

COLLECTION

DROIT ADMINISTRATIF
ADMINISTRATIVE LAW
SOUS LA DIRECTION DE JEAN-BERNARD AUBY

Contrats publics et arbitrage international

Par Mathias AUDIT



BRUYLANT

2 0 1 1

ARBITRAGE OHADA ET PERSONNES PUBLIQUES

PAR

OLIVIER CUPERLIER

AVOCAT AU BARREAU DE PARIS
ARBITRE AGRÉÉ PAR LE CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE
DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE PARIS (CMAP)

Sur le continent africain, l'État et ses démembrements constituent des acteurs économiques de premier plan. Ceci s'explique historiquement par le fait que pour beaucoup de ces pays, l'essentiel de leur richesse provient de leurs ressources naturelles dont l'exploitation incombe traditionnellement à l'État. De même, c'est également aux États qu'il appartient de mettre en place les infrastructures modernes (ports, routes, écoles etc.) de nature à permettre le développement économique et social de leur pays. Dans ces conditions, la demande publique, principal vecteur de développement, est forte sur le continent africain et la relative faiblesse du secteur privé oblige ses États à faire appel le plus souvent à des investisseurs étrangers. Or, on sait que ceux-ci redoutent par dessus tout, outre l'instabilité politique, l'insécurité juridique et judiciaire que l'on prête souvent à l'Afrique, ce qui peut malheureusement contribuer à y créer un « climat des affaires » assez peu propice au développement pérenne des investissements.

C'est pour remédier à cette situation – et également faire progresser l'unité africaine en vue de l'instauration, à terme, d'une « communauté économique africaine » – que quatorze puis seize (1) États africains, essentiellement de l'Afrique de l'ouest et de l'Afrique centrale, se sont unis le 17 octobre 1993 au sein du traité de Port-Louis (Île Maurice) pour créer l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires). Clairement ins-

(1) Et très bientôt dix-sept puisque le processus d'adhésion de la République Démocratique du Congo est presque achevé.

crit dans le préambule du traité, l'objectif assigné à l'OHADA par ses fondateurs est «*d'établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique*» ce qui suppose «*la mise en place dans leurs États d'un Droit des Affaires harmonisé, simple, moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises*». C'est donc dans cet esprit que huit actes uniformes (1) ont rapidement vu le jour, ceux-ci visant en réalité non pas à harmoniser mais à uniformiser le droit des seize États parties. Demeurait toutefois la question de l'effectivité de ce droit et de sa mise en œuvre.

Sur ce point, toujours dans le préambule, les États parties se déclaraient «*conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement*» (2). Dans la phrase qui suit, les États parties se disent «*désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels*» et ce avant même de se déclarer «*décidés à accomplir en commun de nouveaux efforts en vue d'améliorer la formation des magistrats et des auxiliaires de justice*». Cette faveur faite à l'arbitrage (réitérée dès l'article 1^{er} du Traité qui lui consacre d'ailleurs un titre entier) peut surprendre et trahir un scepticisme des États membres quant à leur capacité à réformer efficacement leur système judiciaire et ce malgré la création, prévue par le Traité, de l'ERSUMA (École Régionale Supérieure de la Magistrature) installée à Porto Novo au Bénin. On pourrait également voir dans cette forme de privatisation de la justice une volonté «*d'externalisation*» de la fonction juridictionnelle à des fins d'économies budgétaires (3). En réalité, il ne faut pas perdre de vue que l'objectif de modernisation du droit des affaires que s'est fixée l'OHADA est avant tout à destination d'investisseurs étrangers qu'il convient de rassurer et pour lesquels l'arbitrage constitue

(1) Ces actes uniformes, régissent le droit commercial général, les sociétés commerciales et les GIE, les sûretés, les voies d'exécution, les procédures collectives, l'arbitrage, la comptabilité des entreprises et le transport de marchandises par route.

(2) À ce titre, le préambule du Traité de Port-Louis peut se lire comme un véritable manifeste en faveur de l'analyse économique du droit!

(3) Expédient auquel certains pays occidentaux comme la France ne dédaignent pas recourir, notamment en envisageant certaines réformes à l'issue desquelles le juge, payé par l'État, serait remplacé par un notaire, payé par les parties...

le mode privilégié de règlement des litiges quand ils interviennent hors de leurs frontières.

C'est donc ainsi que l'OHADA, confrontée à la fois aux souhaits des investisseurs et à la réalité économique du continent, s'est trouvée contrainte d'organiser cette rencontre – inévitable en Afrique même si *a priori* contre nature – entre l'arbitrage et les personnes publiques. D'ailleurs, dans les faits, ainsi que l'a bien mis en relief l'exposé de Monsieur Simon GREENBERG, il est loin d'être rare que des États ou des entités publiques soient parties à une procédure d'arbitrage puisque les statistiques de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) nous apprennent qu'ils représentent entre 10 et 15 % des litigants, lesquels sont d'ailleurs le plus souvent en position de défendeurs et issus du continent africain (1). Par ailleurs, la multiplication des traités d'investissement conclus par des États africains (2) contribuera naturellement à faire de ceux-ci des acteurs de plus en plus habituels de l'arbitrage, cette fois-ci sous l'égide du Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement (CIRDI) instauré par la Convention de Washington de 1965.

En réalité, cette situation s'explique aisément par le fait qu'à y regarder de plus près, l'arbitrage constitue sans doute le seul mode de règlement des litiges véritablement acceptable par tous en matière de projets publics internationaux. En effet, s'il peut paraître de prime abord surprenant qu'un État puisse s'en remettre à des personnes privées pour régler son différend, il est sans doute encore plus délicat pour lui d'aller plaider devant une juridiction étatique étrangère; inversement, on peut aisément comprendre qu'un investisseur étranger sera très réticent à l'idée d'avoir à défendre ses intérêts devant les juridictions de l'État avec lequel il est en conflit... L'arbitrage apparaît dès lors comme le seul lieu possible de confrontation totalement neutre et, parce qu'il n'appartient pas à un ordre juridique étatique, en mesure de façonner des règles de procédure empruntant à diverses cultures juridiques de sorte qu'aucune partie ne s'y sente étrangère.

(1) V. l'exposé «ICC Arbitration & Public Contracts: The ICC Court's experience of arbitrations involving states and state entities», publié dans ce *Recueil*, la CCI étant la principale institution d'arbitrage du commerce international.

(2) Le Sénégal a par exemple signé douze nouveaux Traités Bilatéraux d'Investissement (TBI) depuis 1993.

Ne pouvant ignorer cette réalité de la vie des affaires internationales, il appartenait donc à l'OHADA de la réglementer voire d'essayer de l'acclimater à l'Afrique en créant un centre d'arbitrage alternatif à celui de la CCI. Nous allons donc examiner comment l'OHADA a traité, du point de vue de l'arbitrage, la question de la résolution des conflits mettant en cause des personnes publiques (I) avant de s'interroger de manière plus générale sur l'exécution des décisions dans l'espace OHADA à l'encontre des États et personnes publiques (II).

I. – LES DISPOSITIONS DE L'OHADA EN FAVEUR DE L'ARBITRAGE POUR LES PERSONNES PUBLIQUES

Lorsque l'on parle d'arbitrage OHADA, il faudrait en fait toujours préciser de quel arbitrage il est question. En effet, l'arbitrage issu de l'OHADA présente un dualisme assez original en ce que celle-ci a mis en place, d'une part, par un Acte Uniforme du 11 mars 1999, un droit commun de l'arbitrage applicable dans les seize États-parties et, d'autre part, un centre d'arbitrage institutionnel sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). Cet arbitrage institutionnel obéit à des règles spécifiques issues du Traité et complétées par le règlement d'arbitrage de la CCJA. Il en résulte que la CCJA, créée par le Traité et installée à Abidjan, constitue une institution originale – que révèle d'ailleurs en partie son appellation – appelée à jouer à la fois le rôle d'un Centre d'arbitrage et celui d'une juridiction, chargée de veiller à la bonne application du Traité et des Actes Uniformes mais aussi de contrôler la validité et de conférer l'exequatur aux sentences rendues sous son égide.

Dans ces conditions, s'il était sans doute important que l'Acte Uniforme favorise la participation des personnes publiques à des procédures d'arbitrage (A), il a semblé tout aussi important aux concepteurs de l'OHADA de tenter d'apporter avec la création d'un arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA, une réponse adaptée pour traiter notamment des conflits pouvant naître à l'occasion de contrats internationaux conclus par des personnes publiques (B).

A. – *L'aptitude des personnes publiques
à participer à un arbitrage en vertu de l'Acte Uniforme*

L'Acte Uniforme du 11 mars 1999 sur l'arbitrage – qui constitue donc le droit de l'arbitrage des seize États parties – pose en trente-six articles les grands principes du droit de l'arbitrage allant de son champ d'application à la question de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale en passant par les règles applicables à l'instance arbitrale. De facture récente, l'Acte Uniforme s'inspire assez largement du droit français de l'arbitrage international (plus libéral que le droit interne) qu'il modernise toutefois en intégrant les dernières évolutions jurisprudentielles ainsi que les apports d'autres droits ou de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

L'Acte Uniforme qui, selon son article I^{er} «*a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties*» s'applique de manière extrêmement large à tout «*différend contractuel*» sans avoir égard au caractère civil ou commercial, interne ou international, privé ou public du contrat à l'origine du litige (1).

Dans son chapitre I^{er} consacré à son champ d'application, l'Acte Uniforme énonce dès l'article 2 que :

«Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.»

«Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage.»

Il s'agit clairement d'une règle matérielle qui se trouve ainsi fermement posée : les litiges impliquant des États ou des personnes publiques peuvent faire l'objet d'un arbitrage. Ainsi, dès lors qu'ils ont consenti à une clause compromissoire, ceux-ci ne peuvent ensuite valablement tenter de se soustraire à l'arbitrage en invoquant la nullité de la clause au motif notamment qu'ils auraient été, d'un point de vue statutaire, dans l'incapacité d'y souscrire.

C'est une importante innovation du droit OHADA car la grande majorité des législations antérieures des États parties posait le principe inverse de la prohibition sauf habilitation spécifique. Dès lors,

(1) Pour un exposé complet, Philippe LÉBOULANGER, «L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», *Revue de l'arbitrage*, 1999, pp. 541 et s.

dans la mesure où les législations antérieures ne subsistent que pour autant qu'elles ne sont pas contraires au droit OHADA, toute ancienne disposition entravant l'accès à l'arbitrage à une personne publique doit être considérée comme abrogée. De même, toute réglementation postérieure d'un État partie contraire aux dispositions de l'article 2 de l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage devrait être écartée (1). De surcroît, s'agissant d'une règle matérielle excluant l'application du droit interne de la personne publique concernée (2), celle-ci ne pourra en tout état de cause pas invoquer le droit du pays dont elle dépend pour résister à l'application de la clause compromissoire.

S'il est vrai que l'aptitude des personnes publiques à compromettre, affirmée dès 1966 par la Cour de cassation française pour des opérations du commerce international (3), est désormais très largement admise en matière internationale, il ne faut pas perdre de vue que le principe posé par l'article 2 ne se limite pas à l'arbitrage international mais s'applique tout autant à l'arbitrage interne, également régi par l'Acte Uniforme. Dès lors, une convention de concession de service public purement interne pourrait tout à fait comporter une clause d'arbitrage, à supposer toutefois que l'État soit disposé à consentir à une telle clause, que rien, dans un contexte strictement national, ne l'oblige à conclure... (4).

S'agissant des personnes publiques concernées, le texte évoque : «*Les États, les collectivités territoriales ainsi que les Établissements publics*». Certains commentateurs considèrent que «*s'agissant d'une exception à un principe de droit public, elle doit être d'interprétation stricte et ne pas s'appliquer aux catégories de personnes morales non citées par l'Acte Uniforme (Groupement d'intérêt public, par exemple)*» (5).

(1) Cf. l'article 10 du Traité tel qu'interprété par la CCJA dans son avis 001/2001/EP du 30 avril 2001. En ce sens, B. MARTON et autres, «Le droit uniforme des affaires issu de l'OHADA», 2^{ème} édition, *LexisNexis*, n^{os} 89 et s.

(2) Et ce conformément au principe de la double autonomie de la clause compromissoire tel qu'exprimé à l'article 4 de l'Acte Uniforme.

(3) Arrêt *Galakis*, Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1966, *Bull. civ.*, I n^o 256.

(4) Sur l'utilisation des conventions de concession de service public dans les projets internationaux, v. Olivier FILLE-LAMBIE et Jean-Marc LONCLE, «L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public – Aspects de droit français et de droit OHADA», *RDAI*, 2003, n^o 1, pp. 3 et s.

(5) En ce sens, Joseph ISSA-SAYEGH, «Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA», *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 22.

Par ailleurs, on peut peut-être également imaginer une limite spécifique à l'arbitrabilité objective des litiges concernant des personnes publiques. En effet, il est classiquement admis qu'un justiciable ne peut opter pour la justice arbitrale que pour faire trancher un litige relatif à «*des droits dont [il a] la libre disposition*» comme le rappelle d'ailleurs l'article 2 alinéa 1 de l'Acte Uniforme. Si pour les personnes de droit privé, on sait qu'il s'agit essentiellement de ses droits patrimoniaux (1), l'approche peut s'avérer plus délicate s'agissant d'une personne publique. Par exemple, faut-il considérer qu'elle a nécessairement la libre disposition de ses droits lorsque ceux-ci concernent le domaine public ?

Il appartiendra donc à la CCJA, quand elle sera appelée à se prononcer sur la question de l'interprétation de l'article 2 de l'Acte Uniforme, de définir le champ d'application de ce texte.

La création par l'Acte Uniforme d'un droit de l'arbitrage moderne et commun aux seize États parties constitue assurément une avancée capitale pour le développement de l'arbitrage dans cette région du monde (2) ainsi que pour l'essor des Centres régionaux d'arbitrage tels que ceux existant à Dakar ou Abidjan. Cela étant, sa «*vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties*» (article 1^{er}) ainsi que ses renvois multiples au «*juge compétent dans l'État partie*» tendent à confiner l'application de l'Acte Uniforme à des arbitrages locaux et ne lui permettent pas de répondre, à lui seul, aux préoccupations des investisseurs internationaux.

C'est ce qui explique la volonté des concepteurs de l'OHADA de faire de la CCJA un véritable centre d'arbitrage international fonctionnant en «*circuit fermé*» (3).

B. – *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ou la tentative de création d'un arbitrage détaché des juridictions étatiques*

Les opérateurs du commerce international font le choix de l'arbitrage pour éviter d'être confrontés à une justice étatique nationale

(1) Par opposition aux droits extra patrimoniaux relatifs par exemple à l'état des personnes.

(2) Beaucoup des pays de l'OHADA étaient auparavant dotés d'une législation obsolète sur le sujet, quand ils en avaient une.

(3) L'expression est de Philippe FOUCHARD, «Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage», *Les Petites Affiches*, numéro spécial, 13 octobre 2004, pp. 52 et s.

dont ils craignent, à tort ou à raison, qu'elle aura tendance à favoriser ses ressortissants, qu'elle méconnaîtra les principes du commerce international ou encore, qu'elle ne pourra qu'être source de lenteurs et de publicité négative. Ces raisons sont encore plus prégnantes en présence d'un contrat public international dont les enjeux peuvent être très importants et où une des parties n'est pas tout à fait un justiciable comme un autre. Il s'agit donc de limiter au maximum les points de contact avec le juge étatique, notamment en recourant à l'arbitrage institutionnel dans lequel le centre d'arbitrage, à l'instar du juge d'appui, peut régler rapidement les questions pouvant se poser en cours de procédure arbitrale (difficultés de constitution du Tribunal arbitral, prorogation de délais etc.).

Pour ce qui demeure immanquablement du ressort du juge étatique (l'exequatur de la sentence rendue et la question éventuelle de sa validité), il importe là aussi aux parties d'avoir affaire à un juge impartial, compétent et diligent.

C'est précisément pour répondre à ces légitimes préoccupations que le Traité OHADA en créant la CCJA a eu l'idée de conférer à celle-ci deux fonctions totalement distinctes (pour ne pas dire antinomiques). En effet, dans sa fonction première et classique, la CCJA intervient en tant que cour suprême régulatrice chargée de permettre, par ses avis et ses décisions, une interprétation et une application uniformes du Traité et des Actes Uniformes au sein des États-membres de l'OHADA (article 14 du Traité).

En sus de cette fonction juridictionnelle, et c'est là que réside l'originalité de l'institution, le Traité, explicité sur ce point par le règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 (1), a également attribué à la CCJA des fonctions administratives dévolues à un centre d'arbitrage. Ainsi la Cour est-elle appelée à intervenir en tant que Centre d'arbitrage dès lors que les parties à un contrat l'ont prévu soit par une clause compromissoire, soit par un compromis. Pour autant, contrairement à la vocation universelle de la CCI dont elle constitue pourtant une alternative concurrente, l'arbitrage sous l'égide de la CCJA limite son champ d'intervention aux «différend[s] d'ordre contractuel» dans lesquels «soit l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États parties,

(1) Assez largement inspiré de celui de la CCI et adopté, comme l'Acte Uniforme sur l'arbitrage, par décision du Conseil des ministres de l'OHADA du même jour.

soit le contrat est exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États parties» (cf. article 21 du Traité qui prend la peine de préciser que ce n'est pas la CCJA qui tranche elle-même les différends qui lui sont soumis, mais bien le Tribunal arbitral, dont par ailleurs elle nomme ou confirme les arbitres et examine les projets de sentence).

Enfin, en matière d'arbitrage administré par ses soins, la CCJA dispose d'attributions juridictionnelles spécifiques faisant d'elle d'une part, un juge de l'exequatur seul habilité à donner force exécutoire à la sentence dans tous les États parties, d'autre part, un juge appelé à statuer, s'il en est requis, sur la validité de la sentence rendue.

Ainsi, l'OHADA propose-t-elle aux litigants un arbitrage intégré unique au monde dans lequel la CCJA est à la fois chargée d'administrer une procédure d'arbitrage et de trancher sur le champ – au même titre que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI – les questions pouvant se présenter pendant son déroulement (par exemple, en matière de récusation d'arbitres) puis, une fois la sentence rendue, dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles, de lui conférer l'exequatur puis enfin, de statuer, le cas échéant, sur sa validité.

Dès lors, l'arbitrage institutionnel proposé par la CCJA se présente comme une solution acceptable pour des investisseurs internationaux pouvant ainsi disposer au sein de la même institution :

- d'un centre d'arbitrage bénéficiant d'un règlement d'arbitrage performant et de magistrats expérimentés en mesure d'administrer dans de bonnes conditions une procédure d'arbitrage;
- d'une juridiction de haut niveau dont le caractère supra étatique permet d'une part, de présenter tout gage d'indépendance vis-à-vis d'un État ou d'une personne publique partie à l'arbitrage, d'autre part, de conférer un «exequatur communautaire» aux sentences arbitrales rendues sous son égide lesquelles deviennent ainsi exécutoires dans les seize États parties ce qui constitue un gain appréciable de temps et d'argent.

Il convient toutefois de relever à ce stade que l'Acte Uniforme sur l'arbitrage ne s'appliquera pas nécessairement à une procédure d'arbitrage se déroulant sous l'égide de la CCJA, les parties ayant pu lui préférer une autre loi ou fixer le siège du Tribunal arbitral.

hors de l'espace OHADA (1). Or, et on peut s'en étonner compte tenu de l'objectif poursuivi, ni le Traité, ni le règlement d'arbitrage de la CCJA ne comporte de disposition équivalente à celle de l'article 2 de l'Acte Uniforme relative aux personnes publiques. C'est dire que dans cette hypothèse, les parties devront s'en remettre à la décision du Tribunal arbitral statuant sur sa compétence (généralement dans un sens plutôt favorable à l'arbitrage...) sous le contrôle de la CCJA à laquelle, si elle était saisie d'une action en nullité de la sentence de ce chef, il appartiendrait de forger une règle matérielle sur la question, laquelle pourrait s'inspirer tant de la jurisprudence internationale que de l'Acte Uniforme qui en constitue une forme de consécration...

Il reste donc à la CCJA (qui est encore une institution jeune (2)) d'apporter la preuve de la pertinence et de l'efficacité de ce nouveau type d'arbitrage et de faire taire les critiques des observateurs (3) qui, à sa naissance, étaient très circonspects quant à sa capacité à exercer en toute indépendance ses différentes attributions qui peuvent ainsi l'amener, en tant que juridiction, à contrôler la validité des sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage dont elle aura réglé les éventuels incidents de procédure et examiné préalablement le projet de sentence (4)...

Enfin, on sait que l'efficacité de tout processus juridictionnel dépend également de la bonne exécution de la décision qui en est le résultat. Pendant longtemps, l'arbitrage a pu se targuer d'un bon taux d'exécution spontanée, avec toutefois peut-être une réserve s'agissant des personnes publiques pouvant se prévaloir d'immunités... Il est donc intéressant d'examiner si l'OHADA a su se montrer également novatrice sur cette question et, à défaut, de rechercher si des réponses ne pourraient pas être trouvées dans les spécificités de l'arbitrage.

(1) Un tel choix pouvant par ailleurs être source de conflit de juridictions pour la détermination du juge de recours compétent.

(2) Selon les chiffres communiqués par son greffe, au 31 décembre 2009, la CCJA avait enregistré trente-trois requêtes et quinze sentences arbitrales (dont trois partielles) avaient été rendues sous son égide.

(3) Parmi ces observateurs, Joseph ISSA-SAYEGH, article précité, Philippe FOUCHARD, *ibid.*, et Philippe LÉBOULANGER, *ibid.*

(4) Projet sur lequel elle ne peut proposer que des «*modifications de pure forme*» (article 24 du Traité); le règlement d'arbitrage de la CCI prévoit une disposition similaire – Sur un exemple récent de discordance entre une décision de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et le juge étatique en matière d'indépendance d'un arbitre, v. Cour d'appel de Paris, 12 février 2009, *Avax c. Tecnimont*, *Rev. arb.*, 2009, p. 186, obs. Th. CLAY.

II. — L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS À L'ENCONTRE DES PERSONNES PUBLIQUES DANS L'ESPACE OHADA

On peut en effet distinguer quatre étapes dans le processus arbitral : la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis, la participation à l'arbitrage, l'exequatur de la sentence et enfin, son exécution.

L'article 2 al. 2 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage examiné ci-dessus règle les deux premières questions : *i*) une personne publique peut valablement compromettre et *ii*) elle ne peut ensuite invoquer une quelconque immunité de juridiction pour tenter d'échapper à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage à son encontre.

On sait toutefois que si la conclusion d'une convention d'arbitrage vaut renonciation à l'immunité de juridiction, elle ne vaut pas renonciation à l'immunité d'exécution dont peuvent se prévaloir États et personnes publiques (1).

Notre époque s'accommode mal des immunités qui s'apparentent à des barrières protégeant un enclos au sein duquel la justice ne saurait pénétrer. Pourtant, même si cet enclos tend à rétrécir avec le temps, les immunités d'exécution demeurent encore vivaces et ce malgré l'évolution du rôle de l'État et des personnes publiques qui quittent de plus en plus volontiers leurs fonctions régaliennes pour se comporter en véritables opérateurs économiques.

Cette question est particulièrement sensible en matière internationale où l'État est nécessairement perçu par les sociétés étrangères davantage comme un partenaire économique que comme un souverain.

Il convient donc d'étudier dans un premier temps comment cette question a été traitée dans l'espace OHADA, au regard à la fois de la place particulière de l'État dans l'économie africaine et des attentes de sécurité des investisseurs étrangers (A) avant d'examiner si les spécificités de l'arbitrage ne peuvent permettre d'aboutir à des solutions plus adaptées aux exigences du commerce international.

(1) LAMY, *Droit de l'exécution forcée*, n° 725-55.

A. – *Les immunités d'exécution bénéficiant
aux personnes publiques dans l'espace OHADA*

La question des immunités est par nature éminemment territoriale pour ne pas dire nationale (1). Elle exprime la protection qu'un État est prêt à accorder sur son territoire aux biens lui appartenant ainsi qu'à ceux appartenant à certaines catégories de personnes. Ce faisant, il assure d'une certaine manière sa propre protection mais également celle des biens de ses homologues étrangers présents sur son territoire.

Cela étant, la volonté de rénovation et d'uniformisation exprimée par l'OHADA imposait à celle-ci de s'emparer du sujet afin de fixer les principes applicables dans un espace juridique élargi à seize États parties.

Ainsi, l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 (2) sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution pose-t-il en principe dans son article 30 que :

«L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution».

Comme l'article 1^{er} alinéa 3 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution dont il est la reprise, ce texte se garde bien de définir les bénéficiaires de cette immunité; cela étant, en énonçant immédiatement après ce principe que *«toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité»*, on croit pouvoir comprendre que les personnes publiques et entreprises publiques sont naturellement les principales bénéficiaires du principe, dont la possibilité d'opposer une compensation constitue l'exception...

Une telle interprétation, prévoyant notamment le bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques, semblait contraire aux objectifs du Traité visant à favoriser la sécurité juri-

(1) Ainsi que le rappelle d'ailleurs la Convention de Washington de 1965 créant le CIRDI qui, tout en instaurant un système d'exequatur simplifié des sentences arbitrales, tient, par son article 55, à réserver aux lois nationales le règlement de la question de l'immunité d'exécution des États; tel était sans doute à l'époque le prix à payer pour le succès de cette convention aujourd'hui ratifiée par 144 États.

(2) Adopté donc antérieurement à l'Acte Uniforme sur l'arbitrage du 11 mars 1999.

dique et judiciaire dans le but de renforcer les investissements; de surcroît, elle pouvait même constituer un recul pour certains États qui avaient pris le soin d'aligner le régime des entreprises publiques sur celui des entreprises privées y compris sur ce point (1).

Las, par un arrêt du 7 juillet 2005 (2), la CCJA a tranché la question en jugeant que l'entreprise publique Togo Telecom (condamnée par la chambre sociale de la Cour d'appel de Lomé à payer diverses sommes au profit d'anciens salariés) pouvait bénéficier d'une immunité d'exécution sur le fondement de l'article 30 de l'Acte Uniforme et a ordonné par conséquent la mainlevée des saisies pratiquées sur ses comptes bancaires.

Cette décision de la CCJA, prononcée dans une affaire purement interne au Togo, s'inscrivait malheureusement dans une tradition selon laquelle en Afrique les juges nationaux se posent en défenseurs des immunités d'exécution en faveur de l'État et des entreprises publiques (3). Ce faisant, elle lançait malheureusement un signal perçu de manière négative par les milieux d'affaires africains et internationaux appelés à contracter avec des personnes publiques pouvant ainsi se prévaloir à leur encontre de cette jurisprudence.

Cette position de la CCJA est d'autant plus regrettable qu'elle ne cherche pas même à atténuer les effets de l'immunité d'exécution en limitant celle-ci aux biens strictement affectés à une mission de service public afin de permettre la saisie des biens affectés à une activité économique. Cette distinction, assez largement répandue en jurisprudence en matière internationale (4), a été récemment reprise par la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (5).

On pourrait dès lors craindre que les efforts réalisés (notamment, comme on l'a vu supra, dans le domaine de l'arbitrage) par les

(1) V. notamment la loi togolaise 90-26 du 4 décembre 1990; en ce sens Coffi Alexis AQUAREBURU, «L'État justiciable de droit commun dans le traité OHADA», *Recueil Penant - Revue Trimestrielle de Droit Africain*, 2008, n° 865, p. 503.

(2) Arrêt du 43/2005 du 7 juillet 2005, *Recueil Penant - Revue Trimestrielle de Droit Africain* 2007, n° 860, pp. 305 et s., obs. de Filiga Michel SAWADOGO.

(3) V. par exemple, deux décisions des juridictions camerounaises de 1998 et 2000 publiées à la *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, 2002, n° 18, pp. 13 et 14.

(4) V. notamment la jurisprudence française rendue en matière internationale, Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1984, *Eurodif*, *JCP G*, 1984, II, 20205, note SYNVER; principe désormais exprimé par la distinction entre les actes d'autorité de l'État (*jure imperii*) et ses actes de gestion (*jure gestionis*).

(5) Cf. article 19 de la Convention, laquelle n'est pas encore entrée en vigueur faute d'un nombre suffisant de ratifications.

concepteurs de l'OHADA soient mis à mal par une conception par trop extensive et surannée de l'application des immunités d'exécution.

Sans doute s'agit-il d'une question sur laquelle devra se pencher l'OHADA à l'occasion de la révision des Actes Uniformes qui s'annonce.

B. — *Vers une restriction
des immunités d'exécution en matière d'arbitrage?*

Tout d'abord, il convient de relever que tant l'Acte Uniforme sur l'arbitrage que le titre IV du Traité OHADA consacré à l'arbitrage sont totalement muets sur la question des immunités d'exécution (1). La question relevant traditionnellement des règles gouvernant les procédures d'exécution, la sentence arbitrale, même parfaitement reconnue dans l'ordre juridique d'un État membre de l'OHADA et dotée d'une autorité égale à celle des jugements rendus par les juridictions étatiques ainsi que le rappelle l'article 25 du Traité, risque de se heurter dans l'espace OHADA, au même titre qu'une décision judiciaire, au principe posé par l'article 30 de l'Acte Uniforme sur les voies d'exécution.

Or, l'assimilation d'une sentence arbitrage à une décision d'une juridiction étatique ne doit pas faire perdre de vue l'origine conventionnelle de l'arbitrage qui suppose que celui qui s'y soumet ait préalablement donné son accord.

Ainsi, cette dualité, mêlant souplesse contractuelle et rigueur juridictionnelle, peut-elle peut-être permettre d'envisager des solutions spécifiques en matière d'immunités d'exécution ainsi que l'a d'ailleurs fait la jurisprudence française dont l'examen peut ouvrir des pistes intéressantes pour le droit OHADA.

En effet, dans une affaire opposant l'État Tunisien à une société française, 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'État tunisien a ainsi accepté les règles du droit commun du commerce international; qu'il a, par là même, renoncé à son immunité de juridiction et, les*

(1) De même que la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

conventions devant s'exécuter de bonne foi, à son immunité d'exécution» (1).

Sans reprendre expressément ces attendus très généraux qu'elle considérait peut-être un peu excessifs à l'époque, la Cour de cassation française est arrivée au même résultat dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI. En effet, la haute juridiction s'est appuyée sur l'article 24 (2) du règlement d'arbitrage de la CCI – prévoyant que «*par la soumission de leur différend à l'arbitrage de la CCI, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir*» – pour considérer que la participation d'une partie à un arbitrage régi par un règlement comportant une telle clause valait renonciation à son immunité d'exécution (3); dès lors, la sentence arbitrale pouvait faire l'objet d'une exécution forcée à l'encontre de la partie publique condamnée.

À cet égard, il convient de relever que le règlement d'arbitrage de la CCJA ne prévoit pas de disposition équivalente. En effet, l'article 27-2 de celui-ci disposant que «*les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'une exécution forcée [...]*» peut difficilement être assimilé à une quelconque renonciation, même implicite, à une immunité d'exécution.

Pour autant, certains auteurs considèrent qu'en réalité, il n'est nul besoin de disposition d'un règlement d'arbitrage en ce sens pour considérer que la sentence arbitrale doit être exécutée par la partie condamnée, cette obligation d'exécution découlant de la force obligatoire de la convention d'arbitrage (4).

Par ailleurs, on peut également imaginer que le développement de la théorie de *l'estoppel* en matière d'arbitrage amènera peut-être à considérer qu'il y a une contradiction à consentir à une clause com-

(1) Rouen, 20 juin 1996, *Rev. arb.*, 1997, p. 263, note critique GAILLARD.

(2) Devenu l'article 28-6 légèrement modifié dans le nouveau règlement de la CCI applicable depuis le 1^{er} janvier 1998.

(3) Dans un premier temps, Cass. Com., 9 juillet 1992, *Cote d'Ivoire c. Beyrard*, *Rev. arb.*, 1994, p. 133 note Ph. THÉRY; puis de manière plus explicite, 1^{ère} Civ., 6 juillet 2000, *Creighton Ltd c. Min. Fin. de l'État du Qatar*, *Rev. arb.*, 2001, p. 130, note Ph. LÉBOULANGER.

(4) En ce sens, Gaston KENFACK DOUJANI dans *l'exécution forcée contre les personnes morales de droit publiques dans l'OHADA*, *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, 2002, n° 18 et Ph. LÉBOULANGER dans ses commentaires, sous 1^{ère} Civ., 6 juillet 2000 et plus encore sous l'arrêt de la Cour de renvoi qui semble davantage se fonder sur la force obligatoire de la clause compromissoire que sur le règlement de la CCI: Paris, 12 décembre 2001, *Rev. Arb.*, 2003, p. 417, note Ph. LÉBOULANGER.

promissaire et à refuser d'exécuter la sentence défavorable découlant de la mise en œuvre de cette clause (1).

Enfin, pour être complet, il faut relever que la mise en œuvre de la théorie des émanations d'État – permettant d'exécuter contre une entité publique dépourvue d'indépendance fonctionnelle et d'un patrimoine propre une décision rendue contre l'État lui-même – est sans doute de nature à faciliter l'exécution à l'encontre des États, même si ces émanations bénéficient elles aussi d'immunités d'exécution limitées aux biens affectés à des activités relevant d'une mission de service public (2).

Cela étant, en l'état de la jurisprudence et des dispositions du droit de l'OHADA, la solution la plus simple et la plus sûre consiste sans doute à faire expressément renoncer l'État (ou la personne publique) cocontractant au bénéfice de son immunité d'exécution au moment où il consent à une clause compromissaire ou à un compromis. D'ailleurs, cette renonciation n'emporte pas nécessairement pour son bénéficiaire la possibilité de saisir tous les biens de l'État condamné, mais uniquement ceux affectés à l'exercice de son activité économique et commerciale, ses biens par exemple consacrés au fonctionnement de son activité diplomatique, demeurant ainsi préservés (3).

Ainsi, la question de l'exécution des sentences arbitrales semble-elle désormais se déplacer du terrain de l'immunité à celui de la définition des biens saisissables (4).

Pour conclure, on ne peut que louer l'OHADA d'avoir su moderniser le droit de ses États membres en intégrant les besoins de la pratique des affaires tels qu'exprimés par les investisseurs internationaux. Ainsi, l'ouverture de l'arbitrage aux personnes publiques leur permet-elle, en toute sécurité juridique, de poursuivre ce rôle d'acteur économique majeur dans le développement de leur pays. À

(1) Sur des applications récentes de la théorie de l'estoppel en matière d'arbitrage international, Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 2009, *D.*, 2009, A.J. 1422 obs. X. DELPECH; 3 février 2010, *D.*, 2010, A.J. 448, obs. X. DELPECH.

(2) En dernier lieu, Cass., 1^{ère} civ., 6 février 2007, *Société Nationale des Pétroles du Congo (SNPC)*, *Rev. arb.*, 2007, 484, note L. FRANC-MENGET; et 1^{ère} civ., 14 novembre 2007, *Société Nationale des Hydrocarbures (SNH)*, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2008, 303, note M. AUDIT.

(3) En ce sens, dans un cas où l'État avait renoncé à son immunité d'exécution, CA Paris, 10 août 2000, *Ambassade de Russie c. Noga*, *Rev. arb.*, 2001, p. 130, note Ph. LÉBOULANGER.

(4) En ce sens, GAILLARD et LÉBOULANGER, notes précitées, ainsi que la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 qui dresse une liste des biens en tout état de cause insaisissables.

cet égard, on ne peut que regretter que l'Acte Uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution demeure en retrait sur la question des immunités d'exécution et puisse de ce fait constituer un frein à une nécessaire coopération entre entités publiques et secteur privé.