

REVUE BENINOISE DES SCIENCES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES

R.B.S.J.A. N° 47

Année 2023

Sommaire

DOCTRINE :

- **Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE**

Les garanties du procès équitable à l'épreuve des modes alternatifs de règlement de conflits (Page 5)

- **Abdoulaye GOUNOU SALIFOU**

La loi N°2021-14 du 20 décembre 2021 portant code de l'administration territoriale et le principe de la libre administration des Collectivités locales au Bénin (Page 39)

- **Enagnon Gildas NONNOU**

L'impérativité du devoir de fidélité entre époux en droit positif béninois (Page 85)

- **SOUNON TAMOU Abdou Soumaïla**

Réflexion sur l'exclusion des immeubles par destination des sûretés OHADA (Page 131)

- **Relwendé Louis Martial ZONGO**

La force majeure dans le droit constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone (Page 167)

- **Zeinaba Kane**

Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Afrique francophone. Les cas du Bénin, du Cameroun et du Sénégal (Page 203)

LEGISLATION :

Loi n° 2022-32 du 20 décembre 2022 portant code de la nationalité béninoise (Page 239)

JURISPRUDENCE :

Décision DCC 22-274 du 28 juillet 2022 (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

**LES GARANTIES DU PROCES EQUITABLE A L'EPREUVE DES
MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DE CONFLITS**

Par

Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE

Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE
Maître de Conférences, Agrégé des Facultés de Droit
Enseignant-Chercheur UAC, BENIN

SOMMAIRE

Introduction	9
I- L'insatisfaisante mise en œuvre des garanties du procès équitale au seuil du procès arbitral	13
A- Les atteintes au droit d'accès à la justice	13
1-Des atteintes déduites des difficultés d'accès à la justice arbitrale.....	14
2-Des atteintes déduites des difficultés d'appréciation de la volonté des parties	17
B- Les atteintes au principe d'égalité des parties	19
1-L'arbitrage multipartite comme germe d'inégalité entre les parties.....	20
2-Une atteinte déduite des règles de saisine du tribunal arbitral ...	23
II- L'insatisfaisante mise en œuvre des garanties du procès équitale au cœur du procès arbitral	26
A- Les atteintes aux droits de la défense	26
1-Des atteintes déduites du traitement réservé à l'exception d'inconstitutionnalité	27
2-Des atteintes déduites du traitement de l'exception de faux pendant l'instance arbitrale	30
B- Les atteintes au droit à l'exécution des décisions de justice	32
1-Les immunités d'exécution comme entorses au droit d'exécution des décisions de justice	32
2-L'inefficacité des aménagements aux immunités d'exécution ...	35
Conclusion	37

Introduction

Tout justiciable a droit à un procès juste et équitable. Cette maxime s'est progressivement imposée, d'abord, en matière pénale¹ puis, en matière civile². Si de nombreux textes³ la corroborent aujourd'hui, c'est qu'il existe sans doute un droit du procès équitable, droit objectif du droit subjectif à un procès équitable, qui serait « *une formalisation d'un modèle universel d'administration de la justice* »⁴, ce, indépendamment de la matière et de la forme de justice devant laquelle on se trouve.

Autant préciser qu'en matière commerciale, l'internationalisation du commerce a considérablement ravivé le recours à une nouvelle forme de justice connue sous le vocable de Modes Alternatifs de Règlement de Conflits (MARC). Cette nouvelle forme de justice s'anime parallèlement aux côtés de la justice étatique, « *engorgée et malmenée* »⁵ en dépit des garanties qu'elle présente, notamment de par les principes directeurs qui la régissent. En admettant l'existence d'un modèle universel d'administration de la justice, consacré et concentré autour de standards, de principes directeurs communs liés à la tenue de tous procès, il est légitime de se demander si les MARC, situés au confluent du conventionnel et du juridictionnel⁶, respectent les exigences imposées en matière de

¹ L'idée d'un droit à un procès équitable est un principe qui trouve d'abord ses fondements en procédure pénale.

² En principe, les exigences du procès équitables s'appliquent de manière générale à tous les contentieux civils, avec quelques exceptions près. En tout état de cause, elles induisent les droits suivants :

- **accès** (à la fois physique et procédural) **à un tribunal** ;
- **représentation en justice** dans les affaires civiles ;
- **droit de participer effectivement**, par exemple par le biais d'une procédure contradictoire dans laquelle les preuves dont dispose l'une des parties sont divulguées à la partie adverse et l'égalité des armes est garantie, c'est à dire que chacune des parties a véritablement la possibilité de présenter sa position ;
- **obligation pour les juges de tenir pleinement compte et sur un pied d'égalité les deux parties à l'affaire** ;
- **droit à un jugement/une décision motivé(e)** ;
- **droit d'exécuter un jugement civil en temps utile et de manière effective** ;

³ Voir notamment : DUDH, art. 10 ; Conv. EDH, art. 6, §1^{er} ; Charte UE, art. 47 ; PIDCP, art. 14, §1^e

⁴ GUINCHARD (S.), BANDRAC (X.) et Alii, Droit processuel, Droit commun du procès, 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, 2001, p.279 et s.

⁵ ZATTARA-GROS (A-F), « Arbitrage et procès équitable dans la zone sud-ouest de l'Océan indien », in : *Revue internationale de droit comparé*, année 2007, 59-3, pp. 595-616

⁶ Voir JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 101

justice. Cette question suscite une réflexion sur la mise en œuvre des garanties du procès équitable à l'épreuve des Modes Alternatifs de Règlement de Conflits.

Il y-a-t-il un mariage réussi ou, plutôt, un divorce consommé entre les garanties du procès équitable et les Modes Alternatifs de Règlement de Conflits ? Mieux, quelle est la place des garanties du procès équitable dans les Modes Alternatifs de Règlement de Conflits ? Avant de répondre à ces préoccupations, rappelons que la notion de procès équitable revêt une acception extrêmement large qui s'est déployée, comme l'enseignait Serge GUINCHARD, « *sous la forme d'un véritable triptyque, dont le panneau central est le droit à un bon juge – droit à un procès équitable au sens strict – auquel viennent s'ajouter, en amont, le droit d'accès à un juge et, en aval, le droit à l'exécution des décisions de justice* »⁷. C'est sous cette forme qu'il faudra en effet analyser les dispositions de l'article 10 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Autant préciser que les garanties du procès équitable peuvent varier d'une matière à une autre. Par exemple, certains droits au sein de ces garanties restent intrinsèquement liées au procès pénal, tels que le droit d'être présumé innocent⁸. D'autres, tels que le droit d'accès à la justice, le droit à l'égalité devant la justice, les droits de la défense ainsi que le droit à l'exécution des décisions de justice, restent communs à toutes procédures judiciaires.

Les Modes Alternatifs de Règlement de Conflits (MARC) ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR) selon la terminologie anglo-saxonne, sont des mécanismes amiables placés en regard des systèmes mis en place par les États pour le règlement judiciaire d'un différend. Dans l'espace OHADA, ces mécanismes connaissent aujourd'hui un engouement croissant, certainement en raison de leurs qualités propres qui cadrent avec les objectifs de l'OHADA⁹ à savoir :

⁷ GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », in : « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du 3e millénaire », *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, n° 41 et s., 2000, pp.1135-1311

⁸ A. J. v. G. c. Pays-Bas, Comité des droits de l'homme (HRC), Communication 1142/2002, UN Doc CCPR/ C/77/D/1142/2002 (2003), par. 5.7. Dans cette affaire par exemple, la demande du requérant d'après laquelle il lui avait été refusé le droit de bénéficier de peines plus légères prévues par la loi, en violation de l'article 15 du PIDCP, a été rejetée par le Comité des droits de l'homme, notant que cette disposition se rapporte à des infractions pénales, tandis que la demande du requérant était relative à une procédure concernant la garde des enfants

⁹ Aux termes de l'article 1er du Traité, l'OHADA « a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures

faciliter l'activité des entreprises et garantir la sécurité juridique des activités économiques. Au regard de ces qualités, les MARC ont réussi à avoir toutes les faveurs du législateur OHADA.

Cependant, s'il est vrai que tous les MARC (essentiellement la médiation, la conciliation et l'arbitrage) connaissent actuellement un grand succès dans la pratique et suscitent l'intérêt grandissant de la doctrine¹⁰, il n'est pas moins vrai que l'arbitrage se démarque nettement parmi ceux-ci. Il est vu comme le mode normal de règlement des litiges¹¹ relevant du commerce international. Ceci justifie donc qu'on s'y attarde dans nos développements plutôt que les autres MARC sus cités.

L'histoire nous enseigne que l'arbitrage doit son extraordinaire prospérité au développement de politiques étatiques favorables à son égard¹². Pourtant, convient-il de le rappeler ici, une méfiance envers celui-ci a longtemps prévalu au XIXème siècle. Cette méfiance était fondée notamment sur l'idée que les parties ne disposeraient d'aucune garantie juridictionnelle¹³ dans l'arbitrage. Les dispositions de l'article 2061 du Code civil de 1804 traduisent fort bien cette méfiance en ces termes « *la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* ». Ce texte consacrait ainsi le principe de la nullité des clauses compromissoires. En droit comparé, Raymond-Théodore TROP LONG, Président de la Cour de cassation française en 1852, déclarait à ce sujet que « *l'arbitrage est une manière de juger si défectueuse, si dépourvue de garantie : un tribunal qui se croit le droit d'être plus équitable que les lois les plus équitables du*

judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. »

¹⁰ Sur le sujet, v. notamment, CADIET(L.) et alii, *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution*, Litec, 2005; CHEVALIER (P.), DESDEVISES (Y.) et alii. *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*, La Documentation française, 2003; FOUCHARD (Ph.), « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX siècle*, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, Litec, 2000, p. 95; GOLDSMITH (J.-C.), « Les modes de règlement amiable des différends, RDAI 1996, p. 221 ; HERRMANN (G.), « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends », Rev. arb. 1985, p. 343 ; SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Lextenso éditions, 1 Parvis de la défense 92044 Paris, 2013, p.30 ;

¹¹ V. BOLARD, « Le rôle de la magistrature dans le développement de l'arbitrage », Le journal des tribunaux Luxembourg, n°38, 5 avril 2015

¹² OLLAT (C.), *L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique étatique : étude comparée des droits français, américain et suisse*, Master de Droit européen comparé, 2016, p.10

¹³ OLLAT (C.), *op. cit.*, p.65

monde me paraît ne pouvoir s'adapter qu'à un petit nombre de questions de fait et à des intérêts médiocres »¹⁴.

Par ailleurs, si la situation s'est fortement atténuée à notre époque pour laisser place à un véritable éloge en faveur de l'arbitrage¹⁵, des doutes sérieux subsistent tout de même sur la place accordée aux garanties du procès équitable dans l'arbitrage. La question se pose alors de savoir si les garanties du procès équitable sont mises en œuvre de manière satisfaisante dans la justice arbitrale.

Cette préoccupation est d'une importance certaine, du moment où, pour l'heure, on constate malheureusement que, bien loin du miracle espéré, la justice arbitrale fait plutôt figure de mirage, nourrissant ainsi les doutes les plus sérieux quant au respect des exigences d'un procès équitable. Dans l'espace OHADA, la priorité du législateur communautaire a été plutôt de développer un droit de l'arbitrage attractif pour les entreprises. Il met en conséquence un accent remarquable sur sa célérité tout en faisant des garanties du procès équitable le parent pauvre des réformes en la matière. Dès lors, si l'arbitrage présente aujourd'hui un attrait particulier¹⁶ pour ceux qui y recourent, il est cependant plus délicat d'apprécier son efficacité au regard des garanties traditionnelles du procès équitable. Mieux, il est difficile d'affirmer aujourd'hui que la justice arbitrale met en œuvre de manière satisfaisante les garanties du procès équitable. Son efficacité en matière de respect des exigences de bonne justice est donc discutable. Nous en avons surtout pour preuves diverses sentences arbitrales¹⁷ étudiées.

Il est intéressant à plus d'un titre de mener une réflexion sur les garanties du procès équitable à l'épreuve des Modes Alternatifs de Règlement de Conflits. En premier lieu, cet article s'inscrit dans les réflexions sur la consolidation, l'efficacité et l'efficience de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Il donne ainsi l'occasion de mener une réflexion

¹⁴ R.T. TROP LONG, « Du contrat de la société civile et commerciale », Paris 1843, T. II, n°520

¹⁵ En 2001, les dispositions de l'article 2061 ont été modifiées en ces termes « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

¹⁶ DOROTHE SOSSA (D.), préface, in AKA (N.) et *alii*, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique OHADA*, Lextenso édition, 1 Parvis de la défense 92044 Paris, 2018, p.1

¹⁷ CA du Centre, arrêt n° 52/civ, GROUPE PRODICOM SARL, KEUMEDJEU JOSEPH (représentant) contre SDBC, SNC, BAT, Le centre d'arbitrage du GICAM) ; CCJA arrêt n°044/2008 du 17 juillet 2008, Ohadata J-10-15 ; CCJA ; arrêt n°006/2014 du 4 février 2014 ; arrêt n°078/civ. Du 8 juillet 2015, Ohadata D-17-10

critique à la fois stimulante et approfondie sur la pratique de l'arbitrage en tant que mécanisme alternatif de résolution des litiges. En second lieu, cet article permettra aux arbitres de toutes instances de s'assurer que les procédures qu'ils dirigent sont conduites conformément aux exigences du procès équitable. Il ne permettra pas moins le renforcement de l'attractivité de la justice arbitrale dans l'espace OHADA. Enfin, il est d'intérêt pour les auxiliaires de justice ainsi que les universitaires et étudiants intéressés par le droit processuel.

Au total, la pratique de l'arbitrage, et particulièrement dans les Etats membres de l'OHADA, révèle une mise en œuvre insatisfaisante des garanties du procès équitable. En tout état de cause, nul doute que la trilogie équité, célérité, publicité qui fait désormais figure de devise au fronton d'un tribunal ne puisse guère être requise dans sa globalité, pour ce qui est de l'arbitrage. En vrai, on comprend bien que ce ne soit que les deux premières qui soient parfaitement consacrées par le législateur OHADA. Mais, si malgré une consécration nette de ceux-ci, on remarque au seuil de la procédure arbitrale que dans leur mise en œuvre, elles se heurtent à des pratiques peu legalistes des acteurs de l'arbitrage, pouvant désavantager une partie au profit de l'autre (I), on peut en dire autant du déroulement même de la procédure arbitrale (II).

I- L'insatisfaisante mise en œuvre des garanties du procès équitable au seuil du procès arbitral

Le seuil du procès arbitral est marqué par l'étape de la constitution du tribunal arbitral. Déjà à cette étape, on ressent une insatisfaction quant à la mise en œuvre des garanties du procès équitable. Cette insatisfaction se déduit des atteintes portées d'une part, au droit d'accès à la justice (A) et d'autre part, au principe de l'égalité des parties devant la justice (B).

A- Les atteintes au droit d'accès à la justice

Le choix de recourir à l'arbitrage comme mode de règlement de litige n'est pas en lui-même en déphasage avec les garanties du procès équitable. L'effectivité du droit d'accès au juge se mesure en réalité, à la réelle possibilité, en fait et en droit, pour un justiciable d'accéder au juge de son choix. Dès lors, toute mesure de nature à rendre difficile l'accès à l'arbitrage doit s'analyser comme une atteinte au

droit d'accès à la justice (1). *A fortiori*, toutes autres mesures pouvant remettre en cause le caractère éclairé du consentement des parties à recourir à la justice arbitrale doivent également s'analyser comme telle (2).

1-Des atteintes déduites des difficultés d'accès à la justice arbitrale

Un lien inextricable existe entre « Etat de droit », « accès au droit » et « accès à la justice »¹⁸. L'Etat de droit n'implique pas uniquement l'attribution de droits aux citoyens, justiciables. Il est exigé aussi et surtout la garantie d'une mise en œuvre effective desdits droits. Permettre donc aux justiciables d'accéder au droit, c'est avant tout leur garantir une protection effective de leur droit subjectif, fondamental¹⁹ d'accéder à la justice. Cependant, et en dépit de sa consécration internationale²⁰ le droit d'accès à la justice connaît un flétrissement particulier dès lors qu'il est confronté à la pratique de l'arbitrage²¹.

L'accès à la justice arbitrale est subordonné à la capacité des parties qui y recourent de pouvoir supporter les frais de procédure. Or, par principe, la faculté de saisir un juge ne saurait dépendre de considérations financières, le contraire conduisant à restreindre l'exercice d'une action en justice à un nombre limité de justiciables²². Déjà, la doctrine considère que les arbitres constituent des juges à part entière²³. Pourtant, leur saisine échappe à toute théorie facilitatrice de l'accès égal de tous à la justice. En réalité, la justice est par principe gratuite²⁴. Certes, nous pouvons comprendre que l'arbitre, n'étant point un fonctionnaire de l'Etat, soit directement rémunéré par les parties. Mais, il n'est toutefois pas acceptable que le coût qu'exige une procédure d'arbitrage soit tel que les parties ne puissent avoir accès à la justice, au moment de la mise en œuvre de leur convention

¹⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit d'accès à la justice et au droit », in : CABRILLAC (R.) et REVET (Th.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, spéc. N°632, 18^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2012, pp.535 s.

¹⁹Voir en ce sens CABRILLAC (R.), *Libertés et droits fondamentaux*, 23^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017, p.592

²⁰ Voir article 7.1 de la CADHP, article 10 de la DUDH, article 10 de la DUDHP

²¹ AKAKPO (M. K.), *op. cit.*, p.282

²²*Idem*

²³ MANCIAUX (S.), « L'arbitre est un juge », in : BOSTANJI (S.) et *alii*, in : *Le juge et l'arbitrage*, PEDONE, 2014, pp.31 et s.

²⁴V. article 6 de la loi n° 2001-37 du 27 aout 2002 portant organisation judiciaire du Bénin.

d'arbitrage²⁵. *In concreto*, le principe compétence-compétence²⁶ met à la charge des parties une posture négative qui relègue au second plan le juge étatique à chaque fois qu'un litige fait l'objet d'une compromission²⁷. C'est l'idéal souhaité, sans doute. Mais les stipulations compromissaires peuvent devenir inapplicables du fait de l'incapacité pour une partie d'assumer le poids financier de la procédure arbitrale²⁸. De façon schématique, lorsqu'ayant saisi successivement l'arbitre puis le juge étatique, le premier refuse sa compétence faute de paiement et le second, arguant de la compétence du premier, refuse de juger au fond, une situation de déni de justice se crée, nonobstant le caractère fondamental du droit d'accès à un juge. Malgré cette atteinte notoire au droit d'accès au juge, aucune disposition législative des Etats membres de l'OHADA, ne prévoit le recours à la justice étatique lorsqu'une partie ne peut saisir l'arbitre faute de moyens financiers. Cette solution est pourtant proposée dans d'ordres ordres juridiques²⁹.

Pour aller plus loin, les difficultés d'accès au juge ne se limitent pas qu'aux seules parties originelles au procès. Elles s'analysent aussi à l'égard des tiers. Les procédures d'arbitrage OHADA sont régies principalement par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et/ou par le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Déjà, le silence dudit Acte uniforme sur le régime de l'intervention des tiers dans l'arbitrage est porteur des germes de difficulté. En raison de ce silence, le Règlement d'arbitrage de la CCJA constituera la principale base de notre analyse.

Mais qu'est-ce qu'une intervention à un procès ? Le mot « intervention » fait en réalité référence à la demande d'une partie tierce d'être ajoutée en tant que partie à l'arbitrage³⁰. En droit processuel de manière générale, l'intervention peut être forcée, c'est-

²⁵ Clause compromissoire ou compromis.

²⁶ Cf. article 13 de l'AUA qui dispose que « *Lorsqu'un litige, dont un Tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente* ».

²⁷ BAH (O.), *L'efficacité de l'arbitrage OHADA : le rôle du juge étatique*, BRUYLANT, Bruxelles, 2020, p.240

²⁸ AKAKPO (M. K.), *op. cit.*, p.282

²⁹ En droit belge, un courant doctrinal soutient l'idée qu'un demandeur impécunieux n'est pas tenu de respecter une clause d'arbitrage trop onéreuse pour lui et peut alors porter sa demande devant les juridictions ordinaires. V. J. DECOKER (J.), « *Blijft een onvermogen eiser gebonden door arbitrage?* », RDC, 2003, p. 801 ; LAENENS (J.) e.a., *Handboek gerechtelijk recht*, 4e éd., Intersentia, 2016, p. 111, note infrapaginale n° 940 ;

³⁰ EL AHDAB (J.) et MAINGUY (D.), *op. cit.* p.667

à-dire lorsque le tiers est contraint par les parties ou l'arbitre à se joindre à la procédure. Elle peut aussi être volontaire, auquel cas, le tiers se joindra à l'arbitrage de sa propre initiative. Dans ce dernier cas, la demande du tiers s'analyse comme la résultante de l'exercice du droit d'accès au juge. L'intervention volontaire serait donc l'expression normale du droit d'accès au juge d'un justiciable qui n'est pas originellement partie au procès, mais plutôt tiers. Pourtant, ce droit ne reçoit pas les faveurs du législateur communautaire.

L'article 8-2 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA dispose de manière laconique qu' « aucune intervention volontaire n'est admissible avant la constitution du tribunal arbitral. Après la constitution du tribunal arbitral, toute intervention volontaire dans une procédure d'arbitrage est subordonnée à l'approbation préalable des parties et du tribunal ». Il en résulte que l'intervention volontaire n'est admise que sous réserve de « l'approbation » préalable des parties et du tribunal arbitral. Suivant un raisonnement *a contrario*, si l'une des parties ou le tribunal arbitral s'oppose à la demande d'un tiers, l'intervention volontaire serait rejetée³¹. En ne faisant preuve d'aucune prudence quant à la volonté des parties ou du tribunal arbitral, le législateur communautaire laisse ouverte une brèche pouvant favoriser la violation du droit d'accès au juge des tiers. Or, nous l'avons dit, le droit pour un justiciable d'intervenir à une instance est une forme d'expression de son droit fondamental d'accès à la justice. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler qu'en pratique, une partie peut être liée par une convention d'arbitrage, mais sera tierce à la procédure arbitrale. Dans une telle circonstance, l'intervention volontaire est, à tout point de vue, le mécanisme adéquat pouvant permettre à celui-ci d'avoir accès au juge. Il sied de rappeler que tel fut le contexte de l'intervention de l'État malien dans l'affaire n° 002/2010/ARB opposant la société SEAQUEST-INFOTEL Mali SA à la SOTELMA³² à l'occasion de laquelle l'État malien, alors actionnaire de la SOTELMA, avait effectué avec succès une demande d'intervention volontaire à la procédure arbitrale impliquant initialement les deux sociétés.

Quid des atteintes déduites des difficultés d'appréciation de la volonté des parties ?

³¹ AKA (N.) et *alii*, *op. cit.*, p.192

³² CCJA, arrêt n° 027/2017, 2 mars 2017, *État du Mali et Société des Télécommunications du Mali SA dite Sotelma c/ Seaquest-Infotel Mali SA (SQUIM SA)*, inédite.

2- Des atteintes déduites des difficultés d'appréciation de la volonté des parties

« Seule la volonté des cocontractants [peut] investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel »³³. En dépit du fait que l'accord de volonté soit inhérent au contrat, la pratique de l'arbitrage au sein de l'espace OHADA révèle qu'il n'est pas toujours l'expression d'un certain bilatéralisme/multilatéralisme. L'arbitrage, en principe, est le symbole du consensualisme par excellence³⁴. Le recours à l'arbitrage doit donc procéder d'un choix individuel, librement exprimé par les parties. Dès lors, il n'est normalement pas besoin, d'obliger les parties à régler leurs litiges par voie d'arbitrage. Il suffirait de leur garantir la liberté de le faire³⁵. Mais, à rebours de telles considérations pourtant déterminantes pour l'efficacité de l'arbitrage, la pratique suscite bien d'inquiétudes. La volonté réelle des parties devient dans certaines circonstances, difficile à déterminer. Une partie de la doctrine fait vite de soutenir, à tort sans nul doute, que « le succès de l'arbitrage, la place qu'il a pu conquérir, notamment en matière internationale, permettent de négliger le consentement des parties à l'arbitrage »³⁶. Suivant ce raisonnement, toute l'épaisseur traditionnellement reconnue à la volonté en matière contractuelle et par ricochet en matière d'arbitrage lui est ôtée, et mieux, son rôle véritable s'étiolé.

Les difficultés d'appréciation de la volonté des parties en matière d'arbitrage des investissements et surtout, celles liées au caractère pathologique de certaines conventions d'arbitrage remettent sérieusement en cause le droit d'accéder librement à la justice.

Le consentement à l'arbitrage doit pouvoir être clairement et librement déterminé pour qu'on ne se retrouve pas dans une justice « imposée » aux justiciables. C'est pourtant ce à quoi renvoie l'interprétation, en pratique, des clauses d'arbitrage pathologiques. En effet, certaines conventions d'arbitrage, à la rédaction particulièrement défailante, posent d'importantes difficultés de mise en œuvre, et par ricochet, de détermination de la volonté réelle des parties de recourir à l'arbitrage. Les défailances rédactionnelles peuvent en pratique être

³³ Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, RTD com. 2002

³⁴ V. dans ce sens DIALLO (O.), *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Presses Universitaires de France, 1^{re} édition : 2010, 318 pages

³⁵ *Idem*

³⁶ JACQUET (J-M) (préf.), DIALLO (O.), *op. cit.*, p. XVII

diverses. Il peut s'agir entre autres : d'une ambiguïté quant au caractère obligatoire ou non pour les parties de recourir à l'arbitrage ; la référence, de façon alternative, à la juridiction arbitrale et à la juridiction étatique. Le malaise qui ressort de la mise en œuvre des clauses pathologiques d'arbitrage, se situe au point où, malgré les vices qui entachent le consentement des parties, la jurisprudence tente généralement de donner effet à de telles clauses, parfois au prix de certaines « *audaces d'interprétation* »³⁷. L'arbitrage devient donc une justice « forcée » parce que, ne tenant pas compte de la volonté réelle des parties. Le premier sens que la doctrine³⁸ donne de la notion d' « arbitrage forcé » intéresse fort bien notre logique : l'arbitrage forcé serait celui qui intervient sans une nette volonté des parties, pour la solution de leur litige³⁹. Il s'infère que l'on se trouve en présence d'un arbitrage forcé, à chaque fois que la décision de recourir à la justice arbitrale ne vient pas expressément, clairement de la volonté des parties. Dans ce cas, l'arbitrage étant forcé, le consentement devient superflu.

L'institution de l'arbitrage forcé, déduite de l'interprétation restrictive que retient la jurisprudence sur les clauses pathologiques, prouve à suffisance que, quel que soit l'esprit de conquête qui anime les parties à l'arbitrage, leur consentement reste une volonté contenue. Tout bien considéré, les parties se retrouvent privées, malgré elles, de l'accès aux tribunaux étatiques. Il s'agit là, à tout point de vue, d'une remise en cause d'un droit fondamental, « le droit à une protection judiciaire effective » et, en des termes plus adéquats, le droit d'accès à la justice.

En outre, pour le règlement des litiges transnationaux, l'approche contractuelle du consentement à l'arbitrage est progressivement mise à l'écart. Une pratique dite de « *consentement à l'arbitrage par voie non contractuelle* »⁴⁰ est actuellement en vogue. En effet, si la clause arbitrale conserve une importance indéniable dans l'arbitrage de façon générale, elle perd son monopole dans l'arbitrage transnational. Encore qualifié d'arbitrage mixte⁴¹, l'arbitrage transnational est défini

³⁷ Pour des exemples de sauvetage de clauses pathologiques dans la jurisprudence française, voir Paris, 14 février 1985, Rev. Arb. 1987 ; Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1983, Rev. Arb. 1984 ; TG Paris 13 décembre 1988, Rev. Arb. 1990 ; Paris 24 mars 1994, Rev. Arb. 1994

³⁸ V. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} édition, 170 bis boulevard du Montparnasse 75680 Paris Cedex 14, 2011, p. 78

³⁹ *Idem*

⁴⁰ DIALLO (O.), *op. cit.*, p. 171 et s.

⁴¹ V. dans ce sens CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2003, p. 11

par le dictionnaire de droit international public comme étant l'« arbitrage entre un État et une personne privée étrangère, souvent un investisseur »⁴². Dans cette forme d'arbitrage, le consentement est dit non-négocié. La pratique révèle que les législateurs nationaux des Etats membres de l'OHADA ont opté, paradoxalement, pour une approche non-négociée du consentement à l'arbitrage. En réalité, mode d'expression du consentement consiste à déduire le consentement des parties (Etats et investisseurs notamment) de l'application des textes sur l'investissement⁴³. Concrètement, une stipulation arbitrale est non-négociée, ou encore unilatérale, lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une rédaction concertée, ou si sa mise en œuvre est tributaire de la volonté d'un seul contractant. En conséquence, au cœur des clauses compromissaires unilatérales, se pose le problème de l'usage insidieux du rapport de forces entre les litigants. Or, pour que l'arbitrage soit vu comme une justice respectueuse des garanties du procès équitable, en l'occurrence le droit d'accès au juge, il est important d'éviter de donner l'impression que le recours à l'arbitrage est imposé aux parties. En cherchant à institutionnaliser le recours à l'arbitrage transnational et à lui trouver un fondement non nécessairement contractuel, c'est au consentement des justiciables et, par ricochet, à leur droit d'accès au juge qu'il est porté atteinte.

Ainsi, s'il faut à tout prix sacrifier à la résolution arbitrale des litiges transnationaux, faudrait-il encore que les parties conservent leur droit d'avoir un accès égal au juge qui sera chargé de trancher leur litige. Autrement, c'est l'égalité des parties, principe fondamental du procès équitable, qui se trouvera également écorché.

B- Les atteintes au principe d'égalité des parties

Le principe d'égalité des parties est proclamé notamment par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui consacre à son article 10 le droit à un procès équitable. Dans la même veine, l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de

⁴² SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 78

⁴³ Voir articles : 46 et 47 du Code des investissements du Niger qui disposent respectivement que « *La partie qui prend l'initiative du règlement à l'amiable, saisit l'autre partie par lettre, ou par tout autre moyen laissant trace écrite, avec accusé de réception.* » ; « **Si le désaccord persiste, le règlement du différend fait l'objet d'arbitrage** » ; voir également article 8 Code des investissements du Togo ; articles 45 et suivants du Code des investissements du Bénin

1966 proclame un principe d'égalité de traitement des justiciables⁴⁴. Le principe de l'égalité des parties serait la clé de voûte du droit au procès équitable⁴⁵. Cependant, la constitution du tribunal arbitral telle que prévue par le législateur OHADA peut s'avérer difficile sur le plan pratique. Déjà, l'arbitrage multipartite est consubstantiel au déséquilibre entre les parties (1). Au-delà, en raison du trop grand libéralisme contractuel qui entoure l'arbitrage, certaines conventions d'arbitrage prévoient des modes de constitution du tribunal arbitral dissymétriques, portant ainsi atteinte au principe de l'égalité des parties (2).

1- L'arbitrage multipartite comme germe d'inégalité entre les parties

Il n'est pas rare qu'un différend n'oppose pas un seul demandeur et un seul défendeur, mais plutôt, plusieurs parties. En matière d'arbitrage, l'on parle d'« arbitrage multipartite ». L'arbitrage multipartite est « la procédure arbitrale qui oppose plusieurs demandeurs et/ou plusieurs défendeurs »⁴⁶ : plusieurs demandeurs, plusieurs défendeurs, plusieurs demandeurs et plusieurs défendeurs, appel en garantie d'un tiers au litige lié par la convention d'arbitrage, extension au tiers de la convention d'arbitrage. La situation est alors complexe lorsqu'on admet que le mécanisme de l'arbitrage repose sur un fondement conventionnel et, donc, se propose d'organiser un contentieux opposant deux parties.

Dans une telle occurrence, la pratique révèle des difficultés quant à l'expression par les parties de leur droit de désigner de manière égale les arbitres devant composer le tribunal arbitral. En effet, dans un

⁴⁴ L'article 14 dispose que « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire, lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants* ».

⁴⁵ LAPP (C.) et ABID (C.), « Le principe de l'égalité des parties : pilier ou frein de la procédure arbitrale ? », in : THE WIDER VIEW | VISIÓN AMPLIA, JURISTE INTERNATIONAL, 2021, pp.64 à 68

⁴⁶ BITSAMANA (H. A.), *Dictionnaire OHADA*, 3^{ème} édition, L'Harmattan, 5-7 rue de l'École Polytechnique 75005 Paris France, 2015, p.40

arbitrage où il y a plus de deux parties, la constitution du tribunal arbitral devient difficile, voire impossible dès lors que chacune de ces multiples parties souhaite désigner un arbitre, notamment lorsque leurs intérêts sont divergents. Ainsi, la difficulté majeure qui doit être résolue ici est d'organiser la désignation des arbitres par les parties tout en veillant à ce que l'égalité entre les parties ne soit pas rompue. La solution proposée par le législateur OHADA est d'imposer aux parties, en fonction de leurs qualités (demandeurs/défendeurs) la désignation d'un arbitre commun⁴⁷. Cette solution, issue de la célèbre affaire Dutco⁴⁸, a connu un succès international très important et a influé de nombreux règlements d'institutions arbitrales.

Cependant, et c'est là que réside notre insatisfaction, cette solution ne prend pas en compte toutes les implications du principe de l'égalité des parties. En effet, il est des cas où les divers demandeurs ou défendeurs dans une procédure n'ont pas les mêmes intérêts, à tout le moins, en partie. Dans le cadre de l'arbitrage OHADA où le tribunal arbitral doit être constitué nécessairement d'un ou de trois arbitres au plus, le principe de l'égalité des parties est extrêmement difficile à mettre en œuvre. Même dans l'affaire Dutco qui sert aujourd'hui d'arrêt de principe, le demandeur, Dutco, avait engagé la procédure arbitrale sur la base de prétentions visant distinctement l'un et l'autre défendeur (Siemens et Bangladesh Knowledge Management Initiative, BKMI).

Ainsi que l'enseigne la jurisprudence, « le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public »⁴⁹. En droit comparé, partant de ce postulat, la Cour de cassation française, dont l'œuvre jurisprudentielle inspire considérablement les législateurs africains subsahariens, a dit et jugé qu'on ne doit « *imposer, dans un arbitrage multipartite à deux défendeurs présentant une communauté d'intérêts, la désignation par ces dernières d'un arbitre unique, alors que le demandeur unique avait pu désigner un arbitre à lui seul en toute liberté* »⁵⁰. Mieux, ce attendu de principe a été également confirmé par des juridictions d'autres Etats de tradition Romano-germanique tel que l'Italie, retenant de manière restrictive qu' « *une*

⁴⁷ V. article 6 al. 4-b de l'A.U.A qui dispose que « en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui ci est nommé, sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'Etat Partie. »

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, Cass, 1^{re} civ., 10 mai 1995 ; Cass. 2^e civ., 31 janv. 2002

⁴⁹ Cass., civ.1, 7 janvier 1992, *Rev. Arb.* 1992

⁵⁰ *Idem*

partie [demanderesse ou défenderesse] composée de plusieurs personnes ne peut être obligée à nommer conjointement un arbitre que si les personnes en question ont des intérêts identiques »⁵¹. En conséquence, seul un accord entre un groupe de parties pour désigner conjointement un arbitre devrait en principe justifier l'imposition à ceux-ci d'un arbitre commun. Ainsi, à défaut d'un tel accord ou d'intérêts communs, une telle imposition constitue à notre sens une atteinte au principe d'égalité.

Une seconde hypothèse d'atteinte au principe de l'égalité des parties quant à la désignation des arbitres est celle d'un arbitrage reposant sur une convention prévoyant des clauses dissymétriques de désignation des arbitres. En effet, l'arbitrage repose a priori sur des bases contractuelles, contrairement à la justice étatique dont le recours est fondé essentiellement sur des règles légales, préétablies. En principe, lorsque le tribunal est constitué par la volonté des parties, il ne peut être que l'illustration d'un traitement égalitaire. Mais, en pratique, grâce à l'imagination sans cesse prolifique des praticiens du droit des obligations, la rédaction des contrats et, particulièrement des conventions d'arbitrage a considérablement modifié le paradigme classique de l'équilibre contractuel. Concrètement, le développement, notamment, des clauses compromissaires optionnelles unilatérales⁵² accroît considérablement la précarité de la mise en œuvre du principe de l'égalité des parties quant au choix de l'arbitrage et même la désignation des arbitres. Ainsi, les exigences du principe d'égalité reculent à l'instant où les parties y portent atteinte d'un commun accord. Chose inquiétante, pourtant, le législateur OHADA ne s'en est pas préoccupé frontalement. En effet, bien que l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage dans l'espace ne comporte aucune dérogation au principe de l'égalité des parties, il est erroné de soutenir sans risque de se tromper son caractère absolu en droit OHADA⁵³. Aucune disposition interne ni communautaire n'interdit la stipulation de clauses arbitrales asymétriques. Mieux, la doctrine confirme leur validité en matière d'arbitrage⁵⁴.

⁵¹TF. République arabe d'Egypte v. Westland Helicopters Ltd et al, May 16, 1983, [1984] ASA Bull. 203 on ICC Case 3879

⁵² V. dans ce sens BOUVEREY (L.), *Action de groupe et convention d'arbitrage*, Master 2 Droit des contrats internes et internationaux, Université Paris-Sud, 2015, p.28 ; V. également LOQUIN (E.), « La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelles bilatérales », in : R.T.D. Com., 2013. pp.478 et s.

⁵³ AKAKPO (M. K.), *op. cit.*, P.293

⁵⁴ LOQUIN (E.), *ibidem*

S'il est vrai que la validité d'un contrat n'est pas subordonnée à l'équivalence des obligations qui en découlent⁵⁵, il n'est pas loin entre, admettre la différence de valeurs entre les devoirs des parties au contrat et reconnaître une asymétrie flagrante quant à la résolution des litiges⁵⁶. En effet, la résolution des litiges doit se distinguer du contenu de l'acte auquel elle est liée et, pour cette raison, les clauses contractuelles relatives à la résolution des litiges, notamment la clause compromissoire, ont un régime distinct. Voilà pourquoi, le déséquilibre quoique « volontaire » ne saurait être admis en la matière. LOQUIN soulignait d'ailleurs que « *les clauses optionnelles unilatérales, qui ne donnent qu'à l'une des parties le pouvoir de choisir la juridiction compétente, sont susceptibles d'heurter le principe d'égalité entre les parties* »⁵⁷. L'atteinte à l'égalité des parties est tellement accentuée qu'elle innerve la suite de la procédure arbitrale, commençant par la saine effective des arbitres.

2- Une atteinte déduite des règles de saisine du tribunal arbitral

En matière d'arbitrage, il convient de distinguer la saisine du tribunal arbitral préalablement constitué par les parties, qui marque le début de la procédure arbitrale, de la soumission effective du litige au tribunal arbitral. Les atteintes à l'égalité, ici, sont dues à l'impécuniosité d'une partie en cours de procédure. Par ricochet, la limitation des demandes des parties à leurs capacités financières est de même source de rupture d'égalité.

Bien que l'arbitrage présente de nombreux avantages, il n'en demeure pas moins qu'il suppose une certaine expertise et surtout des ressources financières qui ne sont pas à la portée de tous. En effet, la justice arbitrale exige des parties une forte capacité financière. Malgré le débat sur la participation des parties faibles aux instances arbitrales, le droit OHADA de l'arbitrage reste muet sur la question du traitement égalitaire écorché en raison de l'impécuniosité d'une des parties.

⁵⁵ L'acte juridique pouvant même avoir pour objet l'aliénation, sans contrepartie, du patrimoine d'un cocontractant au bénéfice de l'autre

⁵⁶ AKAKPO (M. K.), *op. cit.*, p.128

⁵⁷ LOQUIN (E.), *ibidem*

Concrètement, passée la phase d'introduction de la procédure, il arrive qu'une partie ne puisse pas assumer les charges financières de l'instance arbitrale. Très souvent, il s'agit du défendeur impécunieux dès le début de la procédure, ou alors n'importe laquelle des parties dont la situation financière s'est effritée en pleine instance arbitrale. La partie impécunieuse se rapporte ici à celle qui manque de moyens financiers nécessaires pour mener jusqu'au bout l'arbitrage au regard des honoraires des arbitres, des provisions relatives aux demandes, aux frais procéduraux en général. Face à une telle situation, les tribunaux arbitraux font « deux poids deux mesures ». L'égalité se trouve ainsi rompue entre les parties : le défendeur devient, par son poids financier, demandeur. Malgré les correctifs esquissés par la jurisprudence⁵⁸, le droit positif, aussi bien interne que communautaire, est curieusement resté silencieux sur la question. Partant, les exigences du procès équitable, notamment les règles quant à l'égalité de traitement des parties sont constamment contrebalancées par les obligations financières de chaque partie. Cette situation est indubitablement source d'insécurité judiciaire en droit OHADA. Or, on voyait dans l'arbitrage « l'arme pouvant contrer efficacement l'insécurité judiciaire qui sévit dans la plupart des Etats-parties de l'OHADA »⁵⁹. Le cantonnement des demandes des parties à leurs capacités financières ne fait que corroborer nos hypothèses. En effet, dans notre hypothèse de départ, mettant en évidence le conflit négatif de compétences dû à la situation d'impécuniosité, il convient d'admettre que la rupture de l'égalité est constituée. Celle-ci recouvrirait la situation dans laquelle un demandeur en situation d'impécuniosité ne peut saisir un tribunal arbitral, faute de pouvoir verser la provision requise. Dans ce cas, le défendeur se trouve dans une situation économique dominante et se contentera alors d'invoquer l'incompétence des tribunaux étatiques.

Ici, il s'agira plutôt d'analyser la situation d'une partie personne physique ou morale, qui, en cours d'arbitrage, ne peut faire valoir ses droits ou se défendre, faute pour elle de posséder les moyens financiers suffisants. En matière d'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA, le législateur communautaire a lui-même consacré la rupture de l'égalité entre les parties. En autorisant la CCJA à demander

⁵⁸ CA Paris, 17 nov. 2011 ; Cass civ. 1^{re}, 28 mars 2013

⁵⁹ AKAKPO (M. K.), *op. cit.*, P.24

aux arbitres de retirer les demandes d'une partie qui n'a pas pu s'acquitter des provisions sur frais d'arbitrage, le législateur se rend complice d'un déséquilibre procédural entre les parties. C'est à tout le moins l'analyse qui ressort d'une lecture méticuleuse de l'article 11 du Règlement de Procédure de la CCJA qui dispose en substance que : « *La Cour fixe le montant de la provision de nature à faire face aux frais d'arbitrage entraînés par les demandes dont elle est saisie, tels que définis par l'article 24 du présent Règlement, à moins que des demandes ne soient formées conformément aux articles 8-1, 8-2 et 8-3 du présent Règlement, auquel cas le paragraphe 11.3 ci-après s'applique. Cette provision est ensuite ajustée si le montant en litige se trouve modifié d'un quart au moins ou si des éléments nouveaux rendent nécessaire cet ajustement. [...]*

Les provisions ainsi fixées doivent être réglées à la Cour en totalité avant la remise du dossier à l'arbitre. Pour les trois quarts au plus, leur paiement peut être garanti par une caution bancaire satisfaisante. [...]

Lorsque des demandes sont formées conformément aux articles 8-182 et 83 du présent Règlement, la Cour fixe une ou plusieurs provisions et décide à quelle partie le paiement incombe ou dans quelle proportion ce paiement est partagé entre elles.

Lorsqu'une demande de provision n'est pas satisfaite, la Cour, saisie par le Secrétaire général, peut inviter le tribunal arbitral à suspendre ses activités et fixer un délai qui ne saurait être inférieur à trente (30) jours à l'expiration duquel les demandes auxquelles correspond cette provision sont considérées comme retirées. Un tel retrait ne prive pas la partie concernée du droit de réintroduire ultérieurement la même demande dans une autre procédure ».

Dans l'hypothèse d'un retrait des demandes de la partie défaillante financièrement, des conséquences dommageables peuvent se produire, portant ainsi atteinte au principe de l'égalité des parties. La Chambre de commerce internationale dont le règlement d'arbitrage comporte des dispositions similaires à celles des textes de la CCJA, a été confrontée à des difficultés dans le cadre d'un recours en annulation qui a conduit à l'arrêt Pirelli rendu le 28 mars 2013 par la Cour de cassation française⁶⁰. La haute juridiction française s'est

⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, Pirelli c/ Licensing projets

ainsi appuyée sur l'atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties pour entériner la remise en cause de la sentence arbitrale.

A présent, que retenir du déroulement de l'instance arbitrale ?

II-L'insatisfaisante mise en œuvre des garanties du procès équitable au cœur du procès arbitral

L'instance arbitrale constitue le cœur de la procédure arbitrale ; elle ne se confond donc pas avec le litige qu'elle a pour objet de trancher⁶¹. En effet, l'instance arbitrale est constituée d'actes de procédure accomplis par les parties et par l'arbitre, de son introduction jusqu'à son terme, soit en principe, au moment du prononcé de la sentence arbitrale⁶². Nous consacrerons une première partie de nos développements à la démonstration de l'effritement considérable des garanties du procès équitable au cœur de l'instance arbitrale en lien avec des atteintes aux droits de la défense **(A)**. A la suite de ces développements, une seconde partie nous permettra de faire une même démonstration mais, cette fois-ci mettant en exergue les atteintes au droit d'exécuter les décisions de justice **(B)**.

A- Les atteintes aux droits de la défense

Pour l'essentiel, les principes directeurs du procès applicables à l'instance arbitrale sont d'une part ceux qui régissent la matière litigieuse⁶³ et d'autre part ceux qui sont relatifs aux droits de la défense. Ces derniers énoncent des moyens de défense tels que les exceptions de procédures. En droit béninois, les exceptions de procédures sont prévues aux articles 164 et suivants du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes. Mais paradoxalement, la justice arbitrale ne s'y intéresse pas vraiment. C'est le cas de l'exception d'inconstitutionnalité **(1)** ou encore de l'incident d'inscription de faux **(2)** dont il convient d'analyser successivement la mise en œuvre.

⁶¹ SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t.3, Sirey, Paris, 1991, 1147 pages

⁶² SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.), *op. cit.*, p.289

⁶³ Idem., pp.371 et s.

1- Des atteintes déduites du traitement réservé à l'exception d'inconstitutionnalité

Prévue aux dispositions de l'article 200⁶⁴ de la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin, l'exception d'inconstitutionnalité est un moyen de défense à valeur constitutionnelle mais également d'accès indirect à la justice constitutionnelle⁶⁵. Pourtant, il est vain de parcourir l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif à l'Arbitrage à la recherche de dispositions relatives au traitement par une juridiction arbitrale de l'exception d'inconstitutionnalité. Il va sans dire qu'il existe un écart entre le droit constitutionnel d'alléguer le défaut de conformité d'une disposition à la constitution au cours d'une instance et la recevabilité d'une telle allégation devant un tribunal arbitral.

Malgré tout l'intérêt d'une approche supranationale, la présente réflexion ne s'attèlera qu'à une analyse vue sous le prisme du droit positif béninois. L'exception d'inconstitutionnalité est-elle arbitrale ? Autrement dit, l'arbitre peut-il connaître d'une question d'inconstitutionnalité ? Mieux, le droit de soulever une exception d'inconstitutionnalité est-il un droit entièrement disponible ou disponible de manière limitative en fonction des juridictions concernées ? Le tribunal arbitral constitue-t-il une juridiction au sens de l'article 122 de la Constitution béninoise précitée ? Voilà autant de questions que génère le mutisme du législateur.

A l'instar du législateur communautaire, aucune disposition du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin ne permet de répondre par l'affirmative à un tel questionnement. Tout porte donc à croire qu'il n'est pas possible en

⁶⁴Aux termes des dispositions de l'article 200 de la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin « Dans une affaire qui le concerne devant une juridiction, tout citoyen peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité de la loi appelée à s'appliquer à l'espèce.

L'exception doit indiquer clairement le ou les articles de la loi incriminée avec à l'appui et par écrit l'exposé sommaire des moyens »

⁶⁵ L'article 122 de la Constitution Béninoise dispose en effet que « tout citoyen, peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction [...] ».

droit béninois de soumettre à un arbitre une question d'inconstitutionnalité. C'est en tout cas l'impression qu'on a lorsqu'on s'intéresse à la jurisprudence constitutionnelle béninoise. En effet, appelé à statuer sur la question, dans une affaire opposant la Société Africaine de Relations Commerciales et Industrielles (SARCI-SARL) et la Société Télécél-Bénin SA, le juge constitutionnel béninois retient clairement que « L'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant le Tribunal Arbitral ad'hoc le 30 novembre 2007 par la Société Atlantique Télécom SA est irrecevable »⁶⁶.

Toutefois, en doctrine, la controverse sur l'arbitrabilité de l'exception d'inconstitutionnalité a fait couler beaucoup d'encre en doctrine. En effet, dans sa grande majorité, la doctrine retient que l'arbitre ne saurait connaître d'une question relative à l'exception d'inconstitutionnalité. Pour justifier cette position, d'aucuns estiment qu' « *un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction d'un Etat membre au sens de l'Acte uniforme [de l'OHADA], dès lors qu'il n'y a aucune obligation, ni en droit ni en fait, pour les parties contractantes de confier leurs différends à l'arbitrage et que les autorités publiques de l'Etat membre concerné ne sont ni impliquées dans le choix de la voie de l'arbitrage, ni appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure devant l'arbitre* »⁶⁷.

Pour d'autres, intégrant des enjeux de complexité du débat, l'un des enjeux « [...] ici est celui de l'ouverture de l'exception d'inconstitutionnalité en présence de deux citoyens de nationalités différentes, dont les constitutions divergent »⁶⁸. Ils se demandent donc « comment choisir entre les deux textes, sachant que le choix de l'un d'eux pourra empêcher d'alléguer l'inconstitutionnalité [d'une disposition], du fait de la non-reconnaissance d'une voie de contrôle de constitutionnalité au particulier ? »⁶⁹. En droit comparé, un courant doctrinal qui semble majoritaire en France soutient que les tribunaux arbitraux siégeant en France ne sont pas des juridictions étatiques au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Selon ce courant, ils ne relèvent pas de l'ordre juridique étatique et ne peuvent donc être saisis d'une question prioritaire de constitutionnalité. Les parties à un arbitrage dont le siège du tribunal est en France ne peuvent donc pas

⁶⁶ DECISION DCC 08 – 002, du 15 Janvier 2008

⁶⁷ AMBOULOU (H. D.), *op. cit.*, p. 13

⁶⁸ AKAKPO (M. K.), *op. cit.*, p.304

⁶⁹ *Idem*

soulever une QPC⁷⁰. La même logique continue : l'arbitre, juge privé, n'a pas de lien avec l'État. Il ne relève pas d'un ordre juridique étatique. Hormis le cas du recours en annulation, les tribunaux arbitraux et les sentences qu'ils rendent n'ont pas de lien avec les juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire. L'arbitre n'est pas habilité à saisir une instance publique pour trancher une question de droit et ce n'est pas le rôle du juge d'appui⁷¹. Dans la même veine, le Premier président de la Cour de cassation française, monsieur LAMANDA Vincent retient que « *le tribunal arbitral n'est pas une juridiction relevant de la Cour de cassation [et que] l'arbitre, détaché de tout lien avec un État, ne relève pas d'un ordre juridique étatique affirmé ; les arbitres tenant leur pouvoir du seul consentement des parties, et non de la puissance publique* »⁷². Nous ne sommes pas du même avis. En effet, tout bien considéré, est-ce judicieux d'adopter une position aussi tranchée sur la question ? L'interdiction de soumettre à la justice arbitrale une question d'inconstitutionnalité est-elle aujourd'hui en phase avec l'efficacité recherchée de la justice arbitrale ? Surtout sous l'angle des garanties du procès équitable.

A notre sens, contrairement à la position de la doctrine, le choix des justiciables de recourir à un mode privé de règlement de leurs différends ne devrait pas s'assimiler à une renonciation par eux aux droits fondamentaux qu'ils tiennent de la Constitution ou des textes internationaux. Soutenir donc qu'il est impossible de soumettre des questions relatives à la constitutionnalité des lois à un tribunal arbitral pourrait porter atteinte aux droits et libertés individuelles des justiciables. Mieux, une telle position est en porte-à-faux avec l'efficacité de la justice arbitrale recherchée. Il ne servira donc à rien d'aller au bout d'une procédure arbitrale si, in fine, la sentence qui y sera issue encourt annulation du fait que l'arbitre ait passé sous silence une question d'inconstitutionnalité. Dans ces conditions, ce sont les garanties même de la justice qui sont effritées. L'efficacité de la justice arbitrale est assez tributaire de la place des incidents de procédure qui concourent en réalité à garantir les droits de défense des parties. L'incident de faux n'est donc pas à occulter.

⁷⁰ Question Prioritaire de Constitutionnalité

⁷¹ V. BOGGS (S. P.), « Arbitrage et QPC », in : https://larevue.squirepattonboggs.com/Arbitrage-et-QPC_a1663.html, consulté le 10 juillet 2022 à 17h45.

⁷² Compte rendu n°63 de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République française, Mardi 30 juin 2009, consulté sur le site <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cloi/08-09/c0809063.asp> consulté le 05 janvier 2023

2- Des atteintes déduites du traitement de l'exception de faux pendant l'instance arbitrale

L'exception de faux est une défense au fond⁷³. Une défense au fond constitue les « raisons qu'un plaideur oppose aux prétentions de son adversaire pour les faire rejeter par le juge comme irrégulières, irrecevables ou mal fondés »⁷⁴. La question s'est posée de savoir si l'arbitre peut statuer sur les prétentions des parties en cas de faux allégué ?⁷⁵ Le législateur OHADA semble consacrer une liberté de l'arbitre dans le traitement de l'incident de faux qui, à notre avis, ne consolide pas vraiment les droits de la défense. Mieux, il ne fournit, curieusement, aucune précision sur les modalités procédurales du règlement de l'incident par l'arbitre, chose curieuse.

En effet, l'article 14 alinéa 9 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage relatif à la vérification d'écriture dispose que : « *le tribunal, sauf volonté contraire des parties, dispose également du pouvoir de trancher tout incident de vérification d'écritures ou de faux* ». La vérification d'écriture est nécessaire lorsqu'une partie produit, au cours d'une instance, pour faire la preuve de son droit, un acte sous seing privé dont son adversaire conteste l'écriture ou la signature. Dans une telle occurrence, la partie qui oppose l'acte est obligée de faire une procédure de vérification d'écriture pour rendre à son titre toute sa force probante⁷⁶. Le législateur communautaire adopte en effet, à cet égard, une solution classique : la prééminence de la volonté des parties et, en l'absence de cette volonté, la libre volonté des arbitres.

Ainsi, c'est de façon explicite que le législateur communautaire consacre la liberté des arbitres en ce qui concerne les normes procédurales applicables en matière d'incident de faux. La jurisprudence a depuis longtemps reconnu aux arbitres cette liberté de régler l'incident de vérification d'écriture⁷⁷. Rien n'impose donc, qu'en l'absence de volonté exprimée par les parties, le tribunal arbitral applique telle ou telle autre règle de procédure, même si l'arbitrage est interne. Mais, s'il est vrai que le choix de permettre que le tribunal

⁷³ Civ. 1^{re}, 9 déc. 2015, FS-P+B, n° 14-28.216

⁷⁴ CORNU (G), *op. cit.*, p.667

⁷⁵ Voir FENEON (A.) et TCHAKOUA (J-M.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, presse universitaire d'Afrique, Yaoundé, 2000, p.202

⁷⁶ VINCENT (J.) et GUINCHARD, *op. cit.*, p.1128

⁷⁷ Cass. Req., 5 février 1990, D. P., 1900. 1, 1976

arbitral tranche les incidents de vérification d'écritures ou de faux est « très pertinent » au regard du besoin de célérité que requiert la procédure arbitrale, il n'est pas à exclure que cette liberté peut remettre en cause les droits de défense des parties. Puisque, le cas échéant, les parties pourront même se voir appliquer une règle de procédure, choisie par le tribunal arbitral, pouvant leur dénier le droit de se prévaloir de l'incident de faux au titre de défense.

Par ailleurs, on peut regretter que le législateur ne fournisse aucune précision sur les modalités procédurales du règlement par le tribunal arbitral de l'incident de faux⁷⁸. En tout état de cause, la doctrine, interprétant les dispositions de l'article 14 alinéa 9 suscité, a pu dégager deux solutions. La première consiste en effet, pour les parties, à déterminer par elles-mêmes les règles procédurales applicables en la matière. Toutefois, cette solution est la moins pratique, parce que, les parties arriveraient difficilement à prévoir des réponses à toutes les questions susceptibles de se poser dans le cadre de la procédure arbitrale. Aussi et surtout, il doit être craint que mal avisée, une des parties fasse supporter à l'autre des procédures qui conduiraient à une impasse ou exposeraient à l'annulation la sentence arbitrale qui sera rendue.

Par ailleurs, les parties peuvent choisir de se référer au règlement d'arbitrage d'une institution permanente d'arbitrage. Mais, en réalité, il est rare que des règlements de centres internes d'arbitrage envisagent la question de l'incident de faux et ses modalités de traitement⁷⁹.

La seconde solution consiste à laisser au tribunal arbitral le pouvoir de régler l'incident comme il le juge approprié. Mais, dans la pratique, se pose la question des modalités de l'exercice par le tribunal arbitral de ce pouvoir. En effet, il est incontestable que le tribunal arbitral puisse, comme les parties, régler directement la procédure, se référer à un règlement d'arbitrage ou à une loi de procédure. Dans l'une ou l'autre des hypothèses, la mise en œuvre concrète par le tribunal arbitral des modalités de traitement de l'incident de faux mérite d'être explicitée par le législateur communautaire. Ceci est d'autant plus nécessaire, pour éviter l'arbitraire qui, sans nul doute, pourrait remettre

⁷⁸ Voir dans ce même sens TCHAKOUA (J-M.), « La pratique de l'exéquatur des sentences arbitrales au Cameroun », in : *Juridis Périodique* n°96, 2013, 491 pages

⁷⁹ Voir par exemple le REGLEMENT D'ARBITRAGE DU CAMEC-CCIB

en cause certaines exigences du procès équitable, en particulier le principe de l'égalité des parties et le principe du contradictoire.

De ce qui précède, il ressort aisément que le silence du législateur communautaire quant aux modalités de traitement de l'incident de faux par le tribunal arbitral, ne garantit pas vraiment le respect par la justice arbitrale des droits de défendre des parties. *In fine*, cette situation peut déteindre sur le droit des parties à l'exécution de la sentence rendue.

B- Les atteintes au droit à l'exécution des décisions de justice

« *Si l'obtention d'une décision favorable est la première victoire dans le cadre d'un contentieux, il convient cependant de garder à l'esprit que l'exécution de la décision rendue, si elle n'est pas volontaire, peut être laborieuse et onéreuse* »⁸⁰. En effet, malgré l'entreprise d'harmonisation juridique dans l'espace OHADA un certain nombre de difficultés entravent l'exequatur des sentences⁸¹. Lorsqu'il s'agit d'exécuter des sentences arbitrales contre les Etats, les parties « *s'arcbutent sur leur immunité d'exécution annihilant l'exécution de la sentence arbitrale* »⁸².

Le droit des immunités, et en particulier de l'immunité d'exécution, fait ainsi entorse au droit d'exécution des décisions de justice en général et des sentences arbitrales en particulier (1). La faiblesse des aménagements aux immunités des Etats est davantage inquiétante (2).

1- Les immunités d'exécution comme entorses au droit d'exécution des décisions de justice

« *L'antinomie exécution-immunité exprime la contradiction irréductible de l'arbitrage et des prérogatives de puissance publique* »⁸³. L'Etat et

⁸⁰ DUCLERCQ (C.), « La compensation des créances reconnues par l'arbitre et le juge », in : *arbitrage et recouvrement de créances en droit OHADA*, NGWANZA (A.) (dir.), Jus Africa, 2022, pp.165-197

⁸¹ DIALLO (A.), *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Perpignan, 2016, p.126

⁸² DIALLO (A.), *op. cit.*, p.21

⁸³ DAGBEDJI (O. G. C.), *Arbitrage OHADA et prérogatives de puissance publique nationales*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Collection des thèses, édition 2018, p.128

l'arbitrage entretiennent clairement une liaison dangereuse pour l'efficacité de cette forme de justice⁸⁴. L'article 2 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage dispose que « *toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ». L'inarbitrabilité vaincue, vint l'immunité de juridiction. Elle-même dépassée en matière d'arbitrage international, reste l'immunité d'exécution qui constitue « le butoir ultime qui risque de réduire à néant l'efficacité de la sentence arbitrale »⁸⁵.

S'il est vrai que les dispositions de l'article 2 précité reconnaissent expressément à toute personne, privée comme publique, le droit de recourir à l'arbitrage, il convient de noter qu'un tel droit ne se limite qu'à l'accès à la justice arbitrale sans aller plus loin. Plus clairement, les dispositions de l'article 2 suscitée ne prévoient que l'égalité d'accès des justiciables, personne publique ou privée à la justice arbitrale⁸⁶. La situation est assez problématique lors de la phase d'exécution proprement dite de la sentence arbitrale ; la personne publique contre laquelle elle aurait été rendue ayant souvent tendance à y faire obstacle⁸⁷. En effet, à cette phase, la partie privée se voit généralement⁸⁸ confronter aux privilèges dont bénéficient les personnes morales de droit public ainsi qu'à une complexité des procédures permettant d'aboutir à l'exécution effective d'une sentence arbitrale.

L'article 30 de l'AUPSRVE dispose clairement que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. ». Traditionnellement, les

⁸⁴ CHEDLY (L.), « L'efficacité de l'arbitrage commercial international », in : *RCADI*, 2008, vol. 400, pp.601-624

⁸⁵ *idem*

⁸⁶ OLORY-TOGBE (T), *Les difficultés d'exécution des sentences arbitrales contre les Etats et leurs démembrements en droit OHADA*, mémoire de master 2 recherche en droit privé fondamental, UCAO, 2020, p.9

⁸⁷ HAFNER (G.) et LANGE (L.), « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », in : *A.F.D.I.*, 2004, pp.45-76

⁸⁸ Cass. Civ. 2 nov. 1971 ; Cass. Civ. 1^{er}, oct. 1985, *JCP* 1986 ; Cass. Civ. 30 juin 1993, *JDI* 1994 ; Cass. Civ. 1^{er}, 12 oct. 1999, *JDI* 2000, Cass. Civ. 1^{er}, 15 oct. 1986

juridictions nationales des Etats membres de l'OHADA ainsi que la CCJA⁸⁹ font une application stricte des dispositions de l'article 30 suscité, conférant un caractère absolu à l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes morales de droit public. Une parfaite illustration ressort de l'arrêt rendu par la CCJA dans l'affaire TOGO TELECOM⁹⁰. Ceci constitue donc un frein à l'efficacité des sentences arbitrales obtenues contre les personnes morales de droit public et par ricochet, une atteinte au droit d'exécution des décisions de justice. En la matière, la jurisprudence est assez abondante. En effet, la CCJA a, par exemple, dans le dispositif de son arrêt n 043/2016 du 18 mars 2016 décidé que « les établissements à caractère administratif dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière ne peuvent faire l'objet d'aucune exécution forcée, les saisies pratiqu es sur eux étant irrégulières ; Le Vérificateur Général est un établissement public à caractère administratif doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière et bénéficie de l'immunité d'exécution »⁹¹.

Dans la mesure où le champ de l'exécution forcée est dévolu au législateur communautaire OHADA et échappe donc aux règles nationales des Etats membres en application de l'article 10 du Traité de l'OHADA et 336 de l'AUPSRVE, les marges de manœuvre permettant aux justiciables, d'obtenir l'exécution de sentences contre les entités publiques sont assez réduites.

Il sied de rappeler qu'en pratique, certaines techniques ont été mises en place pour aménager les effets pervers des immunités d'exécution dont bénéficient les personnes morales de droit public. Toutefois, ces aménagements brillent par leur inefficacité.

⁸⁹ Sur l'évolution de la jurisprudence de la CCJA en la matière, V. CCJA, 1^{re} Ch., n 43/2005, 7 juillet 2005 ; CCJA, 2^e Ch., n 09/2014, 27 février 2014 ; CCJA, Ass. Plén., n 105/2015, 4 novembre 2014 ; CCJA, 1^{re} Ch., n 44/2016, 18 mars 2016 ; CCJA, 1^{re} Ch., n 267/2019, 28 novembre 2019 ; CCJA 1^{re} Ch., n 168/2020, 14 mai 2020 ; CCJA, 2^{ me} Ch., n 76/2021, 29 avril 2021 ; V.  galement PONGO WONYA (L.), « Les immunités d'exécution à la lumière de la jurisprudence de la cour commune de justice et d'arbitrage », in Ohadata D-23-06, 27 pages ; KODO (J.), « sur le revirement jurisprudentiel de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA en matière d'immunité d'exécution », in Revue trimestrielle de droit africain cent vingt-neuvième année numéro 906, Janvier-mars 2019, pp. 102-139.

⁹⁰ CCJA, arrêt n 043/2005 du 07 juillet 2005 : AZIABLEVI YOVO et autres c/Société TOGO TELECOM

⁹¹ CCJA, Bureau du Vérificateur Général c/ M. F. DICKO, arrêt n 043/2016 du 18 mars 2016

2- L'inefficacité des aménagements aux immunités d'exécution

Toute l'évolution du droit de l'arbitrage a consisté dans une « neutralisation »⁹² progressive du statut privilégié de l'Etat en droit de l'arbitrage international. « Plutôt que de se laisser discréditer par le déphasage entre l'engagement pris en faveur de l'arbitrage et la survie des prérogatives immunitaires, le législateur a prévu des mesures alternatives à l'exécution autorisée contre des personnes étatiques »⁹³. C'est dans ce sens que des mécanismes équivalents à l'exécution forcée ont été admis pour adoucir la rigueur des immunités d'exécution étatique : il s'agit notamment de la technique de l'affacturage et de la compensation. Toutefois, dans leur mise en œuvre dans le but d'assurer l'efficacité de la sentence arbitrale condamnant la personne publique, ils rencontrent des obstacles les éloignant de ce but.

D'abord, dans sa conception la plus stricte, l'affacturage est « la technique financière résultant de la convention par laquelle un établissement financier, société d'affacturage appelée affactureur ou factor, est tenu de régler à son client, adhérent ou fournisseur, certaines créances approuvées que celui-ci détient sur un client moyennant le transfert de la créance au factor et le paiement de la commission de celui-ci »⁹⁴. L'affacturage est en effet l'une des techniques de cession de créance la plus élaborée dans le commerce international⁹⁵. Permettant a priori de contourner les résistances à l'exécution forcée, l'affacturage s'est révélé comme un instrument pouvant vaincre les privilèges d'exécution des personnes publiques. Mais, du fait de sa complexité, ce mécanisme de recouvrement des créances protège moins les intérêts du créancier sollicitant l'exécution d'une obligation pécuniaire reconnue par un tribunal arbitral⁹⁶.

L'insatisfaction qui en découle oblige à la recherche d'autres voies de droit. On a donc pensé, en pratique, à la compensation.

⁹² MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats de l'Etat », in : JDI, 1986, p. 5 s.

⁹³ DAGBEDJI (O. G. C.), *Ibidem*

⁹⁴ V. dans ce sens GAVALDA (C.) et STOUFLET (J.), « Le contrat de factoring », JCPG, 1996, I, 2014 pages

⁹⁵ V. dans ce sens JACQUET (J.-M.) et alii, *Droit du commerce international*, 2ème éd., Paris, D. 2010, pp.504 et s.

⁹⁶ DAGBEDJI (O. G. C.), *Ibidem*

Aussi, l'aménagement formel de la compensation n'a-t-elle vraiment pas été à la hauteur des attentes. En effet, instituée dans l'intérêt des créanciers de droit commun, la compensation avait pour finalité, à l'instar de l'affacturage, le recouvrement effectif d'une créance contre une personne publique. Dans cette logique, elle devrait normalement produire les mêmes effets que l'exécution de la décision passée en force de chose jugée. Donc, que la sentence ait été exécutée ou non, le recouvrement de la créance devrait aussi être assuré par le biais de la compensation.

La contradiction que génère la participation des personnes publiques à l'arbitrage OHADA est donc réelle. Pour inhiber cette contradiction, une relecture de l'article 30 de l'Acte Uniforme OHADA sur le recouvrement de créances et des voies d'exécution s'impose sans doute. D'ailleurs, dans le même sens, une partie de la doctrine est favorable à une telle relecture. D'aucuns estiment en effet que « *les dispositions de l'article 30 participent à l'isolement de la justice arbitrale en Afrique notamment dans l'espace couvert par le droit OHADA* »⁹⁷. La relecture souhaitée, permettrait de définir clairement les contours des biens concernés par cette disposition en cas de saisie des biens d'une personne publique. Mieux, il serait important, à travers cette relecture dudit article, d'écartier toute possibilité pour les personnes morales de droit public, de se prévaloir du bénéfice de l'immunité d'exécution lorsqu'elles entreprennent des activités commerciales avec des partenaires privés.

Toutefois, il y a un univers d'incertitude qui entoure cette proposition de révision de l'article 30 suscité notamment en raison du caractère politique de l'immunité d'exécution. Mais, dans cet univers d'incertitude, la solution pourrait bien être d'aller à une table de négociation avec la personne morale de droit public contre qui la sentence a été rendue, par la technique de la médiation ou de la conciliation post arbitrale.

En fin de compte, le droit OHADA de l'arbitrage s'est révélé défaillant au sujet du droit fondamental des justiciables à l'exécution des décisions de justice⁹⁸ et d'ailleurs au sujet de toutes les autres

⁹⁷ *Ibidem*, p. 11

⁹⁸ *Idem*

garanties du procès équitable étudiées supra. Cependant, une mise en œuvre perfectible desdites garanties reste envisageable.

Conclusion

En somme, ce n'est pas de l'arbitrage qu'il faut protéger les justiciables, mais plutôt de l'utilisation détournée et abusive de ce mécanisme de résolution des conflits⁹⁹, tenant compte des garanties du procès équitable. L'étude des rapports qu'entretiennent l'arbitrage et le procès équitable en droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a révélé dans un premier temps, qu'il existe un droit du procès équitable, une formalisation d'un modèle universel d'administration de la justice¹⁰⁰.

Toutefois, dans un second temps, cette étude révèle que l'arbitrage dans l'espace OHADA s'éloigne de ses objectifs de règlement équitable des différends contractuels¹⁰¹. Les garanties du procès équitable quoiqu'elles soient universellement consacrées, ne sont pas mise en œuvre de manière satisfaisante par la justice arbitrale. Du seuil de la procédure arbitrale jusqu'à l'exécution des sentences rendues, tout en passant par le déroulement de l'instance arbitrale, la pratique de l'arbitrage recèle bien d'inquiétude. En effet, dans sa pratique, l'arbitrage se caractérise par des contestations « pré-, péri- »¹⁰² et post arbitrales¹⁰³. D'aucuns parlent de « *déviaton juridictionnelle et processuelle de l'arbitrage* »¹⁰⁴. Cet état de chose est inquiétant même s'il faut souligner que le droit OHADA a le mérite de lutter relativement contre l'insécurité juridique et judiciaire qui sévissait dans l'espace communautaire.

⁹⁹ V. dans ce sens ABID (C.), *L'arbitrage international et la protection du consommateur, Le point sur l'état du droit, mémoire de master 2 droit européen et international des contrats, Université de Limoges, 2012, p.49*

¹⁰⁰ GUINCHARD (S.), et *alii.*, *Droit processuel, Droit commun du procès*, 1ère éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 279

¹⁰¹ DIALLO (A.), *op. cit.*, p.241

¹⁰² Signifie : avant et juste après

¹⁰³ OPPETIT (B.), *op. cit.*, pp.118-119

¹⁰⁴ DIALLO (A.), *Ibidem*

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

