acte des deux sentences, a publiquement annoncé son refus catégorique de les exécuter, quand bien même la seconde décision arbitrale était assortie d'une astreinte comminatoire lourde¹¹⁷.

¹¹⁵CCJA, 13 mai 2014, Sté Bénin Control SA C/ Etat du Bénin, Affaire N°004/2013AR13 du 7 mai 2013.

¹¹⁶ CCJA, 13 mai 2014, Société Commune de Participation, Patrice TALON c/ Etat du Bénin.

¹¹⁷ La Cour, « par ces motifs, [...] Enjoint à l'Etat du Bénin [...] sous astreintes comminatoires de sept cent cinquante millions (750.000.000) Francs CFA par pour de retard à compter du 1^{er} octobre 2014 ... ». (CCJA, 13 mai 2014, Société Commune de Participation, Patrice TALON c/ Etat du Bénin).

Le second moyen auquel les Etats ont souvent recouru pour faire obstacle à l'exécution des sentences arbitrales est l'action en annulation contre la sentence. Comme toute partie à un arbitrage, les Etats et leurs émanations ont, en effet, la faculté d'exercer un recours en annulation de la sentence arbitrale. Ce recours « doit être porté devant la juridiction compétente dans l'Etat Partie »¹¹⁸. Il « emporte, de plein droit, dans les limites de la saisine de la juridiction compétente de l'Etat partie, recours contre la décision ayant accordé l'exequatur »¹¹⁹. Il s'en infère que les effets d'un recours en annulation sur l'exequatur sollicitée auprès des juridictions nationales sont similaires à ceux exercés devant la CCJA¹²⁰. Le recours empêche *in fine* l'exécution de la sentence arbitrale. Il suspend l'exécution des sentences arbitrales que ce soit dans l'arbitrage CCJA ou dans l'arbitrage ad hoc soumis aux règles de l'acte uniforme sur l'arbitrage sauf dans les cas où l'exécution provisoire a été ordonnée par le tribunal arbitral¹²¹. On peut penser que ces recours en annulation constituent des manœuvres dilatoires facilitées par un certain nombre de facteurs. Il faut regretter par ailleurs le fait que dans plusieurs Etats africains, il n'y a souvent pas d'attribution précise quant à l'autorité responsable, au sein du gouvernement ou de l'administration, pour prendre la décision d'une exécution volontaire. Il revient, en règle générale, au Chef du gouvernement de juger de l'opportunité de payer ou non surtout lorsque le montant de la dette est élevé ou si le bénéficiaire est en opposition au régime en place¹²². Aussi, la dette résultant de la condamnation peut-elle requérir une imputation budgétaire importante qui nécessite l'approbation préalable du Conseil des ministres. Parfois, l'entité publique débitrice peut être confrontée à des difficultés de trésorerie qui réduisent tout simplement sa capacité à payer ses dettes¹²³.

¹¹⁸ Art 25 al-2 de l'AUA révisé 2017.

¹¹⁹ Art. 32 al. 3 de l'AUA révisé 2017.

¹²⁰ Art 32 de l'AUA révisé 2017.

¹²¹ Art. 30. 2 al. 3 du RACCJA et art. 28 de l'AUA.

¹²² Par exemple, en 2014, le refus d'exécution des deux sentences de condamnation du Bénin, prononcées au profit de la Société Bénin Contrôle et de la SCP, par la CCJA, était en réalité motivé par le fait que le propriétaire des deux sociétés n'était rien d'autre que Patrice TALON, opposant déclaré au Président Yayi BONI, et qui était en exil politique en France depuis 2012.

¹²³ SABA (A. A.), « Le recouvrement de la dette publique intérieure dans les États de l'OHADA », *Rev.*

ERSUMA : Droit des affaires - Pratique professionnelle, n° 3 - Septembre 2013.

Ainsi, il existe de nombreuses raisons administratives, budgétaires, voire politiques, pour lesquelles la prise d'une mesure d'exécution peut se retrouver bloquée. Mais bien souvent, les personnes publiques se réfugient derrière les immunités statutaires pour refuser de s'exécuter.

2- L'invocation des immunités d'exécution

Les personnes morales de droit public bénéficient d'un certain nombre de privilèges découlant de leurs prérogatives de puissance publique dans leurs relations contractuelles avec des partenaires privées et pour l'exécution de leur mission de poursuite de l'intérêt général. Il s'agit en l'occurrence de l'immunité d'exécution et de l'insaisissabilité des biens du domaine public.

L'immunité d'exécution peut être définie comme un privilège en vertu duquel certains débiteurs ne peuvent faire l'objet d'une mesure conservatoire ou d'une exécution forcée sur leurs biens¹²⁴. Cette immunité est reconnue et énoncée à l'article 30 al-1er de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE) qui dispose sans équivoque que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». En effet, l'Etat exerce une mission de service public et son patrimoine est normalement affecté à la gestion des affaires publiques. Par conséquent, la poursuite de l'exécution d'une sentence arbitrale contre un Etat pose inévitablement des difficultés. L'Etat qui est en même temps protecteur des intérêts des citoyens et de ses créanciers, peut-il les protéger contre lui-même ? Mieux, peut-il être sollicité pour utiliser la force publique contre lui-même ou contre un de ses démembrements pour obtenir l'exécution forcée d'une sentence arbitrale ? Sur ces interrogations, nous convenons avec le professeur F. M. SAWADOGO qu'il serait pratiquement difficile et embarrassant pour l'Etat de protéger ses créanciers contre lui-même. Il pense que « *c'est de ce dilemme que résulte la notion d'immunité d'exécution* »¹²⁵. Comme pour faire écho

¹²⁴ DONNIER (J.-B.), « Immunités d'exécution - droit international », *Jurisclasseur Voies d'exécution*, Lexis Nexis, 2006, Fasc 496, Chap-2 ; GUINCHARD (S.), DEBARB (T.) et autres, *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd, p. 488.

¹²⁵ SAWADOGO (F. M.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Rev. Cam. Arb.*, Yaoundé, 14 et 15 janvier 2008 op. cit., p.148, (A propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, Affaire Aziablévi YOVO et autres c/ société TOGO TELECOM).

à cette disposition communautaire du droit OHADA, le législateur sénégalais a clairement énoncé qu'« *il n'y a pas d'exécution forcée contre l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics* »¹²⁶.

À l'analyse, l'immunité d'exécution est un privilège personnel et permanent que la loi accorde aux personnes publiques pour soustraire l'ensemble de leur patrimoine à toute mesure d'exécution. Elle constitue à leur égard une exception au principe de l'exécution forcée énoncé en droit OHADA¹²⁷. Son objectif est donc de soustraire les biens du bénéficiaire aux mesures d'exécution et aux mesures conservatoires. Traditionnellement, les juridictions nationales des Etats membres de l'OHADA ainsi que la CCJA font une application stricte de cette disposition sur les immunités d'exécution en faveur des personnes publiques. La jurisprudence des tribunaux judiciaires et arbitraux sur les immunités est constante¹²⁸. Elles constituent un véritable obstacle pour les détenteurs de titres exécutoires contre la puissance publique. Par exemple, en 1999 au Cameroun, dans l'affaire Université de Ngaoundéré c/ Nang Mindang Hyppolite, le tribunal de première instance de Ngaoundéré avait fermement considéré qu'« *un établissement public bénéficie de l'immunité d'exécution* »¹²⁹. Toujours au Cameroun, le tribunal de première instance de Dschang avait décidé le 11 Septembre 2000, sur le fondement de l'article 30 de l'AUPSRVE, que l'Université de Dschang était doté de l'immunité d'exécution en raison de son statut d'établissement public. Dans le même sillage, le tribunal régional hors classe (TRC) de Dakar avait reconnu l'immunité d'exécution en faveur d'une entreprise publique en charge de travaux routiers, considérée comme un « *démembrement de l'Etat* »¹³⁰. Le même tribunal avait par la suite en 2009 jugé que le Centre des Œuvres Universitaires de Dakar (COUD) était « *un*

¹²⁶Art 194 de la loi N°2002-12 du 5 avril 2002 modifiant le code des obligations civiles et commerciales.

¹²⁷La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une Décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat Partie (Art 30 de l'AUA révisé 2017).

¹²⁸TPI Ngaoundéré, Référé, ordonnance n°03/ord., 20 décembre 1999, Université de Ngaoundéré c/ Nang Mindang Hyppolite ; Tribunal régional hors classe de Dakar, Ordonnance n° 4513, 05 mai 2008, Société Agence Autonome des Travaux Routiers dite AATR c/ Entreprise Jean Lefèvre ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Ordonnance n° 5290, 02 octobre 2009, Centre des œuvres universitaires de Dakar (COUD) c/ PAMECAS ; CCJA, Arrêt n° 043/2016 du 18 mars 2016, Bureau du Vérificateur Général c/ M. F. DICKO.

¹²⁹FOMETEU (J.), Note sous TPI Ngaoundéré, Référé, ordonnance n°03/ord. du 20 Décembre 1999, Université de Ngaoundéré c/ Nang Mindang Hyppolite, Juridis Périodique n°44, 2000, pp.31-36.

¹³⁰TRHC Dakar, Ordonnance n° 4513 du 05 mai 2008, Société Agence Autonome des Travaux Routiers (AATR), c/ Entreprise Jean Lefèvre.

établissement public, doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière [...]et, est à l'abri de toutes mesures d'exécution »¹³¹. De même, la CCJA, dans l'affaire opposant l'Etat malien à M.F. DICKO, a décidé que : « Les établissements publics à caractère administratif dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière ne peuvent faire l'objet d'aucune exécution forcée, les saisies pratiquées sur eux étant irrégulières. Le Vérificateur Général malien est un établissement public à caractère administratif ... bénéficiaire de l'immunité d'exécution »¹³².

En résumé, l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses des autres personnes publiques est reconnue de façon constante par les juridictions nationales et la CCJA. Elle permet à l'Etat d'éviter de se retrouver dans l'impossibilité d'accomplir ses missions de service public du fait de la saisie de ses biens par des créanciers privés à la recherche de leurs intérêts personnels et particuliers.

L'autre difficulté liée à l'immunité d'exécution tient au fait qu'elle n'a pas été définie par le législateur OHADA en tant que notion. Ce qui suscite parfois des confusions et des positions clivées au plan théorique¹³³. Il s'observe une propension à assimiler la notion d'immunité d'exécution à l'insaisissabilité¹³⁴. En réalité, il s'agit là de deux concepts complémentaires de par leurs effets pratiques.

¹³¹ TRHC Dakar, Ordonnance n° 5290 du 02 octobre 2009, affaire Centre des Œuvres Universitaires de Dakar (COUD) c/ PAMECAS.

¹³² CCJA, Arrêt n° 043/2016 du 18 mars 2016, Bureau du Vérificateur Général c/ M. F. DICKO.

¹³³ SAWADOGO (F. M.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Rev. Cam. Arb.*, Yaoundé, janvier 2008, p. 148 ; ONANA ETOUNDI (F.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA », *Revue de Droit Uniforme Africain* n° 000 – 09 août 2010, Ohadata D-13-55 ; BRENNER (Cl.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2007, n° 90, p. 58 ; TAMEGHE KUATE (S.S.), « Les mystères des articles 50 al.1 et 51 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Rev Afrilex* n°5, 2021, p.117 ; DOUJANI (G. K.), « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Rev. Cam. Arb.*, n° 18, juillet-août-septembre 2002, pp. 3-4 ; FÉVILYÉ (I.), « L'immunité d'exécution des entreprises publiques dans l'espace OHADA : commentaire de l'arrêt de la CCJA du 26 avril 2018, Mbulu Museso c/ Société des Grands Hôtels du Congo », *Revue Congolaise de Droit et des Affaires*, n°34.

¹³⁴ KANGASEKE MBAKA (J.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public en droit ohada : le choix entre la conception volontariste et unitariste de l'intérêt général », *International Journal of Social Sciences and Scientific Studies*, décembre 2022, p.2006 ; YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p. 481 ; SAWADOGO (F. M.), « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises Publiques », *Rev. Penant* 860, 2007, op. cit., p. 332.

En effet, l'insaisissabilité est un privilège matériel protégeant certains biens spécifiques indépendamment de la qualité de leurs propriétaires. La loi « *l'accorde à certains débiteurs pour les soustraire à toute mesure d'exécution* »¹³⁵. L'insaisissabilité des biens des personnes morales publiques apparait ainsi comme une conséquence de l'immunité d'exécution dont elle constitue un privilège complémentaire. La jurisprudence affirme l'existence d'un lien direct entre les deux notions¹³⁶. Dès lors que l'immunité d'exécution est reconnue au profit d'une personne morale, ses biens deviennent automatiquement insaisissables. Le tribunal de première instance de Ngaoundéré, après avoir rappelé le caractère public, scientifique et culturel de l'Université de Ngaoundéré a, dans l'ordonnance de référé n°03/CRD du 20 décembre 1999 précitée, conclut qu'« *il va sans dire que les biens de l'université de Ngaoundéré sont insaisissables* »¹³⁷. De même, par arrêt en date de 7 juillet 2005, la CCJA a ordonné la main levée des saisies pratiquées sur les comptes bancaires de la TOGO TELECOM¹³⁸, au motif que l'entreprise pouvait bénéficier d'une immunité d'exécution sur le fondement de l'article 30 de l'AUPSRVE¹³⁹.

Enfin, il est intéressant de faire remarquer que la formulation des dispositions de l'article 51 de l'AUPSRVE qui consacrent l'immunité d'exécution est laconique. Il énonce que « *les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties* ». Ce style rédactionnel n'est pas au diapason de la précision qu'il sied de conférer à une norme communautaire de ce rang. Ainsi, chaque Etat peut dresser, selon ses propres intérêts et dans la forme qu'il souhaite, la liste des biens qui ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée, « *pierre angulaire de l'action publique* »¹⁴⁰. Rien n'indique si cette liste doit être établie à la suite d'une procédure législative ou par un simple acte du pouvoir exécutif. Aucune précision non plus quant à une éventuelle possibilité pour une partie qui a gagné un procès

¹³⁵ SAWADOGO (F.M.), « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Penant*, n°860, juil.-sept. 2007, p.312.

¹³⁶ CCJA, Arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005, Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM ; TPI Ngaoundéré, Ordonnance de référé n°03/CRD du 20 décembre 1999.

¹³⁷ TPI Ngaoundéré, Référé, ordonnance n°03/ord. du 20 Décembre 1999, *op. cit.*

¹³⁸ Cette entreprise publique avait été condamnée par la Cour d'Appel de Lomé à payer diverses sommes au profit d'anciens salariés.

¹³⁹ CCJA, Arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005, Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM.

¹⁴⁰ Conseil d'Etat, Rapport public 1999, Jurisprudence et avis de 1999, L'intérêt général, La Documentation française, 1999, p. 245.

arbitral de contester une telle liste même en raison du droit d'accès de tous à la justice. Or, ce droit constitue un des éléments fondamentaux de la procédure d'arbitrage entre un investisseur privé et un partenaire public. D'où la nécessité pour le législateur OHADA d'adopter des mesures complémentaires pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales condamnant les personnes publiques.

B- Les mesures en faveur d'une exécution effective

L'arbitrage étant une justice privée, la sentence ne possède pas de force exécutoire intrinsèque et absolue au regard des dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE¹⁴¹. Pour obtenir l'exécution effective d'une sentence, deux démarches différentes mais complémentaires, peuvent être adoptées : l'assouplissement ou la levée des obstacles administratifs à l'exécution (1) et l'aménagement d'un régime d'exécution forcée (2).

1- La levée des obstacles administratifs à l'exécution

Il existe actuellement une tendance générale à l'assouplissement des immunités des personnes publiques en matière d'exécution des sentences arbitrales. En France, elle est la conséquence d'une pression simultanée de la doctrine et de la jurisprudence¹⁴² dont les extensions en Afrique peuvent ouvrir des pistes intéressantes pour le droit OHADA. Tout compte fait, on s'achemine inévitablement vers la fin des immunités dont bénéficiaient les entités publiques parties aux contrats. En droit international, le principe de l'immunité d'exécution tend déjà à être nuancé notamment à travers sa limitation aux biens indispensables au bon fonctionnement du service public¹⁴³. La règle

¹⁴¹ « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. [...] Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'État où se situent lesdites personnes et entreprises. ».

¹⁴² BRENNER (Cl.) (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2007, n° 90, p. 58 ; GUTMANN (D.), *Droit international privé*, 5e éd., Dalloz, Paris 2007, n° 287, p. 246 ; ALLAND (D.) et GRAFF (T.F.), « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Revue critique de droit international privé* N° 1, 2016, éd. Dalloz, pages 1 à 19 ; Voir Civ. 1re, 14 mars 1984, no 82-12.462, *Eurodif* : « L'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger est de principe ; que, toutefois, elle peut être exceptionnellement écartée » ; Civ. 1re, 1er oct. 1985, no 84-13.605, *Sonatrach* : les biens « de l'État étranger [...] sont en principe insaisissables, sauf exceptions » ; Cass. req., 19 févr. 1929, *DP* 1929. 1. 172, note Savatier ; S. 1930. 1. 49, note Niboyet ; Cass. com., 19 mars 1979, *Rev. crit. DIP* 1981. 584, note Lagarde.

¹⁴³ Art 19 de la Convention des Nations unies, du 02 décembre 2004, sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens ; v. nouveaux articles I. 111-1-1, I. 111-1-2 et I. 111-

selon laquelle les actifs des entités étatiques ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée pour satisfaire aux obligations de l'Etat lui-même est ainsi tempérée.

La construction, en droit français, de la notion d'« émanation d'Etat », à travers la théorie de l'*alter ego*, constitue le point de départ de la marche vers l'exécution forcée des sentences arbitrales contre l'Etat et les personnes morales de droit public¹⁴⁴. Mais celle-ci reste tributaire de la renonciation par ces entités publiques à leurs immunités d'exécution. La théorie dite de l'*alter ego* identifie l'Etat à ses émanations et considère que toute entité publique est capable de répondre des obligations de celui-ci. En application de cette théorie, un créancier de l'Etat peut opérer une saisie sur le patrimoine de toute entité considérée comme l'une de ses émanations¹⁴⁵. C'est une sorte de subrogation de l'Etat dans le paiement de la dette née de la sentence de condamnation. La théorie de l'*alter ego* encore appelé théorie des émanations est ainsi fondée sur deux critères cumulatifs dégagés par la doctrine et la jurisprudence à savoir : l'absence d'indépendance des émanations vis-à-vis de l'Etat et la confusion des patrimoines de l'Etat et de ceux de ses émanations.

Le premier critère retenu est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence française. Il consiste dans l'existence d'un lien de subordination juridique ente l'Etat débiteur et la personne morale dont les biens ont fait l'objet de saisi. Curieusement, ce critère a été dégagé par le juge à l'occasion de l'exequatur en territoire français de plusieurs décisions et sentences impliquant des Etats membres de l'OHADA¹⁴⁶.

1-3 du Code des procédures civiles d'exécution français (CPCE) introduits par la loi n° 2016-1691 du 09.12.2016, dite loi Sapin II.

¹⁴⁴ COHEN (D.), *Sur l'émanation d'État*, in *Mélanges en l'honneur du professeur B. AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 240 ; voir Cass. civ. 1re, 15 juillet 1999, n° 97-19.742, Bull. civ. i, n° 238, p. 153 ; Cass. civ. 1re, 04 janvier 1995, Bull. civ. i, n° 6, p. 5 ; Cass. civ. 1re, 27 janvier 1998, Bull. civ. i, n° 31, p. 20 ; Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, Bull. civ. i, n° 135, p. 110.

¹⁴⁵ COHEN (D.), « Sur l'émanation d'État », in *Mélanges en l'honneur du professeur B. AUDIT*, LGDJ, 2014, op.cit., p. 240 ; CUPERLIER (O.), « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in M. AUDIT, *Contrats publics et arbitrage international*, Collection Droit administratif, sous la direction de Jean-Bertrand AUBY, éd Bruylant, 2001, p.5.

¹⁴⁶ Paris, Ch. 8 - Sect. b, 09.04.2009, SA Vistra c/ Société nationale pour la promotion agricole (SONAPRA Bénin), n° 08/15431 ; Paris, Ch. 8 - Sect. b, 23.01.2003, Société nationale des pétroles du Congo (SNPC) c/ Connecticut Bank of Commerce and République du Congo, n° 2002/03187 ; Paris, Ch. 8 - Sect. b, 23.01.2003, Société nationale des pétroles du Congo c/ Walker International Holdings Ltd., n° 2002/03185 ; Paris, Ch. 8 - Sect. b, 22.01.2004, Winslow Bank & Trust Company Limited c/ Société nationale des hydrocarbures du Cameroun (SNH), n° 2002/20287 ; Cass. civ. 1re, 06.02.2007, Société nationale des pétroles du Congo c/ Walker International Holdings Ltd., RGDIP, 2007.967, obs. HAAS (Th.) ; Rev. arb., 2007.483, note FRANC-MENGER (I.) ; Cass. civ. 1re, 14.11.2007, Bull. civ. n° 355, Rev. crit. DIP, 2008.303, note AUDIT (M.).

Le lien et le niveau de dépendance administrative sont appréciés par le juge au double plan organique¹⁴⁷ et fonctionnel¹⁴⁸. Dans les législations nationales de la plupart des Etats membres de l'OHADA, le critère d'absence d'indépendance est généralement retenu et est utilisé par les juridictions pour l'identification des établissements publics¹⁴⁹. Pour établir le critère d'absence d'indépendance, les lois nationales retiennent souvent le fait que ceux-ci soient soumis à une tutelle administrative ou au contrôle d'une juridiction des comptes¹⁵⁰. Le second critère sur lequel repose la théorie d'*alter ego* est la « confusion des patrimoines de l'Etat et de ses émanations ». Les créanciers privés de l'Etat peuvent l'invoquer dès lors que cette confusion patrimoniale a pu se justifier par les appuis financiers du budget national à l'entité publique poursuivie¹⁵¹.

Quoi qu'il en soit, la théorie d'*alter ego* constitue pour l'instant un important socle sur lequel les créanciers privés des Etats et de leurs émanations pourraient prendre appui pour tenter de faire exécuter les sentences arbitrales dans l'espace OHADA. Mais ils devront, en plus des conditions ci-dessus évoquées, apporter la preuve d'une renonciation de la personne publique à son immunité d'exécution. L'acte uniforme sur l'arbitrage et l'article 30 de l'AUPSRVE étant laconiques sur la question des immunités et totalement muets sur

¹⁴⁷ Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, Sté Commissions Import-Export (COMMISIMPEX) c/ République du Congo, Rev. arb., 2018.382, note COHEN (D.). Cass. civ. 1re, 21 juillet 1987, Benvenuti & Bonfant c/ Banque Commerciale Congolaise (BCC), JDIv 1988. 108, note Kahn ; Cass. civ. 1re, 06 février 2007, Société nationale des pétroles du Congo c/ Walker International Holdings Ltd., RGDIP, 2007.967, obs. HAAS (Th.), Rev. arb., 2007, p.483, note FRANC-MENGER (I.).

¹⁴⁸ Cass. civ. 1re, 06 février 2007, Société nationale des pétroles du Congo c/ Walker International Holdings Ltd., RGDIP, 2007.967, obs. HAAS (Th.) préc.

¹⁴⁹ Cass. civ. 1re, 21 juillet 1987, Benvenuti & Bonfant c/ Banque Commerciale Congolaise (BCC), JDI 1988. 108, note Kahn.

¹⁵⁰ Loi n°98-388 du 02 juillet 1998 fixant les règles générales relatives aux établissements publics nationaux et portant création de catégories d'établissements publics en République de Côte d'Ivoire ; Loi n° 2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques en République du Cameroun ; Loi n° 90/26 du 4 décembre 1990 en République du Togo ; Loi n° 25/99/AN du 16 novembre 1999, portant réglementation générale des sociétés à capitaux publics en République du Burkina Faso ; Loi N°2020 du 20 sept 2020 portant création, organisation et fonctionnement des entreprises publiques en République du Bénin.

¹⁵¹ CA Paris (Pôle 4 - Ch. 8), 5 septembre 2019, Société Mohamed Abdel Moshen Al-Kharafi et Fils c/ Sté Libyan investment Authority et autres ; Cass. civ. 1re, 06.02.2007, Société nationale des pétroles du Congo c/ Walker International Holdings Ltd., RGDIP, 2007.967, obs. HAAS (Th.) préc ; CA Paris, 1 septembre 2005, Central Bank of Iraq c/ Sté Hochtief Aktiengesellschaft et autres, Rev. arb., 2006/1, p. 214, note M. AUDIT ; CA Paris, Pôle 1 - Ch. 1, 19 décembre 2017, n° 16/19884 ; Paris, Ch. 8 - Sect. b, 09.04.2009, SA Vistra c/ Société nationale pour la promotion agricole (SONAPRA), n° 08/15431 préc..

les modalités de renonciation, c'est surtout aux législateurs nationaux que revient le soin d'y apporter des précisions. La renonciation peut être expresse ou tacite. En droit français le créancier de la personne publique peut prendre appui sur une renonciation qui peut être tacite. Et, la renonciation est réputée établie dès l'instant où l'entité publique accepte de souscrire à une clause compromissaire ou à un compromis¹⁵². Le fondement de la renonciation serait ici le respect de la règle *pacta sunt servanda* transcrite dans l'ancien article 1134 du Code civil français.

En Afrique, les juges restent plus nuancés sur la question. La signature d'une clause compromissaire par l'État ou l'une de ses émanations semble être une condition nécessaire mais non suffisante. Elle n'impliquerait pas nécessairement une renonciation par la partie étatique à son immunité d'exécution¹⁵³. Il s'en infère que dès la négociation du contrat, il appartient aux parties au contrat de convenir de l'étendue d'une éventuelle renonciation à l'immunité d'exécution bien avant qu'un éventuel litige ne survienne. Certains Etats ou entités publiques peuvent, en effet, refuser de renoncer à leurs l'immunités d'exécution pour certains types de biens spécifiés, en particulier ceux destinés à l'exécution même du service public. Dans cette hypothèse, une personne privée qui s'engagerait dans une relation contractuelle court évidemment le risque d'être confrontée à des difficultés pour faire exécuter une sentence de condamnation quand bien même le contrat avec l'entité publique comporterait une clause compromissaire ou un compromis.

En l'état actuel de la jurisprudence et des dispositions du droit arbitral OHADA, la solution la plus simple et la plus sécurisante consiste à faire expressément renoncer toute personne publique cocontractante au bénéfice de son immunité d'exécution au moment de donner son consentement à l'insertion d'une clause compromissaire ou d'un compromis dans le contrat. Mais, il revient au cocontractant privé de l'Etat de l'exiger avant la survenance du

¹⁵² La Cour d'appel de Rouen a jugé « *qu'en souscrivant à des clauses compromissaires, sans lesquelles à l'évidence les marchés n'auraient pas été conclus, puis en s'y soumettant, l'Etat tunisien a ainsi accepté les règles de droit commun du commerce international ; qu'il a, par là même, renoncé ... à son immunité d'exécution.* », (Rouen, 20 juin 1996, Rev. arb., 1997, p.263, note GAILLARD.).

¹⁵³ CCJA, ass. plén. N° 136, 11-11-2014, Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) c/ collectif des ex-employés de l'ASECNA, Article 2, Ohadata J-15-226.

litige. Dans le cas contraire, il ne pourrait rien faire car l'arbitre ne peut imposer aux parties au contrat, des clauses qui n'étaient pas prévues. Cette solution qui semble protéger toutes les parties à un contrat administratif mérite de recevoir l'onction du législateur OHADA afin de fixer définitivement les mécanismes d'atténuation des obstacles toujours présents sur le chemin de l'exécution des sentences arbitrales rendues contre les personnes publiques. Elle a le mérite d'être équitable en ce que la renonciation n'emporte pas nécessairement pour son bénéficiaire la possibilité de saisir tous les biens de l'Etat condamné, mais uniquement ceux affectés à l'exercice de ses activités économiques et commerciales. Les biens affectés, par exemple, au fonctionnement des services publics régaliens de l'Etat (diplomatie, justice, sécurité et défense nationale) demeureront préservés¹⁵⁴. Ainsi, la question de l'exécution des sentences arbitrales se déporterait du terrain des immunités d'exécution sur celui de la saisissabilité des biens des personnes publique, c'est-à-dire, celui des procédures d'exécution forcée. Il y a en ce moment une nécessité d'échafauder un régime spécial d'exécution forcée des sentences arbitrales et qui peut excéder les procédures classiques du droit privé mais tout en s'y inspirant.

2- L'aménagement d'un régime d'exécution forcée

L'exécution de la sentence est le but ultime de toute procédure juridictionnelle. Il s'ensuit qu'« *une sentence arbitrale sans force exécutoire n'a pas d'intérêt* »¹⁵⁵. Quelle serait en effet l'utilité de l'arbitralité des contrats administratifs si les sentences qui condamnent les personnes publiques ne peuvent être exécutées ?

Le nouveau régime aménagé comporterait aussi bien des règles de procédures publiques que celles des procédures civiles et commerciales. Et seule une telle hybridation procédurale pourrait garantir l'atteinte des objectifs qui ont présidé à l'adoption de l'arbitrage comme principal mode de règlement des litiges contractuels dans l'espace OHADA.

A l'analyse, on note que la position du législateur OHADA sur le principe même du recours à l'exécution forcée contre les personnes publiques est ambiguë. L'article 30 AUA révisé de 2017 dispose

¹⁵⁴ CA Paris, 10 août 2000, Ambassade de Russie c/ Noga, Rev. Arb, 2001, note Ph. LEBOULANGETR.

¹⁵⁵ CARBONNEAU (T. E.), *Toward a new federal law on arbitration*, 2014.

clairement que « *la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat partie* ». Parallèlement, l'article 28 al-1er de l'AUPSRVE pose le principe selon lequel tout débiteur peut être saisi. Il y est également énoncé qu'« *à défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits* ». Comme pour compléter cette disposition, l'alinéa 1^{er} de l'article 50 du même acte précise que « *les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers...* ». En combinant les dispositions de articles 28 et 50 précités, « *on aurait dû logiquement conclure que l'exécution forcée ..., s'applique à toutes les personnes (publiques ou privées) tenues par une dette ...* »¹⁵⁶. Mais, contre toute attente, l'article 30 AUPSRVE impose des limites rédhibitoires au principe de l'exécution forcée en prescrivant que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* », sans qu'aucune précision ne soit donnée sur les personnes qui en sont bénéficiaires. La difficulté s'épaissit davantage lorsqu'on se réfère à l'alinéa 2 de l'article 50 qui protège les biens « *déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque Etat partie* » et qui par ailleurs, « *sont définis ou énumérés par le droit interne* »¹⁵⁷.

En soustrayant les personnes publiques de l'exécution forcée, le droit OHADA a donné en réalité priorité à deux choses : d'abord, la protection de l'intérêt général par la continuité du service public, ensuite, éviter que les saisies ne perturbent les règles de la comptabilité publique qui s'opposerait à un paiement par voie de saisie. C'est pourquoi la doctrine recommande que ce privilège ne soit uniquement accordé aux personnes publiques que pour d'impérieuses raisons tenant à l'ordre public¹⁵⁸.

¹⁵⁶ KOLONGE EBERANDE (D-C.), « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », Centre d'Expertise juridique et d'actualités en droit des affaires (CEJADA), document inédit.

¹⁵⁷ Art 51 AUPSRVE.

¹⁵⁸ BRENNER (Cl.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2007, n° 90 op. cit., p. 58.

En fin de compte, le droit arbitral OHADA invite d'abord à compiler les lois nationales « *afin de débusquer* »¹⁵⁹ les biens saisissables et les personnes publiques non bénéficiaires d'immunités d'exécution. L'expression globalisante de « *personnes morales de droit public* » utilisée à l'article 50 AUPSRVE semble pouvoir inclure toutes les personnes publiques comme pouvant bénéficier des immunités d'exécution quand bien même dans plusieurs pays africains, il est fréquent que des lois énumèrent les entités qui sont concernées¹⁶⁰. Cette difficulté d'interprétation a rendu indispensable l'intervention de la CCJA qui a jugé que « *l'article 30 de l'AUPSRVE pose à son alinéa 1er le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences à son alinéa 2 à travers l'admission contre elles du procédé de la compensation des dettes. Ladite compensation qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, ne peut s'analyser que comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution qui leur bénéficie en vertu de l'alinéa premier dudit texte ...* »¹⁶¹. La position de la CCJA a simplement l'avantage d'étendre aux entreprises publiques le champ des bénéficiaires de l'immunité d'exécution consacrées par l'article 30 AUPSRVE. Mais dans le fond, la haute juridiction de l'OHADA n'apporte aucune innovation. Les personnes morales de droit public demeurent jusque-là confortablement à l'abri des voies d'exécution en droit OHADA. Cette interdiction de voie d'exécution est souvent mal vécue et ressentie comme une grave injustice par les cocontractants privés des entités publiques, étant donné que « *l'Administration et les personnes publiques qui ne sont jamais tendres avec leurs débiteurs, peuvent ainsi retarder ou s'abstenir de payer leurs dettes en toute impunité* »¹⁶². C'est donc à juste titre qu'en droit français il a été

¹⁵⁹TAMEGHE KUATE (S.S.), « Les mystères des articles 50 al.1 et 51 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Rev Afrilex* n°5, 2021, p.117.

¹⁶⁰ Au Sénégal par exemple, l'art. 194 du COCC dans sa rédaction (reprenant la loi n° 2002-12 du 15 avril 2002) prévoit qu'il n'y a d'exécution forcée, ni de mesures conservatoires contre l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics. Certaines décisions se réfèrent d'ailleurs expressément à ces lois internes (TPI Bafoussam, Ord. de référé n° 37 du 28 janv. 2004, SNEC SA c/ Djeukou Joseph et consorts, Ohadata J-05-01. Dans cette ordonnance, le Tribunal de Bafoussam fait application de la loi camerounaise n° 99/016 du 22 déc. 1999 portant statut général des établissements publics.

¹⁶¹ CCJA, arrêt n° 043/2005, 07 juillet 2005, *Aziablévi Yovo c/ Sté Togo Télécom*, in *Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA*, par P. G. Pougoué, S. S. Kuate Tameghe (dir.), Paris, L'harmattan, 2010, p. 614, obs. E. Kenfack.

¹⁶² KOLONGELE EBERANDE (D-C.), « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », op. cit., p.23.

institué à l'encontre de personnes morales de droit public un régime spécifique d'exécution qui, sans remettre en cause l'interdiction de procéder à des saisies, a prévu des mesures d'astreintes pour faire accélérer tout au moins le paiement de dettes de personnes morales de droit public¹⁶³. Il s'agit notamment des astreintes que le juge peut prononcer contre toute personne publique qui n'exécute pas une décision rendue à son encontre par une juridiction. Ce mécanisme a été encore renforcé par la loi du 8 février 1995 qui a accordé au juge administratif un pouvoir général d'injonction qu'il peut assortir d'une astreinte comminatoire.

Pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales il est souhaitable que les législateurs africains édictent formellement des mesures similaires. Une autre alternative consisterait à adopter un acte uniforme complémentaire au niveau communautaire de l'OHADA. D'ores et déjà, on note que l'exécution de certaines sentences arbitrales de la CCJA¹⁶⁴ est assortie d'astreintes, mais l'obstination des Etats de ne pas s'y soumettre a tôt fait de montrer les limites de ce moyen de contrainte. C'est pourquoi, il paraît nécessaire de compléter l'astreinte par l'instauration en droit OHADA, de la procédure d'ordonnement juridictionnel bien connue en droit financier¹⁶⁵. Elle consiste pour le juge à liquider le montant exact et définitif de la dette et à en ordonner le paiement par le comptable public assignataire de l'entité publique condamnée, après un délai donné¹⁶⁶. Enfin, dans un élan d'accompagnement du tribunal arbitral, la sentence pourrait faire l'objet de saisine du juge administratif national comme c'est le cas en France¹⁶⁷ aux fins de faire délivrer l'exequatur pour renforcer sa force exécutoire. Ce qui ne voudrait nullement signifier que la sentence n'est pas exécutoire ou, ne peut pas être « *exécutée volontairement par les parties* »¹⁶⁸.

¹⁶³ Loi française du 16 juillet 1980 instituant les astreintes comminatoires.

¹⁶⁴ CCJA, 13 mai 2014, Société Commune de Participation, Patrice TALON c/ Etat du Bénin.

¹⁶⁵ BONICHOT (J.-C.), CASSIA (P.) et POUJADE (B.), Les grands arrêts du contentieux administratif, Dalloz, 4e éd., thème 71, n° 1, p. 1300.

¹⁶⁶ Lorsque l'Administration est condamnée au paiement d'une somme déterminée, elle est tenue de procéder à son mandatement dans les quatre (4) mois qui suivent la date où l'arrêt est devenu définitif. Dans le cas contraire, le Comptable concerné, au vu de la grosse de l'arrêt, en assure l'exécution d'office (décret français du 7 novembre 2012).

¹⁶⁷ Art. L. 321-2 Code de la Justice Administrative.

¹⁶⁸ POUGOUE (P.-G.), « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », p. 130 et suiv. ; M'BOSSO (J.), « Le fonctionnement du centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale », (2001) *Revue camerounaise de l'arbitrage*, octobre 42; DOUJANI (G. K.), « L'Arbitrage CCJA » (1999) *Revue camerounaise de l'arbitrage*, juillet-août-septembre ; BOURDIN (R.), « Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage » (1999) *Revue*

Conclusion

Au terme de notre étude, le « mariage » entre le contrat administratif et l'arbitrage en droit OHADA ressemble en ce moment à un « mariage simulé » ou « mariage blanc », c'est-à-dire une union dans laquelle au moins un des conjoints se marie uniquement pour obtenir les avantages liés au statut de marié. Les Etats ont théoriquement adhéré et transposé l'AUA de l'OHADA pour les avantages qu'offre l'arbitrage sans toutefois vouloir s'y soumettre purement et simplement. Il subsiste encore quelques champs de tension entre l'arbitrage et le contrat administratif.

Au plan théorique, on note qu'en dépit de l'inachèvement de l'œuvre du législateur communautaire, le contrat administratif semble s'être bien accommodé du droit arbitral OHADA. Il est incontestablement saisi par l'arbitrage auquel il s'acclimate mais pas sans difficultés. En effet, en l'état actuel des législations nationales sur la commande publique, et du droit arbitral il y a lieu de dire que l'arbitrage a désormais un ancrage solide dans le droit des contrats administratifs des Etats membres de l'espace OHADA. Toutes les parties à un contrat administratif ont la faculté de se référer à la justice arbitrale pour solutionner leurs différends. L'arbitrabilité des litiges des personnes publiques est devenue une réalité tangible, ignorant le caractère exorbitant du contrat administratif et la spécificité des personnes publiques. Toutefois, il subsiste encore dans certains Etats quelques interdictions ou « îlots d'inarbitralité » se rapportant à l'ordre public (disposition des droits) et à certains contrats de commande publique pour lesquels le législateur a expressément proscrit le recours à l'arbitrage.

Du point de vue pratique, le constat est celui d'un succès mitigé. Le bilan après un quart de siècle reste décevant sur plusieurs points.

Tout d'abord, les statistiques des affaires enregistrées dans les Centres d'arbitrage mis en place au niveau national, montrent bien que ce n'est pas du tout l'affluence. Il y a comme un manque d'intérêt des acteurs publics et privés vis-à-vis de la justice arbitrale alors même que les contrats comportent généralement des clauses compromissoires. Cette situation contraste avec le confort juridique accordé à l'arbitrage dans les législations nationales. Les causes de

camerounaise de l'arbitrage, avril-mai-juin 10.

cet état de fait doivent être recherchées aussi bien dans le régime arbitral OHADA que dans les droits nationaux.

Ensuite, l'exécution des sentences arbitrales condamnant les personnes publiques demeure un véritable « chemin de croix » pour la partie privée qui a gagné le procès. A ce niveau, une double réforme paraît nécessaire. Il faut inviter, soit le législateur OHADA ou les législateurs nationaux à redéfinir la notion de l'intérêt général afin d'en préciser les contours. De même il convient de faire une mise en cohérence des dispositions relatives aux immunités d'exécution qui semblent se contredire dans les différents actes de l'OHADA, afin d'en faciliter l'application. Cette mise à jour des textes communautaires doit être accompagnée au niveau national par un cadrage des immunités d'exécution en vue de fixer des conditions pour en être bénéficiaire et surtout d'en limiter l'étendue. Toutes ces réformes faciliteraient ainsi la mise en place d'un régime d'exécution forcée sécurisant et efficace.

En somme la consécration de l'arbitralité des contrats administratifs en droit OHADA apparaît comme une œuvre inachevée. Le statu quo n'est plus tenable. L'imbroglio juridique actuellement entretenu sur les immunités d'exécution et la réserve sur la « disposition des droits » est presque totalement incompréhensible. Pire encore, chaque juriste applique sa propre grille de lecture, celle de privatiste ou celle de publiciste. De fait, la réforme de l'arbitrage des litiges des contrats administratifs est un chantier urgent, non pas uniquement pour une considération d'attractivité, mais plutôt pour apporter davantage de sécurité juridique. Les Etats doivent favoriser et accompagner l'émergence d'un droit administratif des affaires qui soit simple, harmonisé, moderne et mieux adapté à l'arbitrage¹⁶⁹, à l'Etat de droit et à la situation économique de chaque Etat¹⁷⁰. Son avènement constitue la condition sine qua non à la croissance et à l'épanouissement de l'arbitrage en droit OHADA.

¹⁶⁹ TAMEGHE KUATE (S.S.), « Les mystères des articles 50 al.1 et 51 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », op. cit., p. 212.

¹⁷⁰ ABARCHI (D.), « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant* n°842, janv-mars 2003, p.88 et s.

RENSEIGNEMENTS

1 - REDACTION / ADMINISTRATION

Diffusion / Abonnements
S'adresser à Théodore HOLO
B.P. 990 COTONOU
(République du Bénin)

2 - CONDITIONS DE VENTE

Prix du numéro : 3 000 F CFA
Abonnement annuel : - Bénin : 6 000 F CFA
Etranger (AVION) :
 . Afrique Noire : 12 000 F CFA
 . France : 25 000 F CFA
 . Europe : 30 000 F CFA
 . Autres pays : 40 000 F CFA

3 - COMPTE BANCAIRE DE LA REVUE

BANK OF AFRICA
Compte : N° 015 11 72948
Cotonou (République du Bénin)

Directeur de la Publication : Théodore HOLO

Dépôt Légal N° 2831
4^{ème} trimestre 2008

