

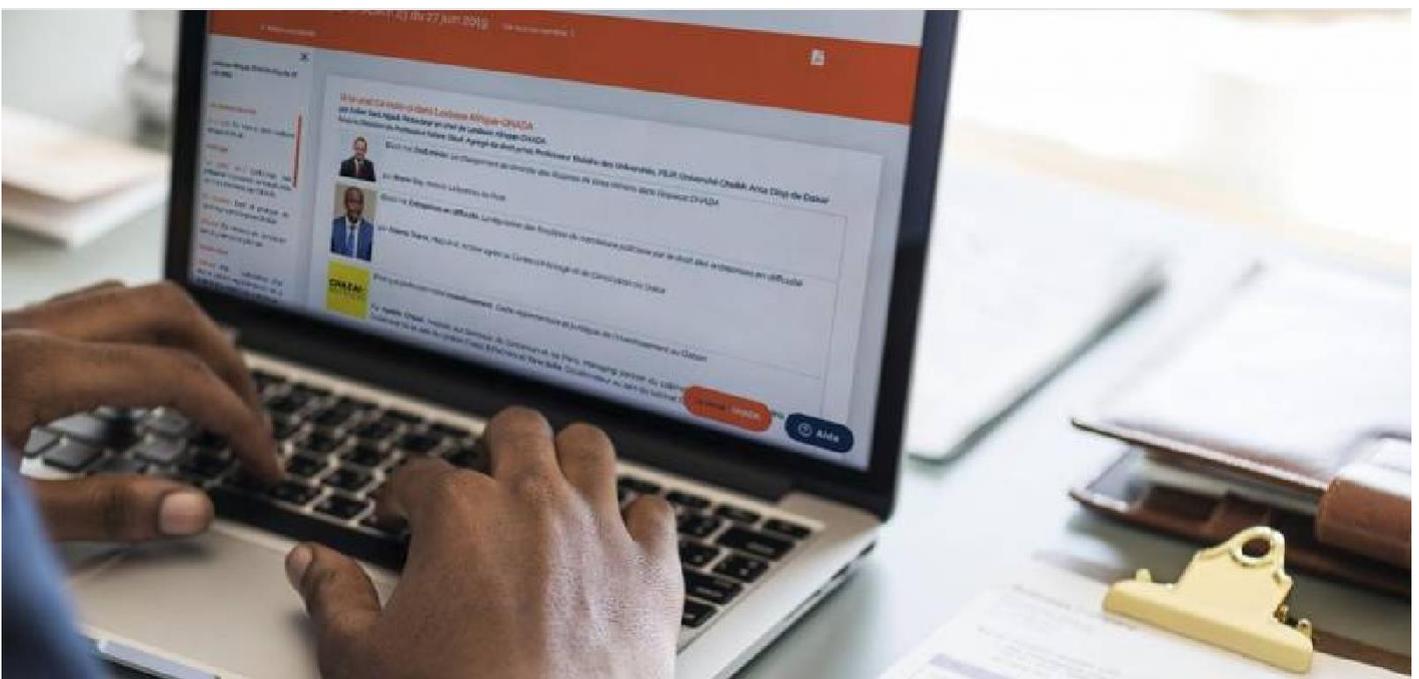
# Lexbase Afrique- OHADA n°63 du 16 février 2023

**larevue** lexbase Afrique-OHADA n°63

16 février 2023

Sous la direction scientifique de **Professeur Ndiaw Diouf**, Agrégé de droit privé, Professeur titulaire des Universités, FSJP, Université Cheikh Anta Diop de Dakar

**Aziber Didot - Seïd Algadi**, Rédacteur en chef de Lexbase Afrique-OHADA





## Droit pénal spécial

- [\[Doctrine\]](#) Recherches sur l'encadrement juridique du harcèlement sexuel en droit pénal camerounais  
Par Mayoue Fils Basile Désiré

## Arbitrage

- [\[Doctrine\]](#) Le statut de l'arbitre en droit OHADA, entre l'exigence de sécurité juridique et judiciaire  
Par Nkea Ndzigue Francis

## Droit minier

- [\[En librairie\]](#) Droit minier et des hydrocarbures en Afrique centrale à l'aune des dernières réformes

## Électoral

- [\[En librairie\]](#) Eligibilité et droit applicable aux anciens présidents en République Démocratique du Congo

## Entreprises en difficulté

- [\[Doctrine\]](#) L'efficacité des procédures collectives en droit OHADA - Mythe ou réalité ?  
Par Mon-Espoir Mfini

## Maritime

- [\[Doctrine\]](#) La construction épistémologique d'une notion de navire applicable en droit maritime camerounais : état des lieux et perspectives  
Par Kenguep Ebénézer

## Sociétés

- [\[En librairie\]](#) Droit OHADA et responsabilité sociétale des entreprises - Un processus d'actualisation indispensable

## Sûretés

- [\[Doctrine\]](#) Le formalisme du cautionnement à la lumière des réformes du droit des sûretés OHADA et du droit français  
Par Nyia Engon Nelly Géraldine Solange

## Affaires

- [\[Brèves\]](#) Gabon : attributions et organisation de la Direction Générale des Affaires Juridiques Internationales

Réf. : Décret n° 00288/PR/MAE du 17 novembre 2022 portant création, attributions et organisation de la Direction Générale des Affaires Juridiques Internationales

## Pénal

- [\[Brèves\]](#) Incompétence de la CCJA pour connaître des recours contre une décision appliquant de sanctions pénales

### Procédure civile

- [Brèves] Obligation d'indication de la forme de la personne morale dans l'acte de signification d'une saisie- attribution de créances

Réf. : CCJA, 9 juin 2022, n° 099/2022

- [Brèves] Des effets de la décision statuant sur opposition à la décision portant injonction de payer

Réf. : CCJA, 3 novembre 2022, n° 159/2022

- [Brèves] Incompétence de la CCJA pour connaître d'une demande de révision du prix d'un contrat, fondée sur le droit nigérien

Réf. : CCJA, 30 juin 2022, n° 119/2022

---

### Sûretés

- [Brèves] *Quid* de l'inscription hypothécaire sur présentation d'une note d'honoraires ?

Réf. : CCJA, 30 juin 2022, n° 124/2022

### Voies d'exécution

- [Brèves] Annulation de la condamnation du tiers saisi en raison de l'extinction de la dette par le paiement du débiteur principal

Réf. : CCJA, 30 juin 2022, n° 132/2022

- [Brèves] Exigence d'énonciation du titre exécutoire dans l'acte de saisie-attribution

Réf. : CCJA, 30 juin 2022, n° 129/2022

---

Comité scientifique :

**Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye**, Président du comité scientifique, Professeur titulaire (Sénégal)

**Professeur Patrice Badji**, Agrégé de droit privé, UCAD, Dakar (Sénégal)

**Professeur Cheikh Abdou Wahab Ndiaye**, Agrégé de Droit privé, UCAD, Dakar (Sénégal) **Professeur Ndèye**

**Coumba Madeleine Ndiaye**, Agrégée de droit privé, UCAD, Dakar (Sénégal) **Professeur Papa Talla Fall**,

Agrégé de droit privé, UCAD, Dakar (Sénégal)

**Professeur Mamoudou Niane**, Agrégé de droit privé, UGB Saint-Louis (Sénégal)

**Professeur Moussa Guèye**, Agrégé de droit privé, UCAD, Dakar (Sénégal)

**Professeur Aboudramane Ouattara**, Agrégé de droit privé, Université Houphouët-Boigny, Abidjan (Côte d'Ivoire)

**Professeur Daphtone Jospin Lekebe Omouali**, Agrégé de droit privé, Université de Brazzaville (Congo)

**Professeur Dieunedort Nzouabeth**, Agrégé de droit privé, UCAD Dakar (Sénégal) **Professeur**

**Boubacar Bâ**, Agrégé de droit public, UCAD, Dakar (Sénégal) **Professeur Aziz Daba Kébé**,

Agrégé de droit public, UCAD Dakar (Sénégal) **Professeur Koffi Agbenoto**, Agrégé de droit

privé, Université de Lomé (Togo)

**Professeur Jean-Claude Ngnintedem**, Professeur titulaire, Université de Ngaoundéré (Cameroun)

**Professeur Alex-François Tjouen**, Agrégé de droit privé, Université de Yaoundé II (Cameroun)

**Maître Michael Bühler**, Docteur en droit de l'Université de Genève, Avocat aux barreaux de Düsseldorf, New- York et Paris (France)



## [Doctrines] Le statut de l'arbitre en droit OHADA, entre l'exigence de sécurité juridique et judiciaire

par Nkea Ndzigue Francis, Docteur en droit, Maître-Assistant de droit privé, Université Omar Bongo (Libreville-Gabon)

### Introduction

A la veille des années 1990, heure de la mondialisation des économies [1], le besoin d'investir dans les Etats africains commence à se faire ressentir. Ceux-ci, pour la majorité, mis sous Programmes d'Ajustement Structurel (PAS) dès 1980 [2] par la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International, avaient à cœur l'essor de leurs différentes économies et le souci du développement. Face à ce besoin, il se présentait le problème de l'insécurité juridique et judiciaire longtemps décrié par les opérateurs économiques ainsi que les acteurs du monde des affaires [3].

L'insécurité décriée par l'ensemble des opérateurs économiques résultait selon certains auteurs [4] d'une part de la diversité et de la vétusté des règles applicables aux activités économiques ; de l'éparpillement des textes, des législations disparates et inadaptées [5]. D'autre part, cette insécurité se caractérisait par une insuffisance des moyens matériels [6] et humains, par les lenteurs judiciaires, le coût élevé des procédures, la difficile exécution des décisions de justice, la formation insuffisante des magistrats en droit économique et financier, des auxiliaires de justice qui, travaillent dans les conditions sociales pas très agréables, des procès iniques détruisant l'environnement des affaires [7], accueil des moyens dilatoires les plus critiquables [8], autant de maux qui sont inéluctablement des facteurs de recrudescence de la corruption.

Le deuxième dysfonctionnement qui a fragilisé les institutions judiciaires dans les Etats membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est l'ampleur de la corruption, au point de ne plus rassurer les investisseurs étrangers et d'être devenu chose banale [9]. Telle une pieuvre géante, elle est présente au quotidien dans tous les secteurs d'activités économiques et dans la gestion de la chose publique. L'institution judiciaire des pays de l'Afrique francophone n'a pas réussi à échapper à ses tentacules [10]. Cette foulditude de réalités inconvenantes, va pousser les justiciables à se détourner de l'appareil judiciaire étatique, du juge étatique et à se tourner vers l'arbitrage, notamment vers l'arbitre.

Il n'y avait donc pas de sécurité juridique et judiciaire sur plusieurs plans et pendant longtemps, il existait de nombreuses défaillances. A cet effet, il était donc judicieux d'agir sur les normes régissant le droit des affaires. Car non codifiées, mal connues, pour certaines d'entre elles obsolètes, les règles gouvernant l'activité économique nécessitaient de profondes réformes normatives [11]. Pour ces raisons, dans le vaste champ de travail circonscrit par le législateur OHADA à l'article 2 du Traité, l'arbitrage figure en bonne place [12].

Cependant, la notion d'«arbitrage» n'est définie par aucun texte de l'OHADA relatif à l'arbitrage [13], et ce en dépit de son fort enracinement historique. Il s'agit d'une notion dont l'existence remonte à la nuit des temps [14]. Communément, l'arbitrage est défini comme un mode privé de règlement des différends fondé sur la convention des parties, se caractérisant par la soumission d'un litige à de simples particuliers choisis par les parties, directement ou indirectement [15]. Une doctrine entend par l'arbitrage une «*justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun pour être résolus par des individus revêtus pour la circonstance, de la mission de les juger*» [16]. Ces individus à qui les parties décident de confier le règlement de leur différend, parce que recherchant la sécurité juridique et judiciaire, sont dénommés arbitre.

Etymologiquement, le mot arbitre est lui-même né de la combinaison de *ad* et *baetere*, c'est-à-dire «*se rendre sur place, pour examiner, expertiser, pour entendre les parties*» [17]. En droit de l'arbitrage, l'arbitre est la personne investie par une convention d'arbitrage de la mission de trancher un litige déterminé et qui exerce ainsi, en vertu d'une investiture conventionnelle, un pouvoir juridictionnel [18]. Compte tenu de l'importance de la mission confiée à cet autre acteur central et important de la justice arbitrale, l'acquisition du statut de l'arbitre ne saurait être chose hasardeuse. En effet, le statut de l'arbitre [19], selon Paul-Gérard Pougoué, Jean Marie Tchakoua et Alain Feneon, est l'ensemble des conditions que doit remplir une personne pour être arbitre, les garanties et les avantages qui lui sont dus, mais aussi les règles encadrant l'acceptation de sa mission [20]. Il s'agit des règles auxquelles le tribunal arbitral [21] est soumis du début jusqu'à la fin du procès arbitral et qui lui permettent d'atteindre les objectifs de sécurité juridique et judiciaire désirés par les parties.

La sécurité juridique et judiciaire n'est pas une notion facile à appréhender [22], tant les facettes sont multiples [23] et compte tenu de son contenu fuyant, qui varie en fonction des disciplines juridiques qui l'abordent [24]. Face à l'absence d'une définition univoque «purement juridique», dérivé du mot latin *securitas*, de *securus* : sur (sine *cura* : sans soucis, sans inquiétude, calme), le terme sécurité renvoie à une «*situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques [...]*»[25]. Au sens large, pour le Conseil d'Etat français dans son rapport public de 2006, le principe de sécurité juridique «*implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leurs parts des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises dans le temps, à des variations trop fréquentes ni surtout imprévisibles*». De cette définition, la sécurité juridique est d'abord garantie par la qualité de la loi. Cette dernière doit être normative, c'est-à-dire qu'elle doit prescrire, interdire et sanctionner. En outre, la règle de droit doit être intelligible, accessible et stable.

Enfin, que serait ce corpus normatif accessible, intelligible, stable, voire prévisible sans effectivité ? On comprend la corrélation entre la sécurité juridique et la sécurité judiciaire. La sécurité juridique n'a de sens que «*si un tiers neutre et impartial est accessible, qu'il présente des garanties d'indépendance, qu'il ait les moyens d'entendre les parties publiquement [26], équitablement et dans un délai raisonnable, que ses décisions sont intelligibles, accessibles et prévisibles et dotées de l'autorité de la chose jugée. Sans procès juste et équitable, sans recours juridictionnel pas de sécurité juridique*» [27]. Il ne saurait exister de sécurité juridique et judiciaire sans accès à la justice, sans l'existence des garanties procédurales, sans véritable indépendance du juge. La sécurité judiciaire (souvent considérée improprement comme synonyme de la sécurité juridique) s'entend d'un sentiment de confiance des acteurs économiques et des usagers du service public de la justice dans l'institution judiciaire. Ainsi, pour que les parties se sentent protégées, il faut que les deux versants de la sécurité juridique dégagés par le droit international soient atteints. Il s'agit du versant objectif et subjectif [28] de la sécurité juridique.

Appliqué au droit de l'arbitrage, les parties doivent être en mesure de connaître, d'accéder et de prévoir le droit applicable par l'arbitre avec certitude. De même, les parties doivent avoir accès à des normes stables en lien avec le statut de l'arbitre. Car, un droit instable génère la perte de la confiance [29] dans le droit et par la même occasion l'insécurité juridique subjective. Autrement dit, vérifier si le statut de l'arbitre répond aux exigences de sécurité juridique et judiciaire nécessite de poser un droit de regard sur son investiture et son office. Au stade de l'investiture, la garantie de la sécurité juridique procède de la clarté des règles qui concourent à l'acquisition de la qualité d'arbitre notamment, les exigences légales d'acquisition de la qualité d'arbitre, de la prééminence de la volonté des parties dans le choix de l'arbitre, de l'assistance du juge étatique en cas de blocage des parties. Mais aussi et surtout, du respect de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre durant toute l'instance arbitrale. Dans l'office, la garantie de la sécurité judiciaire des parties est menacée. Cette menace résulte de certaines insuffisances au niveau de l'étendue et de la protection des pouvoirs de l'arbitre. Elle provient aussi, des difficultés dans la mise en cause de la responsabilité de l'arbitre.

Dans le souci de répondre aux attentes des investisseurs nationaux et internationaux dont la confiance au juge étatique s'est édulcorée, et de leur garantir la sécurité juridique et judiciaire, le droit de l'arbitrage mis sur pied,

réglemente le statut de l'arbitre. Avec la réforme intervenue en novembre 2017, les acquis en faveur du statut de l'arbitre sont maintenus [30], mais des progrès ont été effectués [31], dans le but de rendre la justice arbitrale plus sécurisante et d'éviter à l'arbitre des situations de scandales [32].

Ainsi, le souci de répondre aux exigences de sécurité juridique et judiciaire a donc été une préoccupation majeure de la réforme du droit de l'arbitrage OHADA. Même si l'on peut légitimement se demander si l'objectif a été atteint ? Autrement dit, peut-on affirmer que le statut de l'arbitre tel que conçu et aménagé en droit de l'arbitrage OHADA satisfait-il les exigences de sécurité juridique et judiciaire ? Il ressort de l'analyse non seulement du droit OHADA, mais aussi du droit comparé, que le statut de l'arbitre contribue de façon mitigée aux exigences de sécurité juridique et judiciaire désirées par les parties.

La réponse à ce questionnement s'articulera autour de deux constats relevés à la suite de la lecture des nouveaux textes organisant l'arbitrage OHADA notamment l'AUA et le RA/CCJA. D'une part, il apparaît que la garantie de la sécurité juridique est avérée dans l'investiture de l'arbitre **(I)**, d'autre part, la garantie de la sécurité judiciaire est menacée dans l'office de l'arbitre **(II)**.

## **I - La garantie avérée de la sécurité juridique dans l'investiture de l'arbitre**

Dans la perspective de développement des Etats de l'OHADA, il est essentiel pour les investisseurs nationaux et internationaux, personnes morales ou physiques, de bénéficier d'un système judiciaire équipé de moyens matériels importants et de moyens humains suffisants, compétents et intègres. Il est également important pour les investisseurs d'avoir à leur disposition des règles de droit accessibles, prévisibles et stables. Il s'agit d'un

«*triptyque classique*» [33] qui compose la notion de sécurité juridique. En effet, les acteurs du monde des affaires doivent être en mesure de connaître, d'accéder et de prévoir le droit applicable pour pouvoir agir avec certitude. L'examen du nouveau droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges laisse apparaître quelques manifestations de la sécurité juridique dans l'investiture de l'arbitre. Cela passe par la consécration expresse des exigences conférant la qualité d'arbitre **(A)** et se poursuit par les moyens garantissant l'investiture d'un arbitre de qualité **(B)**.

### **A - Une sécurité juridique certaine issue des exigences conférant la qualité d'arbitre**

Le législateur OHADA de l'arbitrage offre les garanties de sécurité juridique certaine aux parties. Ceci à travers la clarté des exigences légales d'acquisition de la qualité d'arbitre **(1)** garantissant la transparence, mais aussi par la reconnaissance expresse de la volonté des parties dans l'acquisition de la qualité d'arbitre **(2)** destinée à garantir la confiance légitime.

#### **1 - La clarté des exigences légales d'acquisition de la qualité d'arbitre**

La sécurité juridique est omniprésente dans tout le droit de l'arbitrage OHADA. Le droit de l'arbitrage constitue un élément de sécurisation dans l'espace OHADA étant donné qu'il offre aux sujets de droit des garanties avec la qualité de la loi, notamment sa clarté. Car, pour réaliser l'objectif de sécurité juridique et sécuriser les relations juridiques, il est évidemment nécessaire d'agir sur les normes régissant le statut de l'arbitre, notamment sa désignation.

En effet, la désignation de l'arbitre par les parties ne se fait pas d'une manière hasardeuse. Elle répond à un ensemble de règles et d'exigences clairement formulé par le législateur OHADA de l'arbitrage. Ainsi, pour garantir la sécurité juridique aux parties, le législateur OHADA de l'arbitrage en s'inspirant des instruments juridiques internationaux a posé respectivement dans l'AUA et le RA/CCJA, les exigences qui confèrent la qualité d'arbitre. Figurent parmi ces exigences, celles qui sont consubstantielles à la mission juridictionnelle de l'arbitre et celles relatives à sa personne.

Dans le droit OHADA de l'arbitrage, la désignation d'une personne comme arbitre doit satisfaire clairement aux exigences d'indépendance et d'impartialité. Il s'agit des deux qualités indispensables à l'exercice de tout pouvoir

juridictionnel. Concrètement, les conditions légales exigées, en droit OHADA de l'arbitrage restent identiques, aussi bien dans l'arbitrage *ad hoc* ou dans l'arbitrage institutionnel. Ces exigences légales sont clairement consacrées [34] par les textes de la CNUDCI. S'agissant de l'arbitrage *ad hoc*, l'article 7 de l'AUA dans sa rédaction réformée le 23 novembre 2017, énonce, en son alinéa 3 que «*L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties*». Cette disposition est quasiment identique à celle de l'arbitrage institutionnel CCJA, notamment l'article 4.1, alinéa 1 qui énonce que «*Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties*». Telles que rédigées, plus aucun doute n'est permis sur les deux dispositions faisant de l'indépendance et de l'impartialité des exigences qui confèrent la qualité d'arbitre. Ces qualités semblent constituées «*sans nul doute, les conditions les plus importantes*» [35]. Car, elles ont vocation à s'appliquer à tout type d'arbitrage dont le siège se situe dans l'un des Etats partie. Tout comme le juge, l'arbitre doit demeurer indépendant et impartial [36]. L'on peut se réjouir de cette consécration légale qui a pour effet de rendre davantage le droit OHADA de l'arbitrage plus lisible [37] et prévisible.

Toutefois, de manière assez peu heureuse, ni l'AUA ni le RA/CCJA n'en donne le sens exact. Même si l'AUA et le RA/CCJA utilisent conjointement les notions d'indépendance et d'impartialité, ces deux notions n'ont pas la même signification. En retour, l'indépendance doit s'entendre comme une absence de lien de dépendance (personnel, de subordination, pécuniaire, de conflits d'intérêts), tandis que l'impartialité est davantage subjective et consiste en l'absence de préjugé sur le litige ou de parti pris [38]. Bien plus, que de simples exigences, l'indépendance et l'impartialité constituent l'essence même de la fonction de juger, car la sécurité juridique objective ne peut être atteinte que lorsque l'arbitre est neutre [39].

Egalement, considérée comme l'âme de la procédure arbitrale, la durée de ces exigences est également précisée. En effet, le législateur OHADA de l'arbitrage a eu le mérite de préciser, pour les besoins de sécurité juridique que ces exigences sont permanentes. Selon l'article 7, alinéa 3 de l'AUA et l'article 4 du RA/CCJA, l'arbitre doit demeurer indépendant, c'est-à-dire pendant toute l'instance arbitrale. Il doit être indépendant et impartial du début de l'instance arbitrale [40], jusqu'au terme de l'instance arbitrale [41]. Cependant, en dépit du rôle majeur que joue l'impartialité et l'indépendance dans la sécurité des parties, il reste que la preuve de la partialité [42] d'un arbitre reste très difficile à établir, car la partialité est une donnée subjective [43].

Par ailleurs, à côté des exigences consubstantielles à l'exercice de toute mission juridictionnelle, figurent dans les textes de l'arbitrage OHADA, d'autres exigences. Il s'agit des exigences personnelles, de qualités inhérentes à l'arbitre. En effet, selon l'article 5 de l'AUA, alinéa 1 «*la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique*». L'article 7, alinéa 3 de l'AUA poursuit en disant que «*l'arbitre doit avoir le plein exercice de ces droits civils*». A travers ses dispositions, il ressort d'abord qu'aucune personne morale ne peut être arbitre, car il s'agit d'une mission destinée essentiellement aux personnes physiques [44]. C'est donc de manière très opportune que la loi indique que l'arbitre ne peut être qu'une personne physique. Car comme l'indique Paul- Gérard Pougoué, Alain Feneon et Jean-Marie Tchakoua, en l'absence d'une telle indication, on pouvait entretenir des discussions en avançant par exemple qu'une institution d'arbitrage peut avoir la qualité d'arbitre [45]. En revanche, pour sa part, le RA/CCJA reste très discret. Il faut procéder à une interprétation des textes pour aboutir à la solution [46].

Ensuite, ne peut officier en qualité d'arbitre, qu'une personne ayant la capacité juridique. En effet, parmi les conditions exigées par le législateur communautaire OHADA pour être un arbitre, figure en bonne place et de manière explicite l'exigence de la capacité civile à travers l'article 7, alinéa 3. Cette capacité doit être pleine et entière, notamment la capacité de jouissance et d'exercice. Ce qui écarte les personnes protégées par un régime de tutelle ou de curatelle. Enfin, la législation OHADA ne pose aucune autre condition. Cela implique en effet, qu'une personne physique étrangère peut, sans aucun doute possible intervenir comme arbitre [47].

Outre la clarté des exigences légales d'acquisition de la qualité d'arbitre, la sécurité juridique se manifeste aussi par la reconnaissance expresse de la volonté des parties dans l'acquisition de la qualité d'arbitre. En droit de

l'arbitrage OHADA, contrairement aux exigences consubstantielles à la mission juridictionnelle qui sont clairement formulées, les exigences rentrant dans la volonté des parties pour investir un arbitre ne sont pas précisées, bien qu'étant prise en compte dans le choix de l'arbitre. Une volonté censée garantir la sécurité juridique subjective, notamment la confiance légitime.

## 2 - La reconnaissance expresse de la volonté des parties dans l'acquisition de la qualité d'arbitre

L'investiture de l'arbitre en droit de l'arbitrage OHADA ne peut se faire autrement que par le respect et la prise en compte de la volonté des parties. La liberté quasi-totale qu'ont les parties dans le choix de la personne de l'arbitre, permet de combiner la flexibilité avec la sécurité juridique. Par la prise en compte de la volonté des parties, le législateur OHADA émet une solution au besoin de sécurité juridique destinée à protéger les parties. En effet, le versant subjectif de la sécurité juridique vient protéger la confiance légitime, les attentes légitimes que le comportement d'un acteur a fait naître dans l'esprit d'un autre acteur de bonne foi.

Il est intéressant de préciser qu'en droit de l'arbitrage OHADA, la confiance légitime entre les parties et l'arbitre englobe de nombreuses situations. D'abord, elle est présente à travers le primat de la volonté des parties dans le choix de l'arbitre. Selon l'article 6 de l'AUA «*les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés, conformément à la convention des parties*». Cette prééminence de la volonté des parties se justifie d'abord par le fait qu'avant d'être juridictionnel, l'arbitrage est d'abord conventionnel. Ainsi, l'idée même de sécurité juridique est appréhendée dans le consentement de l'arbitre. Car, il n'y a pas d'arbitrage sans le consentement valide [48] des parties. L'arbitre ne peut intervenir que si les parties ont marqué leur accord, la justice arbitrale étant une justice consensuelle par excellence. Ce postulat est consacré par le législateur OHADA de l'arbitrage lorsqu'il reconnaît et consacre explicitement que la volonté des parties prime, lorsqu'il faut nommer un arbitre [49]. A travers ce consentement, les parties peuvent se prémunir des éventuels vices procéduraux susceptibles d'entraver leurs intérêts.

Le vocable «consentement», selon le vocabulaire juridique est issu du latin «*consentire*» qui signifie «être d'accord» [50]. Il s'agit de l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer les effets de droit. Ainsi, il se situe au cœur de la convention d'arbitrage. Pour être valable, il doit être libre et clair. Par rapport à la liberté du consentement, il faut souligner que l'AUA affirme clairement que c'est à la convention d'arbitrage signée par les parties, et à elle seule, qu'il incombe de désigner les arbitres et de fixer les modalités de leur désignation [51]. L'arbitrage OHADA ne prend pas en compte l'arbitrage forcé [52]. Le consentement des parties doit être intègre et en revanche non vicié, c'est-à-dire il ne doit pas être obtenu par erreur [53] ou par violence [54]. Quant à la clarté du consentement, elle renvoie au fait que le consentement doit être univoque, c'est-à-dire clair, afin de dissiper toute velléité de discussion [55].

Néanmoins, pour des besoins de sécurité juridique, le législateur OHADA de l'arbitrage a prévu clairement des restrictions à cette liberté. Cette liberté est restreinte d'abord par la valeur numérique du tribunal arbitral dans l'AUA, notamment le nombre d'arbitres [56]. Ensuite, elle est limitée par le respect du principe d'égalité des parties [57], principe essentiel pour garantir la sécurité juridique. Quoiqu'il en soit, le consentement libre et clair des parties doit être un sacerdoce dans les modalités d'investiture de l'arbitre afin que la sécurité juridique soit garantie.

Le consentement des parties prend corps dans une convention d'arbitrage, qui accorde toute la légitimité de l'arbitre [58]. Il faut entendre par convention d'arbitrage [59] un accord par lequel deux ou plusieurs personnes décident de soumettre le règlement de leur différend né ou à naître à un tribunal arbitral. Elle peut se traduire aussi bien à travers une clause compromissoire [60] qu'à travers le compromis [61]. Ainsi, tandis que le règlement d'arbitrage de la CCJA [62] se contente uniquement de faire référence à la convention d'arbitrage sans la définir, l'article 3-1, al.1 de l'AUA pour répondre aux exigences de clarté de la norme, stipule que «La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis». A travers ces instruments prévus par le législateur OHADA, l'arbitre est un juge investi par les parties. Cette liberté de choix est un moyen de renforcer la confiance légitime des parties.

A s'en tenir au contenu de l'article 6 de l'AUA, on comprend que les parties décident aussi sur les qualités tant professionnelles et personnelles des arbitres. En effet, pour opérer le choix de l'arbitre, elles s'appuient sur des critères d'opportunité [63]. Notamment la langue [64], l'éthique de l'arbitre, sa nationalité, et sa profession. Le législateur OHADA en laissant aux parties la liberté de définir les qualités de leur juge, cherche à créer en elles une certaine sérénité, qui garantirait les attentes ou les espérances légitimes [65] pour assurer la sécurité des rapports juridiques.

Quoique bien établie en droit OHADA de l'arbitrage, la volonté des parties peut se heurter souvent à des difficultés lorsqu'il faut choisir l'arbitre. Et parce que le principe de sécurité juridique suit l'investiture de l'arbitre comme son « ombre » du début jusqu'à la fin, les parties bénéficient de l'assistance judiciaire. En effet, pour éviter aux parties des blocages dans le choix de l'arbitre, le législateur OHADA de l'arbitrage a érigé des organes de renfort à la volonté des parties. En droit uniforme OHADA, l'assistance du juge judiciaire à l'investiture de l'arbitre est prévue aux articles 6 et 8 de l'AUA. Alors que l'article 6 ne vise que l'intervention du juge judiciaire dans la constitution du tribunal arbitral, l'article 8 envisage à la fois cette hypothèse et celle des incidents postérieurs à la constitution du tribunal arbitral. Tout comme dans l'arbitrage ad hoc, l'arbitrage institutionnel de la CCJA est fortement marqué par l'assistance du juge public, spécifiquement de la Cour [66]. Ces organes interviennent pour secourir [67], parfaire et contrôler la volonté des parties.

Tout compte fait, la consécration expresse du primat de la volonté des parties dans l'investiture de l'arbitre en droit OHADA de l'arbitrage est un gage de sécurité juridique. D'abord parce que la présence de l'arbitre dans un différend résulte du consentement libre et éclairé des parties. Ensuite, parce que la confiance légitime et les attentes légitimes des parties sont effectives. Enfin, pour éviter les blocages, le législateur de l'arbitrage OHADA consacre clairement l'assistance judiciaire aux parties dans le but d'investir un arbitre de qualité.

Ceci dit, la garantie avérée de la sécurité juridique dans l'investiture de l'arbitre se poursuit par les moyens clairement prévus par le législateur OHADA de l'arbitrage pour investir un arbitre de qualité.

## **B - Une sécurité juridique certaine issue des moyens garantissant l'investiture d'un arbitre de qualité**

Les moyens d'expression de la sécurité juridique dans le droit de l'arbitrage OHADA sont divers, mais l'obligation de révélation et la récusation occupent une place centrale et indéniable. Ainsi, en raison de l'intérêt avéré qui leur a été accordé par la récente révision de l'AUA et du RA/CCJA afin de garantir davantage la sécurité juridique, il est opportun que les développements qui vont suivre puissent être dédiés à leur étude. Ainsi, en se référant aux textes OHADA de l'arbitrage, on observe que l'obligation de révélation est expressément consacrée **(1)**. Ce qui est aussi le cas de la récusation de l'arbitre **(2)** qui fait l'objet d'une reconnaissance explicite. Il s'agit là d'un arsenal de moyens destiné à garantir l'effectivité des exigences d'indépendance et d'impartialité tant de manière préventive que curative.

### **1 - Le moyen préventif : la révélation exigée à l'arbitre**

La garantie de la sécurité juridique impose aux arbitres ou au tribunal arbitral, de révéler avant d'accepter leur mission ou durant l'accomplissement de celle-ci, toute circonstance de nature à affecter leur indépendance ou leur impartialité. Synonyme de l'obligation « d'information » [68], de « divulgation » [69] ou de « renseignement » [70], l'obligation de révélation a été définie par Frédéric Eisemann comme étant la « *règle déontologique obligeant l'arbitre d'informer les parties, pour leur permettre de juger si elles peuvent néanmoins lui faire confiance* » [71].

Le législateur OHADA a posé très clairement dans l'AUA et le RA/CCJA l'obligation de révélation, en vue de prévenir, limiter et empêcher la réalisation d'un risque ou d'un dommage dans le processus d'investiture de l'arbitre. Ainsi, pour mieux comprendre l'apport de l'obligation de révélation de l'arbitre comme véritable indicateur de la sécurité juridique dans son investiture, l'analyse des textes OHADA de l'arbitrage, est nécessaire.

Dans le droit OHADA de l'arbitrage, l'obligation de révélation de l'arbitre est explicitement consacrée pour

garantir aux parties la transparence dans l'investiture de l'arbitre. L'alinéa 4 de l'article 7 de l'AUA dispose expressément que «Tout arbitre pressenti informe les parties de toute circonstance de nature à créer dans leur esprit un doute légitime sur son indépendance et son impartialité et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit». Cet article a subi une réelle modification et une évolution. Dans son sens originel [72], l'alinéa 2 de l'article 7 de l'AUA disposait que «si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit».

Le RA/CCJA est révisé dans la même perspective. En effet, l'article 4, al. 1 du RA/CCJA dispose que « *Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties. Il doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité. Avant sa nomination ou sa confirmation par la Cour, l'arbitre pressenti révèle par écrit au Secrétaire Général toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance [...]. L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétaire Général et aux parties, toutes circonstances de même nature qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la Cour et la notification de la sentence finale* ». Il résulte de ces deux dispositions combinées que tout arbitre souhaitant officier comme juge privé dans l'arbitrage OHADA doit être indépendant et impartial. Ceci en vertu du principe de la bonne foi à l'adresse des parties et éventuellement de la CCJA. Le droit OHADA de l'arbitrage s'est inspiré des instruments juridiques internationaux [73], en lien avec cette exigence. Elle vise, comme l'énonce la jurisprudence [74] à maintenir le lien de confiance [75] entre les arbitres et les parties. L'obligation de révélation élargie permettrait ainsi aux parties d'être éclairées au moment de choisir les arbitres qui constitueront le tribunal arbitral. Ce choix effectué par les parties n'est légitimement exercé que si aucun doute ne subsiste dans l'esprit des parties sur l'indépendance, l'impartialité et la neutralité de ceux qu'elles investissent comme juge dans leurs différends.

L'obligation de révélation de l'arbitre se matérialise par la signature d'une déclaration d'indépendance [76]. Dans la pratique arbitrale, il est exigé aux arbitres de remplir une déclaration d'acceptation et d'indépendance [77], et par la même occasion de faire connaître toutes observations éventuelles qu'ils jugent pertinentes [78]. Cette déclaration doit être complète et ne souffrir d'aucune lacune [79]. A travers cette déclaration, les parties peuvent vérifier la probité de l'arbitre et limiter les risques d'actions en annulation fondés sur d'éventuels manquements à l'exigence d'indépendance. En dépit de son apport pour la sécurité juridique, l'AUA n'en fait pas mention [80].

Par ailleurs, le caractère permanent de l'obligation de révélation exigée à l'arbitre dans l'arbitrage OHADA contribue aussi à la sécurité juridique. L'objectif de la sécurité juridique recherchée ne sera atteint que lorsqu'elle survient au bon moment. Ainsi, dans la formulation actuelle, que ce soit l'AUA en son article 7, alinéa 5 tout comme le RA/CCJA en son article 4.1, tous deux se montrent précis sur le moment de la révélation. Elle est permanente [81], précède l'acceptation par l'arbitre de sa mission. Selon les textes de l'OHADA sur l'arbitrage, elle s'étale tout au long de l'instance arbitrale et ce jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale [82]. Ce caractère permanent de la révélation est confirmé par la Cour d'appel de Paris en ces termes «*l'arbitre a l'obligation d'informer les parties de l'existence de telles circonstances aussi bien lors de sa désignation qu'au cours de la procédure arbitrale*» [83].

Ainsi dit, il n'existe pas une réelle contestation sur la pertinence de l'obligation de révélation dans l'amélioration de la sécurité juridique désirée par les parties. Néanmoins, seules quelques incertitudes qui planent sur le contenu exact des faits à révéler par l'arbitre soulèvent des interrogations, qui mettent en mal le besoin de transparence et de sécurité juridique que désirent les parties. A ce propos, certains auteurs émettent des réserves sur la contribution réelle de l'obligation de révélation basée sur «le doute dans l'esprit des parties» à offrir véritablement la sécurité juridique aux parties. Face à cette exigence, une question se pose : qu'est-ce qui doit être exactement déclaré par l'arbitre ?

Depuis la réforme de 2017, la teneur de l'obligation de révélation des arbitres dans l'AUA et le RA/CCJA a changé. Le législateur OHADA n'a plus adopté une conception «objectiviste», qui consiste à fonder l'obligation de révélation sur la seule exigence d'indépendance et d'impartialité et les causes objectives de récusation [84].

Avant la réforme, seules les causes préétablies de récusation du juge des juridictions officielles créaient une obligation de révélation [85]. Par la suite, la Cour de cassation a revu sa position [86] en l'élargissant. Dorénavant, le critère de l'existence d'un courant d'affaires ou d'un conflit d'intérêts rentre dans la révélation de l'arbitre [87]. L'arbitre doit révéler les liens qui risquent d'avoir une incidence sur sa décision, et il revient au juge d'appui de procéder à une vérification et une appréciation de la révélation de l'arbitre [88].

En revanche pour la CCJA, c'est la solution contraire qui est retenue. Elle prend ses marques dans l'arrêt du 29 juin 2017 [89] qui approuvait un arrêt de la Cour d'appel de Douala (Cameroun) du 19 décembre 2014 [90]. Selon cette décision, le manquement à l'obligation de révélation qui incombe à l'arbitre emporte nullité de la sentence, sans qu'on ait à rechercher si les juges du fond ont caractérisé en quoi le fait non révélé par l'un des arbitres affecterait son indépendance. Le périmètre de l'obligation de révélation s'est trouvé élargi [91]. Il ressort que, la norme juridique de l'OHADA, à notre sens, a plutôt privilégié une approche «semi subjective» [92] de l'obligation de révélation en ayant à l'esprit la volonté de renforcer la confiance entre l'arbitre et les parties.

Cependant, les incertitudes juridiques sur la conception de la révélation [93] fragilisent l'idée de sécurité juridique. En effet, le législateur exige à l'arbitre de révéler tout fait ou circonstance de nature à créer dans l'esprit des parties un doute légitime. La réponse à cette exigence est plus difficile à donner. Tout d'abord, parce qu'elle laisse place à diverses interprétations, qui paraissent très peu sécurisantes. Cette insécurité découle de l'appréciation subjective et au libre arbitre, de l'absence de clarté et du flou sur le contenu exact des faits et circonstances devant être révélés par l'arbitre et qui crée un doute dans l'esprit des parties.

Ensuite, avec cette nouvelle formulation, il pourrait d'abord être difficile à un arbitre de se regarder «avec les yeux» des parties afin de décider si tel fait, qui le concerne, peut détruire la confiance placée en lui [94]. Compte tenu de cela, une partie de mauvaise foi, pourrait éventuellement trouver dans cette disposition un motif spécieux pour introduire une demande d'annulation de la sentence. En outre, parce qu'il est demandé à l'arbitre de se placer dans l'esprit d'un tiers objectif, afin de déterminer si les circonstances dont il envisage la révélation seraient ou non susceptibles de créer pour ce dernier un doute quant à son impartialité ou son indépendance. Enfin, l'incertitude survient sur le fait que le législateur OHADA ne précise pas les limites exactes de l'obligation de révélation, car l'arbitre ne doit pas certainement tout révéler, notamment les informations notoires [95] ; les informations académiques ou scientifiques [96].

Pour corriger ces incertitudes afin de renforcer la sécurité juridique, l'obligation de révélation devrait être précisée, soit en intégrant des lignes directrices et des questionnaires détaillés comme c'est le cas pour la première de l'*International Bar Association* (IBA) [97] sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international et pour la seconde certains Etats fédérés des Etats-Unis. Ainsi, le droit OHADA de l'arbitrage offre les garanties de sécurité juridique dans l'investiture de l'arbitre par l'obligation de révélation. Cette garantie se poursuit par la possibilité reconnue explicitement aux parties de récuser un arbitre après son investiture.

## **2 - Le moyen curatif : la récusation possible de l'arbitre**

Parmi les mesures prévues par le législateur OHADA de l'arbitrage pour protéger les parties contre l'arbitraire de leur juge-arbitre, figure en bonne place la récusation.

La récusation n'a pas fait l'objet d'une définition dans le droit OHADA de l'arbitrage. Ainsi, elle peut être appréhendée selon le Vocabulaire juridique, comme «*tout acte par lequel un plaideur refuse d'être jugé par ou en présence d'un magistrat ou par un arbitre dont il conteste l'impartialité*» [98]. Plus spécifiquement encore, Olivier Pomies l'appréhende comme «*l'acte par lequel une des parties à l'arbitrage refuse d'accepter telle personne nommée en qualité d'arbitre*» [99]. Dans les textes de l'OHADA relatifs à l'arbitrage, le législateur consacre clairement la possibilité qu'ont les parties de récuser l'arbitre. Dans l'AUA, cela résulte de l'article 8 [100]. Le RA/CCJA l'envisage pour sa part dans l'article 4 [101]. Et le Traité OHADA se limite à l'énoncer dans l'article 22 [102]. Tous ces différents articles traitent de la récusation, ce qui suppose qu'on a dépassé le stade de l'investiture de l'arbitre. Sa consécration explicite vise à faire garantir les obligations de l'arbitre.

Cependant, s'il a le mérite de l'avoir consacré, les causes de récusation sont imprécises. En effet, le Traité se limite à énoncer qu'en cas de récusation d'un arbitre par une partie, la Cour statue [103]. Il reste discret sur les causes de récusation. L'Acte uniforme quant à lui, se limite à parler de toute cause de récusation, sans faire une précision [104]. Il se contente de préciser tout simplement que la récusation d'un arbitre n'est admise que pour une cause révélée après sa nomination. En revanche pour sa part, le RA/ CCJA [105] semble faire preuve d'une grande souplesse. Il prévoit que la demande de récusation peut intervenir si elle est fondée sur une simple

«*allégation de défaut d'indépendance ou sur tout autre motif* ». C'est déjà une avancée. En revanche, de nombreuses conventions internationales sur l'arbitrage [106] prévoient que la récusation peut être demandée par une des parties en cas de manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité, ou si l'arbitre ne présente pas les qualités requises pour juger. Il se trouve que le législateur laisse les parties, dans une situation d'incertitude, qui certainement fragiliserait la sécurité juridique recherchée. Compte tenu de ce vide, sur quoi peuvent s'appuyer les parties pour récuser un arbitre ?

D'une manière générale, les parties pour récuser l'arbitre peuvent recourir aux causes de récusation propres à la justice étatique. Il s'agit d'une approche controversée [107] dans la doctrine. Si pour les uns, il faut transposer les causes de récusation propres au juge étatique par souci d'objectivité et de prévisibilité. Pour les autres, il est impossible de faire une transposition [108]. D'abord, parce que cela conduit fatalement à renvoyer aux législations nationales, ce qui n'est sans doute pas l'idéal. Ensuite, certaines législations pourraient même ne pas contenir la liste des causes de récusation du juge étatique [109]. Enfin, parce que les arbitres sont choisis par les parties, il est possible que certaines circonstances sans grande signification pour la justice étatique soient regardées avec attention dans l'arbitrage.

Par ailleurs, l'arbitre peut être récusé par les parties pour des motifs conventionnels. Il peut être récusé s'il viole une clause du contrat qu'il a passé avec les parties. Ainsi, au-delà des causes de récusation prévues pour le juge étatique, il faudrait admettre toute autre circonstance qui montre objectivement une absence d'indépendance ou d'impartialité [110].

En ce qui concerne la procédure de récusation, pour des exigences de sécurité juridique, elle est laissée à la volonté des parties. L'AUA à travers l'article 8, alinéa 1 dispose qu'« *en cas de différend, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, la juridiction compétente dans l'Etat partie statue [...]* » [111]. Il revient principalement aux parties d'organiser la procédure de récusation soit par une convention ou par le règlement d'arbitrage d'une institution d'arbitrage. En revanche, dans l'arbitre CCJA, cette procédure est portée devant la Cour. En tout état de cause, la décision rendue ne sera susceptible d'aucun recours. Il s'agit d'une mesure prise pour garantir la célérité désirée par les parties.

Cette volonté fait l'objet d'un encadrement normatif. Les parties pour récuser un arbitre doivent respecter les délais. Dans l'AUA, ce délai ne doit pas excéder 30 jours à compter de la découverte du fait ayant motivé la récusation par la partie qui entend s'en prévaloir [112]. Dans le cadre de l'arbitrage CCJA, l'article 4.2 du RA/CCJA fixe également à 30 jours le délai de la récusation. Cette récusation n'est rendue possible que par l'assistance du juge compétent du siège de l'arbitrage dans les Etats de l'OHADA dans l'AUA et dans l'arbitrage CCJA à la Cour de se prononcer sur la recevabilité et le bien-fondé du motif de la récusation et sur la recevabilité de la demande de récusation et ceci dans le cadre d'une procédure contradictoire [113].

De toute façon, dans l'un comme dans l'autre cas, la récusation peut soit aboutir ou demeurer inachevée. Lorsqu'elle aboutit, les parties peuvent procéder à la révocation de l'arbitre et donc à son remplacement tel qu'organisé par les articles 6 de l'AUA et 4 du RA/CCJA. Dans le cas contraire, si elle est inachevée, les parties ou la partie insatisfaite peuvent initier un recours en annulation de la sentence pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral [114]. Toutefois, si la garantie de la sécurité juridique est avérée dans l'investiture de l'arbitre, son office en tant que juge privé, n'offre pas suffisamment de garantie de sécurité judiciaire recherchée par les parties à travers l'arbitrage.

## **II - La garantie limitée de la sécurité judiciaire dans l'office de l'arbitre**

L'office de l'arbitre tel que conçu et aménagé par le droit OHADA de l'arbitrage, peut davantage garantir la sécurité judiciaire aux parties. Mais la présence de quelques insuffisances et imperfections dans les pouvoirs de l'arbitre **(A)** ainsi que dans les obligations **(B)** de ce dernier, contribuent à menacer la sécurité judiciaire des parties.

## **A - La menace de la sécurité judiciaire dans les pouvoirs de l'arbitre**

La garantie de la sécurité judiciaire des parties est limitée par l'étendue des pouvoirs reconnus à l'arbitre par le législateur OHADA de l'AUA et du RA/CCJA. En effet, pour accomplir sa mission de juge, l'arbitre bénéficie d'énormes pouvoirs communément admis par la majorité des Etats. Toutefois, ces pouvoirs sont circonscrits

[115] dans un cadre bien précis dans lequel l'arbitre ne peut se soustraire. Ainsi, la sécurité judiciaire recherchée par les parties en recourant à l'arbitre se trouve menacée tant du fait de la limitation des pouvoirs procéduraux de l'arbitre **(1)** que des pouvoirs de fond **(2)** de ce dernier.

### **1 - La menace de la sécurité judiciaire par la limitation des pouvoirs procéduraux de l'arbitre**

Pour garantir la sécurité judiciaire, il faut que la mission de justice accordée à l'arbitre et surtout, celle de la faire respecter, soit accompagnée des pouvoirs particuliers. Ces pouvoirs doivent être propres à la fonction de juge. En effet, la fonction de juge est attachée à deux éléments qui en font son essence, son pouvoir. La *jurisdictio* et l'*impérium* [116]. L'arbitre OHADA dispose du pouvoir de dire le droit [117]. Si le droit dont il dispose est dit, il reste toutefois formel.

Premièrement, dans la quête de vérité et l'instruction efficace du litige, le législateur OHADA de l'arbitrage à travers l'AUA et le RA/CCJA reconnaît clairement aux arbitres plusieurs pouvoirs en lien avec la procédure. L'article 11 de l'AUA et l'article 10.3 du RA/CCJA reconnaît à l'arbitre le pouvoir de statuer sur les incidents de compétence [118]. Il s'agit d'un véritable bouclier contre les manœuvres dilatoires des parties.

Le pouvoir de «compétence-compétence» reconnu à l'arbitre par le législateur OHADA est un principe processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence est consacré actuellement par la plupart des lois étrangères. Le principe est ancré et stable dans la jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation française qui a ainsi pu juger qu'«il appartient à l'arbitre, par priorité, de statuer sur sa propre compétence» [119]. Cependant, une partie au procès a la possibilité de soulever l'exception d'incompétence du tribunal arbitral [120].

Deuxièmement, selon l'article 14 de l'AUA et l'article 10-1 du RA/CCJA, l'arbitre dispose du pouvoir de prendre des mesures provisoires et conservatoires. C'est un pouvoir accordé aux arbitres dans la plupart des systèmes juridiques nationaux [121], malgré qu'il y en a qui réservent cela spécifiquement au juge étatique [122].

Il s'agit d'un ensemble de décisions qui ne tranchent pas le fond du litige, mais statuent sur un ou plusieurs chefs de demandes qui nécessitent une solution urgente dans le but de protéger les droits des parties. Leurs objectifs est soit de préserver une situation de fait ou de consolider une relation juridique, soit pour sauvegarder un élément de preuve, soit encore, pour prévoir l'octroi d'une provision. Elles sont diverses : séquestre, interdiction de poursuivre les travaux, octroi d'une provision [123].

Cependant, en dépit de l'indéniable efficacité de ces pouvoirs pour la sécurité judiciaire des parties, ils sont toutefois limités. D'abord, parce que dans l'ensemble des pays de tradition civiliste auxquels appartiennent les Etats membre de l'OHADA, l'arbitre ne dispose pas de pouvoirs tels que le *worldwide freezing order*, encore appelé *mareva injunction* [124]. Ce pouvoir permet de geler les avoirs du débiteur, d'effectuer des actes susceptibles d'amoindrir son patrimoine. Ensuite, la sécurité judiciaire dans l'office de l'arbitre est limitée du fait des pouvoirs reconnus aux juges. En effet, à propos de ce pouvoir, l'AUA à travers l'article 13, alinéa 4 prévoit une compétence concurrente entre le juge étatique [125] et l'arbitre [126]. Le principe de parallélisme de compétence entre les juridictions étatiques et arbitrales est posé. Aussi, il ne peut prendre des mesures conservatoires et provisoires à l'égard des tiers à la convention d'arbitrage. Il s'agit d'un effet direct du principe de l'autonomie de la volonté qui veut que les conventions n'aient d'effets qu'entre les parties. Enfin, la volonté

des parties peut venir limiter les pouvoirs de l'arbitre [127]. En ce qui concerne les mesures provisoires, l'AUA et le Code de procédure civile français, ne conditionnent pas ce pouvoir à l'accord préalable des parties.

En revanche, le RA/CCJA permet aux parties à travers la convention d'arbitrage, de soustraire l'arbitre de prononcer les mesures provisoires et conservatoires [128]. La formule retenue par la CCJA est celle qui reconnaît à l'arbitre le pouvoir de prononcer des mesures provisoires qu'avec l'accord préalable des parties. La formule semblable est aussi retenue dans la loi suisse de droit international privé, la loi anglaise, et la loi néerlandaise [129].

Troisièmement, il est impossible pour l'arbitre de prononcer les saisies conservatoires et les suretés judiciaires. Le législateur OHADA de l'arbitrage n'autorise pas cela ni dans l'AUA par l'article 14, alinéa 11, ni dans le RA/CCJA à travers l'article 10-1, alinéa 1. Une limitation qui fragilise l'office de l'arbitre. Car, il s'agit des mesures conservatoires qui prises à temps, constituent souvent un atout décisif dans un litige et incitent le débiteur à rechercher une solution amiable fait remarquer un auteur [130]. Mais aussi parce que, ces pouvoirs visent à préserver [131] une situation de fait ou de droit, des preuves et même d'anticiper sur la solution au fond du litige en sollicitant une provision [132]. Il s'agit des mesures qui sont réservées uniquement au juge étatique selon le législateur communautaire OHADA. Pour faire exécuter une décision, l'arbitre doit nécessairement requérir l'aide de la force publique.

Elle présente un aspect profondément coercitif, puisqu'elle préfigure l'exécution forcée : «*Dans la mesure où une saisie conservatoire n'est que l'anticipation de l'exécution de la sentence à intervenir, dont elle est destinée à assurer l'efficacité, elle relève naturellement de la compétence des juridictions étatiques*» [133]. Ce recours, peut constituer une gêne à la célérité de la procédure arbitrale. Si la sécurité juridique est menacée par la limitation des pouvoirs procéduraux de l'arbitre, cette menace subsiste aussi dans la limitation des pouvoirs de fond reconnus à ce dernier.

## **2 - La menace de la sécurité judiciaire par la limitation des pouvoirs de fond de l'arbitre**

Dans la mission de justice qui lui est confiée, l'arbitre essaie d'obtenir du litige, les éléments qui vont asseoir la sentence arbitrale avenir qu'il va prononcer. Pour le faire, l'arbitre doit disposer des pouvoirs de fond lui permettant d'accéder à la vérité [134]. C'est ainsi que, tout comme le juge étatique, l'arbitre dans la législation OHADA de l'arbitrage dispose de certains [135] pouvoirs efficaces au bon déroulement de la justice arbitrale. Parmi ces pouvoirs, l'arbitre dispose du pouvoir d'ordonner la production des documents [136], de recourir aux experts [137], de trancher les incidents de vérifications d'écriture ou de faux [138], le pouvoir de statuer en amiable composition [139] et de recourir aux usages du commerce international [140]. Ces pouvoirs sont nécessaires à l'instruction du litige et pour départager les parties.

D'un côté, il est impossible pour les arbitres de prononcer des astreintes. Il s'agit là d'un élément important de *l'imperium mixtum*, en tant que prolongement de la fonction de juger [141]. L'AUA et le RA/CCJA sont restés muets sur la question. Un tel silence sur une question aussi sensible est critiquable, car elle emporte plusieurs conséquences. D'abord, cela sous-entend que les arbitres ne disposent pas du pouvoir de prononcer des astreintes aussi bien à l'endroit des parties ou des tiers. Car, s'il est vrai que classiquement l'arbitre «*peut prendre l'initiative [...] il est dépourvu de tout moyen de contrainte pour faire comparaître et disposer un témoin qui s'y refuse. Pas davantage, il ne lui serait loisible d'ordonner cette comparaison sous astreinte*» [142]. Ensuite, l'arbitre ne peut pas enjoindre les parties à exécuter par la force la sentence arbitrale ou certaines décisions en lien avec l'administration de la justice [143]. Autrement dit, l'arbitre ne peut faire une «*intrusion dans le patrimoine d'autrui*» [144]. Dans de telle situation, sa décision ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée, et n'est pas exécutable immédiatement. Enfin, l'absence de ce pouvoir fait en sorte que l'arbitre ne peut enjoindre des parties à communiquer une pièce nécessaire pour faire avancer les débats. Il lui est aussi impossible de prononcer des sanctions en cas de refus d'exécution. En droit français, le législateur de l'arbitrage donne la possibilité à l'arbitre le pouvoir d'assortir les mesures conservatoires et provisoires d'astreintes, lorsqu'il les juge opportunes [145].

De l'autre côté, l'existence d'un *imperium* embryonnaire [146] de l'arbitre en droit OHADA constitue une menace pour les besoins de sécurité judiciaire des parties. Le caractère embryonnaire de l'*impérium* de l'arbitre découle du fait qu'il est dit habituellement, qu'il ne dispose pas de cela. Toutefois, le contraire a été démontré. Selon les études, il dispose de l'*imperium*, dénommé *imperium mixtum*, mais pas de l'*imperium pur* [147].

Selon Chekroune, l'*imperium* peut être scindé en trois catégories bien distinctes. Ce sont l'*imperium mixtum*, *imperium merum* et *imperium summum*. Exprimant la contrainte exercée par un organe de contrainte, l'*imperium summum* est un instrument de la souveraineté territoriale de l'Etat. L'*imperium merum* quant à lui, est le pouvoir le plus absolu à la disposition du juge étatique. L'*imperium* de l'arbitre s'entend donc «[...] de l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique [...]» [148]. En retour, l'*imperium mixtum* qui exprime l'injonction intellectuelle est intimement lié à l'exercice de la *jurisdictio*. Cet *imperium*, ne suppose aucun pouvoir de contrainte matérielle. Cette dernière parcelle d'*imperium* n'est pas un monopole d'Etat et peut revenir dans une certaine mesure à l'arbitre.

Malheureusement pour ce dernier, cet *imperium* ne lui octroie pas le pouvoir de rendre ses décisions exécutoires dès leur prononcé [149], pas plus qu'il ne peut contraindre une partie à exécuter une obligation de faire ou de forcer un tiers à témoigner [150]. En effet, l'arbitre ne dispose pas des pouvoirs capables de contraindre une partie ou un tiers à exécuter sa sentence.

Nous sommes en face d'un arbitrage «taillé sur mesure» pour l'arbitre. Les possibilités que lui permettent cet *imperium* ne sont pas de nature à lui donner une autonomie complète dans la gestion optimale de la justice. Ce qui semble paradoxal, quant aux désirs des parties de gagner du temps, d'obtenir un procès en toute confidentialité et celui du législateur OHADA de faire de l'arbitre un juge efficace. La diligence ne peut être observée lorsqu'il doit saisir le juge étatique pour résoudre des incidents de procédure. Ce handicap fragilise sa mission puisqu'il doit impérativement recourir aux services d'un acteur extérieur pour parvenir à ses fins. Il ne dispose pas d'*imperium merum*. Il s'agit du pouvoir le plus absolu. Il est l'avantage exclusif du juge étatique qui ne le partage avec aucun autre acteur de la justice.

A ce titre, Blaise PASCAL disait que «la justice sans force est impuissante, la force sans justice est tyrannique» [151]. L'arbitre exerce sa mission juridictionnelle sans véritable pouvoir de contrainte. Il décide des mesures envers les parties en espérant que celle-ci les exécutent de bonne foi. La quête de la vérité nécessite des investigations, des actions qui, lorsqu'on est démuné d'un pouvoir de contrainte, freinent ou limitent le périmètre de l'action de l'arbitre. Avec l'absence de ce pouvoir, la confiance en la justice arbitrale peut s'effriter. Par ailleurs, l'absence d'un tel pouvoir conduit l'arbitre à compter en grande partie, sur la volonté des parties et sur le juge étatique en cas de résistance de l'une d'entre elles pour exécution.

A part cela, l'arbitre en droit OHADA, ne dispose pas de pouvoir en matière de production des preuves forcées à l'égard d'une partie. L'une des choses qu'il peut faire face au refus de coopération d'une partie, c'est de tirer les conséquences du refus de collaborer d'une partie dans une sentence arbitrale [152], ou bien solliciter l'assistance du juge étatique. Cette solution n'est pas identique en droit français [153].

Face à toutes ces insuffisances, l'idéal serait d'étendre davantage les pouvoirs de l'arbitre. Vu qu'il officie comme juge, la reconnaissance à l'arbitre de l'*imperium merum*, le législateur OHADA de l'arbitrage rendrait l'arbitre autonome. L'arbitre rendu autonome par l'*impérium merum*, confère une nouvelle dimension à l'arbitrage [154]. En effet, avec ce pouvoir, l'arbitre sera plus efficace au niveau de l'*exequatur* des sentences arbitrales internes dans l'espace OHADA. Ces dernières ne feront plus l'objet d'un contrôle de la part des juges nationaux mais seront directement applicables avec le concours des forces publiques. En renforçant les pouvoirs de l'arbitre tant au niveau de la procédure que du fond, et en fixant les conditions d'exécution des mesures provisoires extraterritoriales prononcées, l'arbitre devient maître de son instance. Dans la même veine, le législateur OHADA de l'arbitrage devrait lui reconnaître le pouvoir d'ordonner les saisies conservatoires [155],

surtout lorsque les biens se trouvent entre les mains d'une partie au procès arbitral.

Au total, il est traditionnellement reconnu que l'arbitre ne dispose pas d'imperium. Cependant, le développement de l'arbitrage comme mode de règlement des différends partout dans le monde et particulièrement dans l'espace OHADA, a conduit à reconnaître à l'arbitre des pouvoirs que l'on pourrait ranger dans la catégorie de l'imperium *mixtum*. Toutefois, ces pouvoirs sont insuffisants au regard de la place de l'arbitrage dans le règlement des litiges. Dès lors, renouveler la réflexion sur l'imperium de l'arbitre présente un intérêt indéniable. Elle conduit à la conclusion selon laquelle, si l'arbitre a un imperium restreint du fait de l'origine contractuelle de sa mission, il est nécessaire d'étendre l'imperium de l'arbitre en droit OHADA en prenant pour fondement l'autonomie de l'ordre juridique arbitral et l'évolution de la notion d'imperium.

## **B - La menace de la sécurité judiciaire dans les obligations de l'arbitre**

A travers la lecture de l'AUA, du RA/CCJA et du Traité de l'OHADA, le législateur OHADA de l'arbitrage a le mérite de faire peser sur l'arbitre deux types d'obligations pour assurer la sécurité judiciaire aux parties : juridictionnelles et contractuelles [156]. Ces deux types d'obligations instituées de façon simultanée, visent à garantir le respect de la bonne administration de la justice, ainsi que d'assurer la protection des parties et des arbitres. Cependant, la menace de la sécurité judiciaire dans les obligations de l'arbitre passe par le caractère discriminatoire de l'immunité accordé à l'arbitre (1), ainsi que par le caractère ambigu de la mise en cause de sa responsabilité dans l'accomplissement de ses obligations (2).

### **1 - La menace de la sécurité judiciaire issue du caractère discriminatoire de l'immunité de l'arbitre**

L'arbitre qu'il soit *ad hoc* ou institutionnel a des obligations juridictionnelles. Pour cela, il est souhaitable qu'il bénéficie de certaines protections dans son office, protections comparables plus ou moins à celles que les systèmes juridiques accordent à son homologue le juge étatique. En effet, pour protéger l'arbitre dans l'accomplissement de ses obligations de juge, il lui est reconnu une immunité. Le législateur OHADA de l'arbitrage de novembre 2017 ne met pas un accent particulier sur cette mesure de protection des arbitres. Ainsi, la menace à la sécurité judiciaire s'observe d'abord par le silence manifeste de l'AUA à ce sujet, ainsi que par la reconnaissance expresse d'une immunité diplomatique aux arbitres CCJA.

Premièrement, il faut d'emblée dire que l'idée de la reconnaissance d'une immunité fonctionnelle à l'arbitre est diversement appréciée et la question de son opportunité s'est d'ailleurs souvent posée [157]. L'AUA qui est la source du droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA ne reconnaît pas explicitement l'immunité aux arbitres, qu'il s'agisse de l'immunité diplomatique ou de l'immunité de fonction. Ce silence ne signifie pas forcément que les arbitres en sont dispensés. Dans ce cas, bénéficient-ils d'une immunité de principe du fait de leur mission de juger ?

En effet, l'arbitre dès acceptation de sa mission accède au statut de juge par l'effet du contrat d'investiture, possédant ainsi les mêmes droits et devant respecter les mêmes devoirs qu'un juge [158]. Dans ce cas, on ne saurait l'accuser d'avoir effectué un mauvais jugement. Sauf à restreindre la sécurité, l'indépendance et l'autorité de celui-ci dans les limites incompatibles avec la mission de trancher le litige [159]. Par ailleurs, selon Pierre Meyer, l'absence de dispositions juridiques conférant aux arbitres dans l'AUA une immunité, il paraît contraire au droit positif de faire bénéficier ces derniers d'une immunité de principe. Cependant, parce que n'étant pas comme n'importe quel prestataire de service, la forme juridictionnelle de leur mission laisse sous-entendre qu'ils bénéficient d'une immunité juridictionnelle principielle [160]. La conséquence directe de cette immunité est qu'aucune des parties ne peut les attirer pour le mal jugé en fait ou en droit du litige, mais parce que la sérénité [161] de l'arbitre peut provenir d'elle. Cette sérénité ne sera obtenue que lorsque sa liberté de juger est totale et loin des craintes des représailles. Ce n'est que de cette façon que la sécurité judiciaire que désirent les parties sera garantie.

Deuxièmement, l'immunité diplomatique discriminatoire dans le RA/CCJA peut être une menace pour la sécurité judiciaire des parties. Sujet à controverse, l'immunité diplomatique accordée aux arbitres de la CCJA constitue

sans doute l'une des spécificités de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA. Unique en son genre, le Traité OHADA accorde à l'arbitre qui exerce sa mission sous l'égide de la CCJA le bénéfice d'une immunité diplomatique. En effet, il ressort de l'article 49 du Traité révisé que «[...] les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques». A l'analyse de cet article, le Traité constitutif de l'OHADA reconnaît bien aux arbitres une immunité diplomatique. En attendant que les juges de l'espace OHADA et surtout la CCJA se prononcent, peut-être, un jour sur le contenu de l'immunité diplomatique, il conviendrait de se référer à la Convention de Vienne de 1961 [162]. Celle-ci résume l'immunité diplomatique en l'inviolabilité personnelle, l'immunité juridictionnelle et les exemptions fiscales et douanières.

A travers l'article 49 du Traité, les arbitres qui officient sous l'égide de la CCJA bénéficient d'une double protection. En plus de l'immunité de fonction principale, ceux nommés ou confirmés par la CCJA bénéficient d'une immunité supplémentaire notamment l'immunité diplomatique. De cette double protection est née la controverse. D'un côté, nous avons une thèse excessiviste. Pour eux, la protection diplomatique serait «malencontreuse, choquante» [163] et «incompréhensible» [164]. Dans le même ordre d'idée, Pierre Meyer [165] et Paul-Gérard Pougoué [166] reprochent à cette disposition de violer l'égalité des droits des parties, qui constitue un principe d'ordre public procédural. Et à Abdou Diallo [167] de dire que les arbitres ne sont pas des fonctionnaires d'une organisation internationale, l'immunité est donc inappropriée. Une autre thèse défendue par Gaston Kenfack Douajni pense en effet qu'en dépit «des critiques formulées par la doctrine à l'encontre de cette disposition, il n'y a pas lieu de penser que ce texte puisse constituer une réelle entrave à l'expansion de l'arbitrage CCJA» [168]. Il est rejoint par Koffi Drissa Adama qui considère que l'immunité ne saurait signifier l'impunité [169]. Pour cet auteur, le maintien de cette immunité est opportun.

Cette césure de la doctrine sur la question constitue une menace à l'idée de sécurité judiciaire. C'est pourquoi, le législateur OHADA devrait soit purement et simplement supprimer [170] cette immunité diplomatique conférée aux arbitres de la CCJA. Le déséquilibre entre les arbitres sera rétabli. Soit, l'étendre à la totalité des arbitres de l'OHADA, c'est-à-dire qu'elle devrait être prévue par le droit commun ou être plus étendue par le Traité de cette organisation. Un ensemble de moyens, qui contribuera à faire rehausser la sécurité judiciaire.

## 2 - Le caractère ambigu de l'ouverture de la responsabilité de l'arbitre

La question de la responsabilité de l'arbitre reste étonnamment étrangère aux préoccupations du législateur, et relativement récente au sein de la jurisprudence ainsi qu'aux écrits doctrinaux. Il n'y a pas de question plus délicate que celle de la responsabilité de l'arbitre [171]. En droit OHADA de l'arbitrage, cette question qu'elle soit civile, pénale, disciplinaire ou institutionnelle n'a pas fait l'objet de consécration législative spécifique. A l'intérieur de ces textes, aucun chapitre n'est dédié à la responsabilité de l'arbitre. Toutefois, si le législateur OHADA et français sont demeurés silencieux sur la question de la responsabilité de l'arbitre, la jurisprudence [172], quant à elle, a eu l'occasion de s'y pencher, mais assez tardivement. C'est à peu près à la même période, au cours des années 1990, que la doctrine [173] et la pratique [174] française ont commencé à s'intéresser au statut de l'arbitre et à sa responsabilité.

C'est sous le prisme de l'immunité de l'arbitre que la question a été évacuée. Pourtant, la notion de responsabilité n'est pas une création particulièrement jeune [175]. En dépit du silence manifeste du législateur OHADA sur l'arbitrage, le principe de la responsabilité de l'arbitre existe et est bel et bien effectif. Cette effectivité découle sans doute du fait que, les garanties de sécurité judiciaire doivent impliquer nécessairement la mise en place d'un système de responsabilité de l'arbitre, dès lors qu'un justiciable est victime d'un préjudice né de l'activité de service privé de la justice arbitrale. Faire de l'arbitre un juge responsable est une garantie de justice réelle dans la mesure où l'on aboutirait à une transparence de l'activité judiciaire. En outre, l'idée de sécurité judiciaire implique aussi que le juge soit «bon» ; c'est-à-dire irréprochable et qui, le cas échéant, paye pour ses fautes.

En dépit de la contribution et du bien-fondé de la responsabilité de l'arbitre pour la sécurité judiciaire, les difficultés dans la mise en cause de la responsabilité civile et pénale de l'arbitre l'ont fragilisé.

A propos de la responsabilité civile qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, ni l'AUA, le RA/CCJA et le Traité OHADA de l'arbitrage ne traite de cette question. Malgré ce mutisme législatif, la reconnaissance d'une telle responsabilité peut sans doute provenir du contrat d'arbitre qui fournit le cadre général de l'activité de l'arbitre [176]. En principe, l'arbitre étant lié aux parties par un contrat, sa responsabilité devrait être engagée dans les conditions de l'article 1142 du Code civil [177]. La Cour de cassation française avait adopté cette position dans les termes suivants : «*Les arbitres n'étant investis d'aucune fonction publique et ne pouvant, par suite, engager la responsabilité de l'Etat énoncée par l'article 505 du Code de procédure civile [...], l'action en dommages-intérêts dirigée contre eux à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun*» [178]. Aujourd'hui, le doute est levé pour tous, que l'édifice arbitral repose principalement sur un socle contractuel. Car la doctrine [179] et la jurisprudence [180] ne cessent de le réaffirmer. Ainsi, la responsabilité de l'arbitre peut être envisagée pour les fautes qualifiées de personnelles, qui recouvrent des fautes équipollentes au dol ou constitutives d'une fraude, d'une concussion, d'une faute intentionnelle, d'une faute lourde ou d'un déni de justice [181]. Toutefois, la difficulté réside dans l'identification des obligations contractuelles de l'arbitre.

En outre, la responsabilité civile délictuelle de l'arbitre peut être aussi ouverte. Elle se rapporte à une faute coupable en dehors du contrat. La responsabilité civile délictuelle des arbitres permet, en théorie, de sanctionner la faute de ces derniers lorsque celle-ci ne présente aucun lien possible avec l'exercice de la fonction juridictionnelle. Dans cette hypothèse, l'arbitre agit «*anormalement en personne, c'est-à-dire en se comportant comme s'il ne servait plus le droit. C'est l'hypothèse d'une responsabilité d'un juge hors de lui [...]*» [182]. Il peut s'agir d'un manquement à l'obligation de révélation qui est une obligation précontractuelle [183], un préjudice à l'endroit d'un tiers.

Néanmoins, toutes ces hypothèses la responsabilité civile des arbitres ne se conçoit pas aisément dès lors qu'il est difficile d'imaginer l'arbitre sortir véritablement de ses missions et ainsi, s'exposer au droit commun de la responsabilité civile. Les garanties de sécurité judiciaire que recherchent les parties en saisissant l'arbitre sont incertaines dans cette situation, car elles oscillent entre les impératifs d'indépendance de la justice et la nécessité de garantir aux victimes des dysfonctionnements une indemnité.

En ce qui concerne la responsabilité pénale, le droit OHADA n'a pas prévu en droit de l'arbitrage [184], d'infractions pénales contrairement à ce qui est observé en droit des procédures collectives ou en droit des sociétés. Le silence du législateur OHADA en la matière ne doit cependant pas vouloir signifier qu'on ne peut pas lui appliquer les dispositions pénales ou qu'on n'y trouverait pas d'infractions pénalement répréhensibles. En effet, à titre de droit comparé notamment en France, l'affaire Bernard Tapie [185] et l'affaire TOTAL ont fait l'objet d'investigations pénales poussées par des juges d'instruction de premier plan. Cela est tout à fait normal car, certains arbitres de mauvaise moralité peuvent en effet s'adonner à des pratiques peu recommandées et «immorales» [186]. C'est ainsi qu'ils sont soumis à toutes les infractions de droit commun, et sont également visés par des infractions [187] qui les concernent spécifiquement en raison de leur mission juridictionnelle [188]. En réalité, même si les actions contre les arbitres sont en pleine croissance elles restent toujours marginales à cause de la difficulté dans la mise en œuvre. C'est pourquoi, il est nécessaire que soit élaborée expressément par le législateur OHADA de l'arbitrage, une nouvelle forme de responsabilité à l'endroit des arbitres, notamment disciplinaire, la mise en place d'un Code lié à l'éthique et à la déontologie des arbitres et quelques stratégies de limitation de la responsabilité de ces derniers.

---

[1] P.-G. Pougoué, *Doctrine OHADA et théorie juridique*, Revue de l'ERSUMA, numéro spécial, novembre-décembre 2011, p. 6.

[2] S. Belanger, *L'ajustement structurel ou restructurer pour la croissance de l'Etat*, in Cahiers du Gretse, janvier, n° 8, 1992, p. 1.

[3] G. Kenfack Douajni, *L'arbitrage OHADA*, Lille, PUPPA, 2014, p. 24 ; R. Massamba, *L'OHADA et le climat*

des investissements en Afrique, RTDA, n° 855, p. 140 ; P. Meyer, *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, RTDA, p. 151.

[4] F. Anoukaha, A. Cissé, N. Diouf, J. N. Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, collection Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, UNIDA, Juriscope, 2002, p. 16 ; J. N. Toukam, *Environnement juridique et développement du secteur privé*, Revue africaine des sciences juridiques, 2001, vol. 2, n° 1, p. 20, cité par A. Foko, *La rationalisation du domaine de l'arbitrage, une étude à la lumière des droits et de l'OHADA*, RTDA, n° 889, décembre 2014, p. 430.

[5] E. Akika, *La justice dans les pays francophones* [Organisation et gestion]. Cité par B. L. Modukpe Kouchanou, *Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale : étude comparative France-OHADA*, Thèse, Université de Perpignan, 2019, p. 16. Il a qualifié les institutions judiciaires africaines d'«institutions marginales et délabrées» ou encore de «services publics en crises».

[6] M. Jeol, *La réforme de la justice en Afrique noire*, Paris, éd. A. Pedone, 1963, p. 28. A ce propos, il écrit : «*Les moyens matériels, si indispensables à la distribution de la justice dans un continent où les populations sont souvent éparpillées sur d'immenses étendues et où les conditions géographiques sont particulièrement défavorables, restent liés à des stricts impératifs budgétaires que les Gouvernements ne peuvent transgresser. Le sous-développement actuel de l'Afrique ne lui permet pas de gonfler déraisonnablement le budget de sa justice*».

[7] R. Massamba, *L'OHADA et le climat des investissements en Afrique*, RTDA, n° 855, avril, 2006, p. 140.

[8] V. A. Mouloul, *Comprendre l'OHADA*, PUA, 2009, p. 22. Cité par A. Foko, *La rationalisation du domaine de l'arbitrage, une étude à la lumière des droits et de l'OHADA*, *op. cit.*, p. 430 et s.

[9] C. A. Babou, *Mécanismes de lutte contre la corruption en Mauritanie*, Rev. Penant, n° 868, 2009, p. 371. A ce propos, il a pu écrire que dans la plupart des pays en développement la corruption : «*[...] relève du quotidien de la population et des entrepreneurs, qui vivent avec, et vont jusqu'à la considérer avec fatalisme comme partie intégrante de leur culture*».

[10] H. C. Sarassoro, *Justice, morale et droits de l'Homme, la corruption et l'enrichissement sans cause en Afrique aujourd'hui*, Afrique Contemporaine, n° 156, p. 195.

[11] P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, n° 245, 2002, p. 1.

[12] A. Feneon, *Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique* [de l'apport de l'Acte uniforme sur l'arbitrage dans l'espace OHADA], Penant, 2000, n° 839, p. 126.

[13] Ni le Traité OHADA, ni l'Acte uniforme, ni le Règlement d'arbitrage de la CCJA.

[14] Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, n° 1, p. 1.

[15] J. M. Tchakoua, *Arbitrage selon l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage*, in Encyclopédie du droit OHADA (s./dir. de P.-G. Pougoué), Lamy, 2011, p. 236 ; *Arbitrage CCJA*, in Encyclopédie du droit OHADA (s./dir. de P.-G. Pougoué), Lamy, 2011, p. 293, 19.

[16] J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 1983, n° 1, cité par Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage, op. cit.*, n° 781, p. 369.

[17] M. Humbert, *Arbitrage et jugement à Rome*, in Droit et culture, 1994, vol. 28, p. 47, note 2. Cité par Th. Clay, *L'arbitre est-il un être normal ?*, *ibid.*, p. 226.

[18] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 4<sup>ème</sup> éd. mise à jour, 2003, p. 79.

[19] Paris, 15 septembre 1998, Rev. Arb., 1999, p. 111, note P. Lalive.

[20] P.-G. Pougoué, J. M. Tchakoua, A. Feneon, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2000, p. 86.

[21] Le tribunal arbitral en question ce sont les arbitres ou l'arbitre. Cette expression est utilisée pour désigner

l'arbitre ou les arbitres. Lors de la récente réforme de L'AUA et du RA/CCJA on n'a pu remarquer que le législateur utilise plus le terme tribunal arbitral.

[22] J.-B. Racine et F. Siriainen, *Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs*, in *Sécurité juridique et droit économique : Actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2006 à la faculté de droit de Sophia Antipolis, Nice, Bruxelles, Larcier, 2008*, p. 6.

[23] J. M. Soulas De Russel et P. Raimbault, *Nature et racine du principe de la sécurité juridique : une mise au point*, RIDC, 2003, p. 86.

[24] Le contenu de la sécurité juridique varie en fonction des règles juridiques qui l'abordent pour s'en rendre compte il faut se rapporter à l'analyse qui est faite de cette notion par le droit du travail, v. *La sécurité juridique en droit du travail, Droit social*, numéro spécial, n° 7/8, juillet-août 2006, p. 703. Cité par F. N. Yougone, *op. cit.*, p. 249.

[25] G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 821.

[26] Avec l'arbitrage, cette exigence n'est pas toujours remplie. C'est pourquoi l'arbitrage n'est pas adapté à toutes les catégories de litiges, même si le XX<sup>ème</sup> siècle a connu un essor sans précédent de ce mode de règlement des différends.

[27] B. Deffains et C. Kessedjian, *Index sur la sécurité juridique*, Rapport pour la fondation sur le droit continental, mai 2015, p. 10.

[28] Pour plus de détails voir : R. Kolb, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 659 ; F. Tulkens, *La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer*, in RIEJ, 1990, vol. 24, p. 29. En ce sens, cela peut renvoyer à la conception matérielle de l'Etat de droit. Cité par Th. Lardeux, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements : étude du contentieux CIRDI*, Paris, L'Harmattan, p. 15 ; A. Levade, *La sécurité juridique, propos introductifs*, La semaine juridique, 2013, p. 8.

[29] P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, cité par F. N. Yougone, *L'arbitrage commercial international et le développement : étude des cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur*, Thèse, Université de Bordeaux, 2013, p. 186.

[30] L'acquisition de la qualité d'arbitre est soumise au respect des exigences en lien avec la qualité de juge, notamment être une personne physique, avoir la pleine capacité civile, être et demeurer indépendant et impartial.

[31] L'obligation de révélation a été élargie, les pouvoirs de l'arbitre ont été revus.

[32] V. par exemple l'affaire Bernard Tapie en France (Civ. 1, 30 juin 2016, n° 15-13.755, 15-13.904 et 15-14.145, D., 2016, 1505).

[33] Sur cette expression v. T. Piazzon, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, pp. 17-53.

[34] V. l'article 12 § I loi type CNUDCI « *Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait* ». En ce domaine, l'Accord de Buenos Aires de 1998 qui régit l'arbitrage entre particuliers du Mercosur semble être allé plus loin car il exige de l'arbitre non seulement l'impartialité et l'indépendance mais aussi la probité, la compétence, la diligence et la discrétion (article 16-1).

[35] P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, collection Droit uniforme, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 249, p. 151.

[36] La doctrine, v. Th. Clay, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*, in J. Van Compernelle et G. Tarzia (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 245 ; D. Ferrier et J. C. Magendie, *La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre ?*, D., 2015, p. 29.

- [37] Cette lisibilité n'est pas propre au droit OHADA. En effet, l'article 1456 du Code de procédure civile français, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011, énonce, en son al. 2, qu'«il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission».
- [38] Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, Arbitrage commercial-Notion, Juris-Classeur, Fasc. 199, n° 42, p. 19. Pour connaître la différence entre les deux notions, il faut voir J. Robert et B. Moreau, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 1983, n° 135, et A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Paris, LGDJ, 1994, p. 177 et s. Cité par P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 249, p. 151.
- [39] Soulignant que la distinction entre l'obligation d'indépendance et d'impartialité a fait l'objet de débats en doctrine, J.-B. Racine, *Le nouvel arbitre*, op. cit., n° 10, p. 120 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, Paris, spéc. n° 1028.
- [40] Th. Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, n° 361, p. 306.
- [41] Th. Clay, *L'arbitre*, op. cit., n° 372, p. 313.
- [42] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 585.
- [43] Th. Clay, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*, in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 213-214.
- [44] P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 247, p. 150. La qualité de personne physique n'est pas une particularité du droit OHADA. Il s'agit en effet d'une reprise de l'article 1451, al. 1 du NCPC du droit français qui pose la même exigence.
- [45] P.-G. Pougoué, A. Feneon, J.-M. Tchakoua, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2000, p. 88.
- [46] En effet, RA/CCJA en son article 3 se contente des formules telles que «le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres», «les arbitres peuvent être choisis sur la liste des arbitres établis par la Cour».
- [47] P. Mayer, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 247, p. 150.
- [48] CS Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, n° 228/02 du 14 mars 2002, aff. «sociétés des conserves de Côte d'Ivoires dite SCODI c/SOGEF» ; in *Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005*, par J. Issa-Sayegh. Cité par F. Teppi Kolloko, *L'efficacité de la sentence arbitrale*, Thèse, Université de Dschang, 2014, p. 169.
- [49] Article 6, al. 1 de l'AUA.
- [50] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 210.
- [51] Article 6, al. 1 de l'AUA.
- [52] C'est l'hypothèse où la loi impose l'arbitrage lorsque surviennent certains litiges.
- [53] Sur la définition de l'erreur, voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 356.
- [54] *Ibid.*, p. 932.
- [55] Il peut arriver que le choix de l'arbitre soit effectué par référence. A ce propos, voir la note de Kenfack Douajni, sous cette décision in *Rev. Cam. Arb.*, n° 45, avril-mai-juin 2009, p. 8 ; il s'agit de l'affaire Planor Afrique qui a donné lieu au jugement du tribunal de Grande instance de Ouagadougou en date du 9 avril 2008.
- [56] L'article 5, al. 2 de l'AUA suivant lequel «le tribunal arbitral est constitué, soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. A défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique». Voir aussi C. J. Sossou, *Etude de droit comparé de l'arbitrage international OHADA et en Suisse*, Thèse, Université de Genève, 2014, n° 16, p. 197.
- [57] L'article 9 de l'AUA qui dispose que «les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité [...]».

- [58] J. Manirabona, *Extension de la convention d'arbitrage aux non signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupements*, RDUS, n° 38, 2008, pp. 544-545.
- [59] J.-M. Tchakoua, *Convention d'arbitrage*, in Encyclopédie du droit OHADA, Paris, Lamy, 2011, p. 568.
- [60] Article 3-1, alinéa 2 de l'AUA « *la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel* ».
- [61] Selon l'article 3-1, al. 3, le compromis est « une convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par voie de l'arbitrage ».
- [62] V. l'article 2.1 du RA/CCJA.
- [63] M. El Mernissi, *Comment le choix de l'arbitre peut-il contribuer à l'efficacité de la procédure ?*, pp. 1 à 6. Site, <https://www.ispramed.com/wp-content/uploads/2014/09/Le-choix-des-arbitres-Mohamed-El-Mernissi-1>.
- [64] V. S. Lazareff, *La langue de l'arbitrage international*, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, 1997, vol. 8, n° 1, p. 24.
- [65] Train Frédéric, *Le principe de protection de la confiance légitime en droit communautaire. Genèse d'un nouveau principe général du droit*, Thèse Bordeaux IV, 2008, p. 132.
- [66] L'article 3-1, al. 1 à 4 du RA/CCJA, pour plus de détail lire N. Aka, A. Feneon et J.-M. Tchakoua, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique OHADA*, Paris, LGDJ, 2018, p. 172.
- [67] L'article 6 de l'AUA.
- [68] M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, LGDJ, n° 345, p. 230.
- [69] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 1055, p. 596.
- [70] M. De Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, éd. Joly, 1990, n° 268, p. 233.
- [71] Fr. Eisemann, *Déontologie de l'arbitre commercial international*, in *Rev. Arb.*, n° 4, n° 19, p. 224 ; à rapprocher de M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, *op. cit.*, n° 350, p. 235 : « *Le devoir de révélation demeurerait un devoir moral à la charge de l'arbitre qui lui permettrait d'attester auprès des parties qu'il a bien conscience de son devoir fondamental d'indépendance* ».
- [72] En effet avant la réforme de 2017, l'obligation de révélation était confinée sur le fondement de l'ancien article 1452 du Code de procédure civile précité, l'obligation de révélation se voyait confinée aux « causes de récusation » de l'article 341 du même Code applicables aux magistrats de l'ordre judiciaire.
- [73] Entre autres, article 12 de la CNUDCI ; article 11, al. 2 du RA/CCI ; article 5.4 du RA/LCIA ; article 7.1 du Règlement international d'American Arbitration Association ; article 4 du Code éthique de l'International Bar Association ; l'article 12 du Code d'arbitrage commercial du Canada.
- [74] Paris, 18 décembre 2008, *Rev. arb.*, 2011, 682 ; 12 février 2009, 186, note Th. Clay.
- [75] V. E. Loquin, *La dualité des fonctions de l'obligation de révélation*, in *Mélanges Merle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 493.
- [76] V. Article 4.1 du RA/CCJA.
- [77] S. Souop, *L'arbitrage en droit OHADA*, p. 11.
- [78] N. Aka, A. Feneon, J.-M. Tchakoua, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique*, *op. cit.*, p. 177.
- [79] V. Cass. civ. 1, 18 décembre 2014, n° 14-11.085, *Cah. arb.*, 2015, p. 95, obs. Marie Danis ; *RTDCom.*, 2015, 53, obs. E. Loquin ; Cass. civ. 1, 25 juin 2014, n° 11-26.529, « Société Tecnimont SPA c/ J & P. Avax (Tecnimont) » ; *Gaz. pal.*, 22-24 janvier 2012, p. 15, obs. D. Bensaude ; *RTDCom.*, 2012, 518, obs. E. Loquin ; P. Chevalier, *Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude à agir des parties*, *D.*, 2014, p. 1981, conclusions dans *Civ. 1*, 25 juin 2014, n° 11-26.529, Tecnimont ; Th. Clay, *Tecnimont, saison*

4 : entre révélation et réaction, Cah. arb., 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 3, p. 547.

[80] L'AUA se contente seulement de l'exigence d'un écrit.

[81] M. Henry, *Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*, *op. cit.*, n° 2, p. 217.

[82] M. Adamou, *La récusation de l'arbitre en droit OHADA*, RLDC, décembre 2016, supplément au n° 143, p. 51.

[83] Paris, 9 avril 1996 (gouvernement de l'ETAT du Qatar), Rev. Arb., 1996, 428 (2<sup>e</sup> esp.), note Ph. Fouchard.

[84] Article 7 de l'AUA avant la réforme de 2017.

[85] Voir article 341 du Code de procédure civile ; Civ. 2, 14 décembre 1990, Rev. arb., 1991, 75, note Jarrosson ; RTDCom., 1990, obs. Dubarry et Loquin.

[86] Bull. civ. I, n° 155 ; RTDCom., 1999, 371, obs. Loquin. V. aussi Cass. civ. 1, 16 mars 1999, «Creighton c/ Etat du Qatar», n° 96-12.748, D., 1999, 497, note P. Courbe ; RTDCom., 1999, 850, obs. E. Loquin. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait déclaré qu'«il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités».

[87] Une partie de la jurisprudence française, lie l'obligation de révélation au contrôle stricto sensu de l'indépendance de l'arbitre. Voir Cass. civ. 1, 20 octobre 2010, n° 09-68.131, Prodim ; JCP éd. G, 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal ; D., 2010, 2938, obs. Th. Clay ; JCP éd. G, 2010, I, 1286 § 1<sup>er</sup>, obs. Ch. Seraglini ; LPA, 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; D. Cohen, supra, note 3 ; RTDCom., 2012, 518, obs. E. Loquin.

[88] R. Akono Adam, *Droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges et l'exigence de transparence*, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2020-1, p. 15.

[89] CCJA, 2<sup>ème</sup> Ch., 29 juin, n° 151/2017, note B. Kamena, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : la position regrettable de la CCJA*, Actualités du droit, Wolter Kluwer, 9 novembre 2017 ; Komlanvi Agbam, *La décision du 29 juin 2017 de la CCJA en matière d'obligation de révélation de l'arbitre : une première déjà questionnée par la réforme du droit OHADA de l'arbitrage*, Penant, n° 908, juillet-septembre 2019, p. 409.

[90] V. Cah. Arb., 3 novembre 2015, n° 3, p. 572, note A. Ngwanza.

[91] Elle peut porter sur des faits, qui ne justifient pas objectivement la récusation de l'arbitre. Ainsi, l'arbitre doit révéler les liens d'ordre patrimoniaux, notamment les courants d'affaires, les situations de lien de subordination et les relations d'affaires. Il doit aussi révéler les liens d'ordre extrapatrimoniaux (liens affectifs).

[92] R. Akono Adam, *Droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges et l'exigence de transparence*, Les Annales de l'Université de Parakou, vol. 3, n° 1, 2020, p. 253.

[93] L'exégèse de l'article 7 de l'AUA révisé et l'article 4.1 du RA/CCJA font ressortir une conception.

[94] R. Akono Adam, *Droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges et l'exigence de transparence*, *op. cit.*, p. 253.

[95] V. B. Mercadal, *Sur le conflit d'intérêts entre l'arbitre et une partie à l'arbitrage*, RJDA, vol. 3, n° 15, p. 163 ; TGI Paris (ord. réf.), 2 juillet 1990, (Sté L'Oréal-affaire dite des «droits israéliens»), Rev. arb., 1996, 483 (1<sup>re</sup> esp.), obs. Ph. Fouchard, p. 325, spec. n° 11, 18, 35, 56, et 72 et s.

[96] Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2011, Rev. arb., 2011, p. 761 ; LPA, 2011, n° 226, p. 14, obs. Ph. Pinsolle.

[97] Avant-propos des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international telles qu'adoptées par le conseil de l'IBA, le 29 mai 2010.

[98] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 746.

[99] O. Pomies, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presse universitaire de Rennes, 2011.

[100] Voir l'article 8 de l'AUA.

- [101] Voir l'article 4 du RA/CCJA.
- [102] Voir l'article 22 du Traité OHADA.
- [103] Article 22 du Traité OHADA.
- [104] Article 8 de l'AUA.
- [105] Article 4 du RA/CCJA.
- [106] A titre d'exemple, le RA/CNUDCI prévoit à son article 10.1 que les parties peuvent récuser un arbitre si elles ont des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance. Le RA/ CIRDI prévoit à cet effet qu'une partie peut «*demandeur à la commission ou au tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, al. 1*».
- [107] Y. Guyon, *L'arbitrage*, Paris, Economica, 1995, p. 37.
- [108] Ph. Fouchard, *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, Rev. arb., 1996, pp. 320-325.
- [109] N. Aka (N.), A. Feneon, J.-M. Tchakoua, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique*, op. cit., p. 68.
- [110] Le droit français est dans ce sens : Cass. civ. 1, 28 avril 1998, Bull. civ. I, n° 155.
- [111] Article 8, al. 1 de l'AUA.
- [112] Voir l'article 8, alinéa 3 de l'AUA. Avant, la réforme de l'AUA survenue en 2017, toute cause de récusation pouvait être soulevée par une partie sans délai.
- [113] Cette institution s'est encore une fois inspirée du RA/CCI qui prévoit en son article 2.7 que seule la Cour d'arbitrage de la CCI peut se prononcer sur les demandes de récusation sans que cette décision soit susceptible d'appel.
- [114] N. Aka, A. Feneon, J.-M. Tchakoua, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique OHADA*, op. cit., p. 72.
- [115] V. C. Ngono, *L'impérium de l'arbitre : réflexion à partir du droit OHADA*, RASPS, n° 31, avril 2021, p. 360 ; C. H. Massogo Benga, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse, Université de Perpignan, 2019, p. 210 ; R. Colson, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006, p. 348.
- [116] Ch. Jarrosson, *Réflexions sur l'imperium*, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, p. 245.
- [117] La *juridictio* «*le pouvoir qui appartient au juge, saisi d'une contestation qui s'élève sur un cas concret, d'y mettre un terme en constatant le droit qui est applicable à la situation litigieuse et en ordonnant les mesures propres à en assurer le respect*», A. Akam Akam, *La loi et la conscience dans l'office du juge*, Revue de l'ERSUMA, n° 1, juin 2012, p. 522.
- [118] Article 10.3 du RA/CJA et l'article 11 de l'AUA.
- [119] Par exemple, France, Cass. civ. 2, 18 décembre 2003, Sté La Chartreuse, Bull., II, n° 393, p. 325.
- [120] Voir l'article 11, al. 2 de l'AUA et l'article 21.1 du RA/CCJA.
- [121] En France, le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage en son article 1468, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la Suisse, reconnaissent ce pouvoir aux arbitres pour ne citer que ces exemples ; S. Besson, *Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale - Notion, types de mesures conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées*, in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 37-59.
- [122] *In some places of arbitration*, (eg. *In Argentina, China, Greece and Québec*, the power to award interim relief is reserved to national courts (Grieson & van Hooft, A. Arbitrating under the 2012 ICC rules, Kluwer Law international 2012 p. 63)) ; dans le cas de la Chine, l'article 21 du Règlement de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAG), précise que lorsqu'une partie postule des mesures provisoires, le secrétariat du CIETAC défèrera la demande au tribunal compétent.

[123] L'article 17 de la loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international prévoit un ensemble de mesures pouvant être prescrites par l'arbitre au débiteur : préserver ou rétablir le *statu quo* en attendant que le différend ait été tranché, prendre des mesures de nature à empêcher ou s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent, fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure, sauvegarder des éléments de preuve qui peuvent être pertinents pour le règlement des différends

[124] V. C. Ngono, *L'impérium de l'arbitre : réflexion à partir du droit OHADA*, op. cit., p. 361. C'est une injonction qui a pour objet d'empêcher que le débiteur n'organise son insolvabilité en lui interdisant de disposer de ses biens sous peine de sanctions civiles ou pénales, toutefois, contrairement à la saisie conservatoire, elle ne rend pas indisponible les biens du débiteur, Civ. 1, octobre 2018, n° 17-20.296.

[125] Bond (SR), *Nature des mesures conservatoires et provisoires*, in Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international, Publication CCI, n° 519, 1993, p. 8 ; G. Kenfack Douajni, *Mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHODA*, Rev. cam. arb., n° 8, 2000, p. 3 ; l'article 26 de la CNUDCI.

[126] Voir l'article 13, al. 4 dispose que « *Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent* ».

[127] P. Bernardini, *Les pouvoirs de l'arbitre*, in Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international, Publication CCI, n° 519, 1993, p. 23 ; M. A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. Droit français, anglais et suisse*, Paris, LGDJ, 2002, p. 19.

[128] L'article 10-1 du RA/CCJA « *Sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence au tribunal arbitral pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale, à l'exception des demandes relatives aux sûretés judiciaires et aux saisies conservatoires* ».

[129] Article 183 de la loi suisse de droit international privé, la loi anglaise, section 39 de l'*Arbitration Act* de 1996, et la loi néerlandaise article 51, al. 1 (WBR).

[130] B. Moreau, *Sûretés conservatoires et arbitrage*, [http://www.afaarbitrage.com/afa/uploads/Suretes\\_conservatoires\\_et\\_arbitrage\\_29112013.pdf](http://www.afaarbitrage.com/afa/uploads/Suretes_conservatoires_et_arbitrage_29112013.pdf).

[131] Sur la question, V. *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publ., CCI, n° 519, Paris, 1993 ; A. Carlevaris, *Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien*, Cah. arb., vol. I, Gaz. pal., éd. 2002, p. 140.

[132] *Ibid.*

[133] Article 14, al. 11 de l'AUA et l'article 10-1, al. 1 du RA/CCJA.

[134] A. Plantey, *L'arbitrage dans les échanges internationaux*, RSMP, 1995, p. 325.

[135] L'arbitre n'a pas *l'impérium*, bien qu'ayant la *juridictio*.

[136] Voir les articles 14 de l'AUA et 10 du RA/CCJA.

[137] Voir l'article 14, alinéa 10 de l'AUA et l'article 19.4 du RA/CCJA.

[138] Voir l'article 14, alinéa 9 de l'AUA.

[139] Voir l'article 15, alinéa 2 et le RA/CCJA article 17, alinéa 3.

[140] L'article 15, alinéa 1 de l'AUA et l'article 17, alinéa 2 du RA/CCJA.

[141] E. Loquin, *L'arbitre et l'astreinte*, RTDCom., 1993, 296.

[142] B. Goldman, *L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage*

- commercial international*, Travaux du 60<sup>ème</sup> anniversaire de la CCI, 60 ans après, regard sur l'avenir, CCI, Paris, 1984, p. 292.
- [143] M. De Fontmichel (dir) et J. Jourdan-Marques, *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 70.
- [144] *Ibidem*.
- [145] Article 1468 du CPC.
- [146] V. C. Ngono, *L'impérium de l'arbitre : réflexion à partir du droit OHADA*, *op. cit.*, p. 360.
- [147] Ch. Jarrosson, *Réflexions sur l'imperium*, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 265.
- [148] D. Chekroune, *L'imperium de l'arbitre*, arch. phil. droit, 2009, p. 140.
- [149] Mis à part l'exécution forcée provisoire que peut ordonner l'arbitre. Sur la question, V. S. Bollee, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Préf. P. Meyer, Economica, 2004, spéc. n° 275, p. 192.
- [150] Th. Clay, *L'arbitre*, *op. cit.*, spéc. n° 228-229.
- [151] B. Pascal, *Mathématicien, philosophe français*. Cité C. H. Massosso Benga, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, *op. cit.*, p. 214.
- [152] Article 19.1, alinéa 3 du RA/CCJA, article 14, alinéa 6 de l'AUA.
- [153] B. Moreau, A. Bergoi, R. Descours-Karmitz, Répertoire de droit commercial, arbitrage commercial, n° 203 et n° 222 ; E. Loquin, *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage*, RTDCom., 2011, p. 255.
- [154] C. H. Massosso Benga, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, *op. cit.*, p. 215.
- [155] Cela peut être aussi le cas pour les suretés judiciaires. Voir article 213 de l'Acte uniforme OHADA du 15 décembre 2010 portant organisation des suretés.
- [156] Ces obligations ont été réglementée de manière détaillé par les dispositions des articles 6, 7, 9, 12, 14, 18, 20, 21, 26 de l'AUA et des articles 4, 14, 15, 16, 19, 29 du RA/CCJA.
- [157] R. Mafo Dikko, *Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit OHADA ?*, in Revue de l'ERSUMA, droit des affaires - pratiques professionnelles, n° 6, janvier 2016, pp. 603 et s.
- [158] Paris, 29 mai 1992, «Epoux Rouny C/ Sté Holding», RTDCom., 1992, 588, obs. Dubarry et E. Loquin ; cité par Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, n° 1078, p. 606.
- [159] R. Mafo Dikko, *Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit OHADA ?*, *op. cit.*, p. 612.
- [160] S. J. Casius, *L'Acte uniforme OHADA relatif à l'Arbitrage [AUA] à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale : approche comparée de droit international privé*, *op. cit.*, n° 165, p. 259.
- [161] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 605.
- [162] Voir les articles 29, 31.1 et 39.2 de la Convention de Vienne de 1961.
- [163] Ph. Leboulanger, *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Rev. arb, 1999, n° 3, p. 578.
- [164] J. Lohoues-Oble, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002, p. 57.
- [165] P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 268, p. 164.
- [166] P.-G. Pougoué, *L'arbitrage dans l'espace OHADA*, vol. 380, 2010 in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. [Http:// dx.doi.org/10.1163/18758096-pplrdc](http://dx.doi.org/10.1163/18758096-pplrdc).
- [167] A. Diallo, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de Perpignan, 2016, pp. 231- 232.
- [168] G. Kenfack Douajni, *L'arbitrage CCJA*, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata D-08-81.

- [169] K. I. Adama, *L'attractivité du droit de l'arbitrage de l'OHADA*, Thèse, Université de Bouaké, 2018, p. 191.
- [170] Ph. Leboulanger, *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, *op. cit.*, p. 578 ; A. Diallo, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, p. 231.
- [171] L. Chedly, *L'efficacité de l'arbitrage commercial international*, RCADI, 2018, p. 160.
- [172] Il s'agit en effet de la jurisprudence française. La toute première décision de la Cour de cassation qui a trait à la responsabilité arbitrale semble remonter au 29 janvier 1960, (Civ. 2, 29 janvier 1960, Rev. arb., 1960, 121, D., 1960, p. 262). Dans cette décision, la Cour de cassation affirme que «*l'action en dommage-intérêts dirigée contre les arbitres à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun*».
- [173] La doctrine a également manifesté son intérêt pour cette question au cours de cette période. Après avoir longtemps concentré son attention sur l'arbitrage en tant qu'institution, elle a étudié plus précisément l'arbitre lui-même, son statut, et, en conséquence, sa responsabilité.
- [174] Certains règlements d'arbitrage se doter de clauses concernant la responsabilité de l'arbitre, et plus spécifiquement de clauses protégeant l'arbitre par un principe d'immunité. V. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, spéc. n° 1076-110, pp. 605-616.
- [175] S'agissant de la responsabilité, il existerait des mécanismes qui en relèvent depuis les sociétés dites «primitives».
- [176] Th. Clay, *L'arbitre*, *op. cit.*, n° 927, p. 704.
- [177] Selon les dispositions de cet article, «toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur».
- [178] Cass. civ. 2, 29 juin 1960, D., 1960, 622 ; RTDCiv., 1960, 348, obs. P. Hebraud. Décision rapportée par Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 1080, p. 607.
- [179] P. Bocenne et O. Bourdeau, *Théorie de la procédure civile*, Videcoq, 1847, T. VI, pp. 491-494 ; R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, n° 292 ; M. De Boisseson, *op. cit.* ; J. Robert, *Exposé introductif et général sur l'arbitrage*, in *Annales de la Faculté de Liège*, 1964, p. 35 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 1103, p. 112 ; Ph. Fouchard, *Les rapports entre l'arbitre et les parties*, in Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Paris, éd. ICC Publishing, n° 564, 1996, p. 12 ; P. Meyer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa compétence*, Rec. Cours de la Haye, 1989, p. 319 ; B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 22.
- [180] TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard, Rev. arb., 1996, 476, obs. Ph. Fouchard, sur appel, Paris, 22 mai 1991, Rev. arb., 1996, 476, obs. Ph. Fouchard. TGI, 12 mai 1993, Raoul Duval, Rev. arb., 1996, 411 ; sur appel, 12 octobre 1995, Rev. arb., 1999, 324, note Ph. Fouchard et obs. M. Henry, p. 193.
- [181] TGI Reims, 27 septembre 1978, *op. cit.*, et plus récemment TGI Paris, 1<sup>er</sup> mars 2011, RG, n° 09/22701, D., 2011, Pan, 3023, obs. Th. Clay, cité par B. Moreau avec la collaboration A. Beregoi, Romy Descours-Karmitz et Adrien Leleu, *Arbitrage en droit interne*, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, octobre 2013, n° 225. V. également P. Meyer, *OHADA Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, *ibidem* ; Th. Clay, *L'arbitre*, *op. cit.*, *ibidem*.
- [182] M.-A. Frison-Roche, *La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée*, JCP éd. G, 1999, n° 42, p. 1872.
- [183] L'arbitre unique désigné par les parties avait été consultant financier du groupe *L'Oréal* pendant les trois années qui avaient précédé l'instance arbitrale dans laquelle cette firme était partie. Sur cette affaire v. *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 483.
- [184] A ce propos, le silence du législateur OHADA sur la question n'est pas une particularité. En effet, ni la loi type relative à l'arbitrage ni la Règle d'arbitrage CCI ne font mention de la responsabilité des arbitres.

Pourtant ces textes servent de modèle dans le monde entier.

[185] Article de presse publié dans le journal français Le Monde, du 4 novembre 2013, *Les juges et le simulacre de l'arbitrage Tapie*, de Gérard Davet et Fabrice Lhomme, in Lettre d'information, 15 novembre 2013, info@ohada.com.

[186] M.-A. Frison-Roche, *La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée*, JCP éd. G, 1999, n° 42, p. 1875.

[187] La diffamation, l'injure, le manquement au devoir de probité, les cas de corruption passive, trafic d'influence, altération de preuve, non dénonciation de crime, faux et usage de faux il s'agit là de quelques infractions pénales les plus récurrentes en droit de l'arbitrage.

[188] C'est également le cas des magistrats qui sont soumis aux infractions de droit commun et à des infractions spécifiques. Contrairement aux arbitres, les magistrats sont également visés par les infractions qui concernent les personnes dépositaires de l'autorité publique. Les magistrats sont, par exemple, visé par l'article 432-12, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal qui incrimine la prise illégale d'intérêt. La situation d'un arbitre qui conserverait ou prendrait un intérêt dans une entreprise concernée par l'arbitrage serait résolue par l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre et la possibilité pour les parties de demander sa récusation ou de remettre en cause la validité de la sentence pour défaut d'indépendance et d'impartialité.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable



## [En librairie] Droit minier et des hydrocarbures en Afrique centrale à l'aune des dernières réformes

► A été publié aux éditions Bruylant, en janvier 2023, un ouvrage intitulé «*Droit minier et des hydrocarbures en Afrique centrale à l'aune des dernières réformes*», rédigé par Grégoire Bakandeja wa Mpungu, Docteur d'État en Droit économique, Avocat, Arbitre international et Professeur des Universités d'Afrique (Université de Kinshasa, Université Catholique du Congo, Université Marien Ngouabi de Brazzaville) et d'Europe (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Université catholique de Louvain et Université du Luxembourg).

**Résumé** : Cet ouvrage donne un éclairage sur les règles et pratiques de gouvernance dans deux secteurs piliers pour le développement économique en Afrique : les mines et les hydrocarbures. Ces deux secteurs de l'économie sont restés longtemps marqués par la coexistence-concurrence des pratiques légales et extralégales dans des contextes d'incertitudes et d'insécurité juridiques qui justifient des réformes législatives entreprises au cours de deux dernières décennies.

Le contexte économique international étant dominé actuellement par une responsabilisation accrue des entreprises face aux enjeux du développement durable, les législations des mines et d'hydrocarbures sont amenées, plus que par le passé, à tenir compte de cette tendance. D'où l'élaboration de nouveaux cadres juridiques de régulation dans les secteurs concernés par l'exploitation des ressources minières et d'hydrocarbures.

En République démocratique du Congo, un des pays détenteurs des ressources minières et d'hydrocarbures de la région de l'Afrique Centrale, les autorités publiques, revendiquant un statut stratégique de « pays-solution » pour l'avenir de l'humanité, ont voulu sécuriser l'ensemble des acteurs intéressés par l'exploitation des ressources minières et d'hydrocarbures en procédant à des réformes législatives courageuses.

L'auteur de la présente édition du Droit minier et des hydrocarbures démontre qu'à travers une application rigoureuse de ces réformes, il est possible d'optimiser la gestion de ces secteurs et de déclencher une dynamique de développement économique et social effective du pays qui pourra alors jouer un rôle majeur dans la transition énergétique mondiale.

L'ouvrage examine les différentes implications législatives de la question de la responsabilité sociale et environnementale des grandes compagnies transnationales d'exploitation des ressources minières et d'hydrocarbures afin que le profit tiré de l'exploitation de ces ressources par les générations présentes n'obstrue pas les aspirations des générations futures à garantir le leur.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable



## [En librairie] Éligibilité et droit applicable aux anciens présidents en République Démocratique du Congo

► A été publié aux éditions L'Harmattan, en janvier 2023, un ouvrage intitulé « *Éligibilité et droit applicable aux anciens présidents en République Démocratique du Congo* », rédigé par Arnold Luzayamo Makoka, Avocat au barreau près la Cour d'Appel du Lualaba en R. D. Congo.

**Résumé :** Le débat sur l'éligibilité des anciens Présidents du pays divise la classe politique congolaise. Certains soutiennent l'impossibilité pour les sénateurs à vie d'être éligibles à toute élection. Ils seraient liés à leur statut qui demeure un droit viager auquel ils ne peuvent renoncer, avis que l'auteur de cet ouvrage ne partage pas. S'appuyant sur cette même Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée, sur la loi n° 18/021 du 26 juillet 2018 fixant le statut, les droits et les devoirs des anciens présidents congolais élus, l'auteur démontre juridiquement leur éligibilité à tous les niveaux électoraux, dont la présidentielle.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable



## [Doctrines] L'efficacité des procédures collectives en droit OHADA - Mythe ou réalité ?

par Mon-Espoir Mfini, Juriste en droit des affaires

### Introduction

Efficacité, efficacité..., autant de concepts qui renvoient de prime abord à une même réalité. Or, analysées autrement, on s'aperçoit que ces notions semblent signifier différentes réalités. Ainsi, l'efficacité est un concept qui, s'entend d'une loi qui a pu sortir des effets, soit par elle-même, soit par des actes de mise en œuvre au sens strict. Une loi peut ne sortir absolument aucun effet. Dans ce cas, elle sera irréductiblement inefficace. Remarquons que l'absence d'effets *concrets* peut être désiré par le législateur. Cependant, l'investissement que représente l'activité normative aura au minimum été motivé par un but *symbolique*. C'est ainsi qu'une loi pénale peut être adoptée dans le seul but d'obtenir un effet symbolique comme celui de satisfaire une part de la population et de l'apaiser. L'inefficacité concrète n'aura donc pas pour conséquence l'inefficacité irréductible du texte dans la mesure où des effets symboliques peuvent se manifester. Il ne faut donc pas confondre inefficacité et inefficacité concrète. Bien entendu, l'analyse de l'efficacité d'une loi va se heurter à de nombreuses difficultés [1]. Il sera notamment question de déterminer avec précision le but d'une loi, car, les objectifs expressément déclarés ne sont pas toujours les seuls poursuivis par la loi. Aussi, est-il vrai que de nombreuses lois présentent des objectifs nébuleux ou généraux n'aidant pas à déterminer les objectifs réels du législateur. Cependant, l'efficacité doit s'apprécier en une qualité attribuée à une loi au terme d'un jugement sur l'adéquation du moyen qu'elle représente à la fin qu'elle est supposée servir. *Quid* cependant de l'efficacité ?

L'efficacité est un concept économique faisant référence à une balance coût-bénéfice. Le critère considéré est celui de la rentabilité de l'action qui est menée. Cette conception est purement utilitariste et pose la question du gain résultant éventuellement d'un investissement [2]. Le droit est ici considéré comme un instrument dont il importe de maîtriser le mode d'emploi afin de l'utiliser au mieux de ses capacités. L'efficacité n'est que secondaire dans le cadre d'une évaluation de l'efficacité ; elle ne permet que d'éclairer l'une des faces de l'efficacité. L'efficacité peut simplement permettre de déterminer le type de rentabilité que l'on souhaite obtenir, sans qu'une telle préoccupation ne soit autant considérée comme inhérente à l'efficacité. Une fois un type d'effet choisi, l'efficacité va se préoccuper de sa maximalisation, sans aucune autre considération que le rapport maximal. Cependant, ces deux notions ne demeurent pas moins voisines, tant il est vrai qu'elles peuvent renvoyer à une même réalité. En effet, l'efficacité est centrée sur la question de savoir si le but poursuivi est atteint, c'est-à-dire le degré de réalisation du but tandis que l'efficacité se préoccupe du prix consenti pour obtenir les effets considérés. L'efficacité est donc le but et l'efficacité les moyens permettant d'atteindre ce but. Mais, on ne peut réellement dissocier le moyen des effets. Ainsi, efficacité et efficacité peuvent par «abus de langage» renvoyer à une même réalité sans signifier la même chose.

S'il est vrai que nous consacrons cette étude à l'efficacité des procédures collectives, il convient toutefois de noter que nous allons quelquefois utiliser le concept «efficacité» pour exprimer la même réalité. Cela dit, il importe à présent d'entrer de plein pied dans notre étude.

En 1675, Savary définissait le commerce comme «*une activité dangereuse où l'ignorance, l'imprudence et l'ambition des négociants sont des causes ordinaires de faillites et de banqueroutes* [3]» des entreprises. L'auteur soulignait l'ampleur du risque commercial sans toutefois confondre les faillites qui arrivent par malheur

de celles qu'il qualifiait de banqueroutes frauduleuses [4]. C'est dire combien il est risqué de s'engager dans une activité économique, car, celle-ci n'est pas à l'abri des difficultés. Ainsi, la pérennité de l'activité économique ne peut demeurer sans inquiéter les législateurs. J. Kom l'exprime en ces termes «*Dans une économie globalisée, les défis économiques et internationaux inquiètent la certitude et la stabilité des entreprises* [5]». C'est soucieux d'assurer la pérennité de l'activité économique par le sauvetage de l'entreprise qu'est né le droit des entreprises en difficulté, il se situe au carrefour de plusieurs disciplines et s'intéresse à une situation «difficultés de l'entreprise» pour dégager des remèdes à celle-ci [6]. Ce droit est réputé complexe, une complexité qui s'explique par la technicité qui le caractérise. Ainsi, sa compréhension ne peut être envisagée en amont de son étude complète [7]. Dès lors, l'étude du droit des entreprises en difficulté devrait être faite de façon analytique et systématique afin d'en favoriser la compréhension.

S'il est vrai que la pérennité de l'activité de l'entreprise a suscité un grand intérêt en législation, il n'en demeure pas moins que dans les pays membres de l'OHADA, le sauvetage de l'entreprise n'est pas acquis, en ce sens que la plupart des procédures de redressement se transforment en liquidation des biens. Ainsi, pour y remédier, certains auteurs ont pendant longtemps proposés des techniques inhérentes à l'efficacité des procédures collectives, propositions qui ont intéressé le législateur de 2015.

Le nouvelle Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif s'est substitué à l'Acte uniforme adopté le 10 avril 1998, lequel avait pour but de remplacer les législations post coloniales [8] qui devenaient de plus en plus vétustes et disparates. Le sauvetage de l'entreprise, le paiement des créanciers, la sanction du débiteur défaillant ou du dirigeant fautif [9], étaient les missions assignées à l'Acte uniforme originel. Mais, au fil du temps, cet instrument juridique s'est avéré dépassé, en ce qu'il ne permettait plus d'atteindre les objectifs pour lesquels il avait été adopté. Il mettait en avant un droit de la faillite plutôt qu'un droit des entreprises en difficulté, qui vise avant tout le sauvetage de l'entreprise et l'équilibre entre les intérêts en présence, c'est-à-dire ceux des créanciers et ceux de l'entreprise. Il s'est ainsi montré limité. D'où l'option de la réforme pour adapter le droit des entreprises en difficulté à l'évolution de l'économie.

L'adaptation des procédures collectives à la taille de l'entreprise et le traitement des difficultés des entreprises [10] constituaient les préoccupations majeures des pays membres de l'OHADA. Il fallait analyser les causes de l'échec des procédures collectives déjà existantes, afin de ne pas les reproduire. Cette situation n'a pas qu'intéressé le législateur africain, puisque, dans son rapport sur les opportunités d'affaires en Afrique, la Banque mondiale constatait en 2012 que "*Les coûts de fermeture d'une entreprise dans les Etats membres de l'OHADA s'élèvent à 25 % de la valeur des biens du débiteur, les délais moyens sont de 3,75 ans et le taux de créance recouvrée est d'environ 20 % du montant des créances*" [11]. Quelques 3 années après le constat de la Banque mondiale, va se tenir au Cameroun une palabre [12] sur les modes de prévention des difficultés des entreprises [13]. En réalité, la situation était préoccupante depuis bien avant 2015 et 2012, car, il ressort d'une étude sérieuse et profonde que la lenteur des procédures et les coûts excessifs de celle-ci contribuaient à leur échec. Le sauvetage tant voulu et le désintéressement des créanciers tant recherchés n'étaient plus qu'un simple discours pompeux vide de toute portée pratique. C'est de ce constat qu'est née l'idée d'une réforme, qui va être parachevée le 10 septembre 2015, aux termes des travaux du 40<sup>ème</sup> Conseil des ministres de l'OHADA tenu à Grand Bassam en Côte d'Ivoire. L'Acte uniforme fait alors peau neuve en recevant 120 nouvelles dispositions, portant ainsi l'arsenal initial de 258 à 378 articles. Pour le législateur africain, il s'agit d'un outil ambitieux qui devrait favoriser le sauvetage d'un grand nombre d'entreprises en difficulté, et le désintéressement des créanciers. C'est une sorte de reproduction de la réforme française de 2005 qui a institué le sauvetage au titre des procédures collectives classiques déjà existantes avant 2005. Sauver l'activité de l'entreprise et désintéresser les créanciers, tels sont les objectifs majeurs du nouveau droit OHADA des procédures collectives. L'article 1<sup>er</sup> du nouvel Acte uniforme manifeste clairement ces objectifs lorsqu'il prévoit que «*Le présent Acte uniforme a pour objet : d'organiser les procédures préventives de conciliation et de règlement préventif ainsi que les procédures curatives de redressement judiciaire et de liquidation des biens afin de préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices, de redresser*

*rapidement les entreprises viables et de liquider les entreprises non viables dans des conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouverts par les créanciers et établir un ordre précis de paiement des créances [14] garanties ou non garanties ; de définir la réglementation applicable aux mandataires judiciaires ; de définir les sanctions patrimoniales et professionnelles ainsi que les incriminations pénales relatives à la défaillance du débiteur, applicables aux dirigeants de toute entreprise débitrice et aux personnes intervenants dans la gestion de la procédure».*

Sept ans après la réforme de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurements du passif, les langues se sont déliées, le questionnement s'est accentué, le doute a pris place, la peur n'est pas restée en marge, la doctrine a théorisé, la pratique a constaté. Comme l'Acte uniforme qu'il a remplacé, le nouvel Acte uniforme peine semble-t-il à concilier les intérêts en présence. Il a fait du sauvetage de l'entreprise son seul et véritable leitmotiv, battant en brèche les intérêts des créanciers qui sont un élément majeur du fonctionnement des entreprises et des économies. Le sauvetage de l'entreprise dirige désormais l'entier droit OHADA des procédures collectives. Mais, là encore, l'équivoque saute aux yeux, on s'aperçoit qu'entre 2015 et 2022, la plupart des procédures collectives se sont soldées par des liquidations des biens, qui ne profitent guère aux créanciers, qui sont obligés dans pareil cas, de se tourner vers les garanties inhérentes à leurs créances [15]. La procédure collective n'est plus une technique de gestion des entreprises, mais une technique de disparition des entreprises, et de ruine des créanciers qui sont eux-mêmes débiteurs d'autres créanciers. Dès lors, faut-il à nouveau envisager d'autres mesures visant à rendre plus efficace la procédure collective ? Les procédures collectives OHADA ne font-elles pas déjà preuve d'efficacité ? Cette problématique renversée est double en ce qu'elle vante d'entrée de jeu l'efficacité du nouveau droit OHADA des procédures collectives et, qu'elle présente les limites liées à cette efficacité.

Dans le cadre d'une étude analytique sur l'efficacité des procédures collectives en droit OHADA, nous analyserons successivement la manifestation de l'efficacité par l'aménagement des procédures collectives (I) ainsi que les limites inhérentes à son efficacité (II).

### **I - La manifestation de l'efficacité par l'aménagement des procédures**

La manifestation de l'efficacité des procédures collectives varie énormément dans le temps et d'un Etat à l'autre. Tous les Etats n'ont, en effet, pas la même appréciation des enjeux des procédures collectives. Certains Etats estiment que le but d'une procédure collective est essentiellement de désintéresser les créanciers et d'écarter le débiteur de la vie des affaires afin de protéger la sphère économique. Cette conception prédominait largement à travers le monde jusqu'à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. Elle tend aujourd'hui à être remplacée par une vision plus humaine, mais également plus rationnelle économiquement du rôle du droit des procédures collectives. La vision humaine s'apprécie par la reconnaissance d'une seconde chance que le droit accorde au débiteur honnête. Ainsi, le débiteur qui a fait l'objet d'une procédure collective, va tirer les conséquences de cette procédure, il sera plus vigilant que celui qui n'a pas connu l'expérience d'une procédure d'insolvabilité. Outre cette vision humaine, on note une vision économique rationnelle qui s'apprécie par le sauvetage réussi d'une entreprise. En effet, le sauvetage d'une entreprise en difficulté permet aux créanciers d'éviter de perdre un partenaire et d'obtenir, si le plan de redressement est un succès, un montant plus élevé sur leurs créances que si l'entreprise avait été liquidée. Dans une économie globalisée, le redressement efficace et effectif de l'entreprise permet de sauver les emplois et les impôts qui y sont attachés. Dès lors, l'efficacité des procédures collectives est fortement recherchée, qu'il s'agisse des droits nationaux ou du droit commun. C'est sous le prisme du droit commun, notamment celui de l'OHADA que nous abordons la présente étude, sans omettre les droits nationaux aussi bien dans leur diversité que dans leur complexité.

Théoriciens et praticiens du droit sont unanimes pour affirmer que l'efficacité d'une procédure collective est manifeste par l'aménagement du temps que dure la procédure (A). L'Acte uniforme révisé portant procédures collectives d'apurement du passif ne dément pas cette considération tant est-il que cette logique transparait clairement dans cet Acte. Néanmoins, la rapidité avec laquelle sont organisées les procédures collectives, n'est pas l'unique prisme favorisant l'efficacité de la procédure. A la rapidité de la procédure, il faut ajouter

l'aménagement de certaines voies de recours (B).

## A - Une efficience manifeste par l'aménagement des délais

Drôle de période pour écrire sur l'aménagement des délais des procédures collectives. Alors que l'activité économique mondiale est impacté par la crise sanitaire et la guerre en Ukraine. C'est comme si nous avons sous les yeux un test grandeur nature de notre analyse. L'aménagement des délais des procédures collectives a été fortement recherché pendant les 2 années qui viennent de s'écouler, car, les entreprises étaient au bord de l'apocalypse, il fallait soit vite les redresser, soit vite les liquider afin de ne pas compromettre les économies. Pour autant, doit-on dire que l'aménagement des délais des procédures collectives ne devrait-êtré pris en compte que lors d'une crise qui impacterait fortement l'économie ? Notre réponse ne peut qu'être négative, nous sommes plus que jamais persuadés que l'aménagement des délais des procédures collectives doit être constant, et ne pas dépendre d'un facteur lié à la situation économique des Etats.

La problématique liée à l'emménagement des procédures collectives nous renvoie à la notion de temps. Le temps en droit n'est pas un sujet isolé moins encore anodin, car, intéressant fortement le droit processuel.

**Le temps ! Mais quoi donc ?** Inhérent au monde, il est apparu dès sa création. Le livre de la Genèse nous renseigne à propos, lorsqu'au verset 8 du chapitre 1<sup>er</sup> il dit que «*Il y eu un soir il y eu un matin, ce fut le premier jour*». Ce verset est la parfaite illustration du temps dans la vie humaine. L'Homme qui est lui-même graduellement apparu dans le temps, a dû apprendre à vivre dans ce temps qui s'organise en jours, nuits, étés, hivers..., le temps de la jeunesse et de la force, celui de la vieillesse et de la sagesse. «*L'Homme a donc dû compter et ordonner le temps, l'appivoiser et tenté de le maîtriser*». Mais, quoiqu'ayant tenté de maîtriser le temps, il ressort d'un constat sérieux et profonde que le temps échappe à l'intelligence humaine, il passe inexorablement. Il surprend l'Homme. C'est semble-t-il dans le temps que la vie sociale est organisée, or, cette organisation est à l'origine de la création du droit.

L'adage est bien connu ; *Ubi societas ibi jus* : partout où il y a une société, il y a du droit pour l'organiser, la maintenir, voire la développer [16]. Sans qu'il soit nécessaire voir même possible de définir précisément ce qu'est le droit [17], on peut dire ici de manière compréhensible qu'il s'agit d'un ensemble de normes et institutions qui régissent une collectivité d'individus qui le «perçoivent», comme leur interdisant certains comportements, leur autorisant d'autres ou encore les obligeant à d'autres encore. «Perçoivent» écrivons-nous, faute de mieux [18]. Généralement, nous trouvons plutôt avancée l'idée d'acceptation. Cependant, celle-ci ne semble pas convenir, laissant supposer qu'une personne n'est liée que ce par quoi elle a consenti. Il s'agirait certes de la réalisation de l'idéal démocratique et du critère autonormateur du droit.

Tout ceci pour avancer l'idée selon laquelle il ne peut exister de vie sociale sans règles (qu'elles soient juridiques, morales ou divines) applicables dans le temps, qu'il s'agisse du temps passé, du temps présent ou du temps futur. On ne peut dissocier ces 3 temps, car, le droit est expérience du passé et prévision de l'avenir ; il organise le temps de vie de ceux auquel il s'applique. Ne dit-on pas que les règles de droit doivent apporter des solutions aux situations humaines qui s'étirent dans le temps ? La tutelle, le mariage, le contrat, les sociétés commerciales... C'est dans ce panel que s'insère la procédure judiciaire en générale et la procédure collective en particulier, car, elle doit être réalisée dans un temps pas trop long, pas trop court, mais raisonnable pour pouvoir atteindre les objectifs qu'elle se fixe. C'est sur cet aspect que porte cette partie de notre analyse : aménager les délais ou le temps des procédures collectives afin de contribuer à leur efficience. Puisqu'il s'agit de l'aménagement des délais, entrons alors dans le vif du sujet.

Si l'aménagement des délais des procédures collectives semble être un exercice périlleux, il demeure qu'il est bien manifeste en droit des procédures collectives. Sa manifestation est visible autant dans les procédures préventives que dans les procédures curatives.

A la suite du législateur français de 1967 et 2005, le législateur OHADA de 2015 a fait du sauvetage des entreprises son leitmotiv [19]. Sauver l'entreprise de la faillite pour sauver les emplois et les créances, tel est

l'objectif premier du nouvel Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. Mais, le sauvetage des entreprises ne passe que par une accélération des délais des procédures. Il faut très rapidement réagir lorsqu'une difficulté est avérée, afin de ne pas voir la situation s'aggraver. Penser très rapidement une conciliation ou un règlement préventif [20], telle peut être une mesure salvatrice pour l'entreprise en difficulté. Il s'agit ici d'anticiper [21] les difficultés de l'entreprise. Cette nécessité fait figure d'évidence aujourd'hui. L'anticipation est, à bien des égards, dans l'air du temps, dans un monde où tout paraît s'accélérer. Il ne s'agit plus même de rattraper le temps, mais bien plutôt de le précéder, de prendre une longueur d'avance. Anticiper n'est-ce pas devancer [22] ? L'avenir semble ne pouvoir appartenir qu'à ceux qui, non seulement se lèvent tôt, mais qui, également, anticipent. L'anticipation des difficultés que la règle de droit, spécialement celle du droit appelé droit des entreprises en difficultés, est désormais censée permettre, s'inscrit dans la performance, la compétitivité attendue de celui-ci. L'efficacité de ce droit serait un élément fort de l'attractivité du droit des affaires.

C'est en bégayant que la conciliation a fait son entrée dans l'Acte uniforme révisé de 2015. Aux termes de l'article 2 dudit Acte uniforme, la conciliation est définie comme une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements. Le but poursuivi par la conciliation dans pareil cas, est la restructuration de l'entreprise en difficulté afin de la sauver, car, comme nous l'avons laissé entendre, le sauvetage de l'entreprise favorise autant le maintien des emplois que le paiement des créances.

Restructuration nous avons écrit ? Dans le contexte actuel de crise économique, la restructuration évoque surtout les difficultés financières d'une entreprise voire d'un pays. Ainsi, dans le cas d'une entreprise, elle est synonyme de bouleversements ayant un impact négatif sur le cadre de travail et conduisant souvent à des pertes massives d'emplois. Pourtant la restructuration est une opération beaucoup plus complexe dont la compréhension nécessite une étude approfondie [23]. Pour le sens commun, la restructuration désigne l'action de restructurer [24], c'est-à-dire de donner (à une structure déterminée) une nouvelle organisation, suivant de nouveaux principes, en vue d'une meilleure adaptation aux besoins [25]. Ce terme est utilisé dans de nombreux domaines comme l'urbanisme et la sociologie dans lesquels il fait respectivement référence à la réorganisation de l'utilisation de l'espace à de nouvelles fins ou selon de nouvelles conceptions, et à l'acquisition d'une nouvelle structure sociale [26]. Il est également particulièrement utilisé en droit et en économie, notamment pour caractériser certains changements affectant l'entreprise. Ainsi, s'agissant de la matière économique, la restructuration d'une entreprise peut correspondre à la «*modification du périmètre d'activités de l'entreprise consistant généralement à éliminer les activités les moins rentables, parfois à fusionner plusieurs activités pour bénéficier d'économies d'échelles, ou, plus rarement, à développer des activités prometteuses*» [27]. A cet égard, elle manifeste l'adaptation de l'entreprise aux évolutions des conditions économiques lorsque celles-ci nécessitent un ajustement structurel [28]. Une fois que l'environnement économique de l'entreprise a déterminé le choix d'une restructuration, sa mise en œuvre fait appel au droit [29]. Ce qui donne un éclairage particulier à l'affirmation selon laquelle «*les économistes auront à dire pourquoi et vers quel but mais les juristes seuls pourront dire par quelles règles et par quelles sanctions. Les uns donneront la fin, les autres les moyens. Il ne servirait à rien de poursuivre une fin que nul moyen ne permettrait d'atteindre*» [30]. Pourtant, lorsqu'on s'intéresse au sens juridique du terme restructuration, l'absence de définition légale et jurisprudentielle apparaît très vite. Fort heureusement, son emploi de plus en plus fréquent a conduit certains auteurs à en proposer des définitions. La restructuration est ainsi présentée, de façon très simple, comme un changement de structure, de vêtement juridique dans le cadre d'une entreprise [31]. Cette définition rend certainement compte du concept général de la restructuration. Toutefois, elle ne fournit pas de critères permettant de différencier les procédés de restructuration des autres techniques constituant l'ingénierie juridique. En effet, elle peut concerner aussi bien des techniques sociétaires comme la fusion [32], la prise de participation ou la transformation, que des mécanismes contractuels comme la location-gérance, la vente et la concession, sachant que ces derniers ne sont considérés comme le support d'une restructuration qu'à la condition de contribuer véritablement à un changement dans la structure de l'entreprise concernée [33]. Ce qui conduit à envisager de façon plus précise la restructuration comme une opération juridique qui va affecter les contours, les caractéristiques, le capital, la

direction, d'une entreprise [34]. Elle apparaît alors comme «*la modification du cadre et du mode d'organisation de [l'entreprise] ce qui suppose une transformation durable et sensible de ses éléments essentiels*» [35]. Très souvent, créanciers et débiteur négocient le plutôt afin de conclure un accord favorisant la restructuration financière de l'entreprise en difficulté. Cette négociation en matière de conciliation est organisée de *lege lata* sous la supervision d'un conciliateur. De la sorte, la procédure collective s'érige en une technique de gestion des entreprises, car, elle est rapidement pensée pour sauver aussi bien les intérêts des créanciers que ceux du débiteur. La rapidité avec laquelle doit être entreprise une procédure de conciliation déterminera en partie son résultat, elle doit permettre de redresser le plutôt l'entreprise en difficulté. Lorsqu'elle est entreprise trop en retard, le risque est qu'elle ne parvienne pas à sauver l'entreprise [36].

Le législateur africain a fixé la durée de la conciliation à trois mois, sachant que cette durée peut exceptionnellement être prorogée d'un mois à la demande du débiteur. Cette demande doit intervenir après un avis «écrit» du conciliateur. La conciliation prend fin de plein droit lorsque ces délais arrivent à expiration, ainsi, avant l'expiration d'un délai de 3 mois, il ne peut être ouverte une nouvelle conciliation. Il transparaît dans cette mesure, la brièveté des délais, laquelle brièveté s'apprécie en une nécessité de mener une conciliation aussi rapidement que possible. La procédure de conciliation a donc le mérite de la rapidité et de la brièveté. La conciliation de l'Acte uniforme OHADA s'inspire *mutatis mutandis* de celle du droit français [37], c'est-à-dire, celle qui a remplacé depuis la loi du 26 juillet 2005 l'ancienne procédure de règlement amiable. La réforme française de 2005 s'inscrit dans le cadre des procédures de «prévention-traitement» des difficultés des entreprises [38]. L'efficacité et l'attractivité [39] de la prévention des difficultés des entreprises était l'un des buts ultimes de cette réforme. C'est fort de ce succès que le législateur OHADA a décidé d'emprunter au droit français [40] la «conciliation», afin de la consacrer dans son nouvel Acte uniforme. Ainsi, la prévention des difficultés des entreprises devenait l'enjeu majeur du droit OHADA des procédures collectives. La conciliation pouvait alors occuper une place centrale dans le droit commun.

L'ouverture d'une procédure de conciliation n'entraîne pas la suspension des poursuites individuelles c'est ici la différence avec le règlement préventif ; le débiteur n'est pas dessaisi de ses droits patrimoniaux, c'est ici la différence avec le redressement et la liquidation des biens qui sont des procédures collectives curatives. Dans le même ordre d'idée, la différence entre la conciliation et le règlement préventif s'explique par le caractère dirigiste du règlement préventif. Cependant, il convient de faire observer qu'en matière de conciliation, existe aussi une forme particulière de suspension des poursuites comme en témoigne l'article 5-7 de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif ; elle prend fin lorsqu'il est mis fin à la procédure de conciliation, c'est-à-dire, à l'expiration de la durée maximale prévue pour une conciliation. L'article 5-7 est un véritable «cadeau de Noël» pour le créancier et témoigne de la prise en compte des intérêts de celui-ci par le législateur africain de 2015.

Au même titre que la conciliation, le règlement préventif a aussi intéressé la réforme de 2015, en ce que son délai a été aménagé, pour le plus grand bien de l'entreprises, du débiteur et des créanciers de l'entreprises. A la différence de la conciliation, le règlement préventif existait déjà dans l'Acte uniforme originel du 10 avril 1998. Il peut être défini comme une procédure préventive destinée à éviter la cessation des paiements et à permettre l'apurement du passif au moyen d'un concordat préventif [41]. Le règlement préventif de l'Acte uniforme originel était plus ou moins l'équivalent de l'ancienne procédure française de règlement amiable issue de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises [42]. Mais, à regarder de plus près, on s'aperçoit que le règlement préventif du droit OHADA était plus proche de la procédure de suspension provisoire des poursuites consacrée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 que la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 [43]. Le règlement préventif est une procédure judiciaire dont l'ouverture emporte suspension des poursuites individuelles, interdiction de paiement des créances antérieures et dessaisissement partiel du débiteur.

Pour le rendre davantage efficace [44] et attractif, cette procédure a vu son régime amélioré par la réforme du 10 septembre 2015. C'est son efficacité qu'il convient d'aborder.

Suivant les propos du Professeur Akam-Akam, « l'efficacité et l'attractivité, sont deux concepts importants, qui sont au centre des réflexions portant sur le droit OHADA ». L'efficacité, au mieux l'efficience du règlement préventif peut s'analyser par l'aménagement des délais. En effet, l'idée du législateur de 2015 a été d'instituer des délais de procédure relativement courts, afin de réduire la durée de la mise en œuvre de la procédure, mais « aussi-et-surtout » de favoriser l'atteinte des objectifs poursuivis. Pour ce faire, le règlement préventif, dont l'ouverture emporte suspension des poursuites individuelles au profit d'un débiteur *in bonis*, a fait l'objet d'un encadrement strict afin d'éviter que cette suspension des poursuites ne soit une manœuvre dilatoire au profit du débiteur. Ainsi, le législateur de 2015 s'est résolu de réduire la durée maximale à 4 mois (article 9 de l'AUPC révisé). Ce délai tient compte du délai de l'expert, qui a aussi 4 mois pour établir son rapport contenant l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers. Si tel a été l'option du législateur lors de la réforme, nous ne partageons cependant pas cette position. Nous sommes plus favorables au délai initial (3 mois) de l'article 13 de l'ancien Acte uniforme eu égard notamment à la pression qu'il exercerait sur l'expert en ce qu'est du dépôt de son rapport. Dans le même ordre d'idée, nous regrettons *mezza-voce* la politique des petits pas du législateur en matière de délai accordé au président de la juridiction compétente saisie pour convoquer le débiteur à l'audience (étant entendu qu'il s'agit d'une audience non public). Nous préférons un délai de 5 jour au plus, or, le nouvel Acte uniforme ne pose aucune limite à cela, lorsqu'il emploie l'expression « sans délai » à son article 14. Cette expression ne participe pas de la recherche de l'efficience. En outre, il est impossible de demander l'ouverture d'un nouveau règlement préventif (article 6 de l'AUPC).

Par ailleurs, la réforme de 2015 n'a pas épargné les procédures collectives curatives qui participent aussi de l'efficacité du droit OHADA des procédures collectives. Des pans entiers des procédures collectives curatives ont subi des modifications allant dans le sens de la recherche de l'efficience du droit des procédures collectives. Il convient de les relever et les analyser sous le prisme notamment des réalités actuelles.

A propos, le nouvel Acte a procédé au plafonnement de la durée des procédures collectives curatives afin d'aménager leur délai. En d'autres termes, redressement judiciaire et liquidation des biens ont été simplifiés en vue d'accélérer le déroulement de ces procédures. Cette nouveauté apportée par la réforme de 2015 n'intéressait pas l'Acte uniforme originel [45]. Pour prendre en compte l'intérêt des créanciers, notamment lorsqu'ils étaient contraints de ne plus poursuivre le débiteur défaillant, le législateur africain a pensé utile de revoir et d'encadrer la durée de la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des bien [46]. Pour ce faire, il a estimé que la consécration de la période d'évaluation en matière de redressement judiciaire n'était pas favorable au traitement rapide des difficultés des entreprises. C'est tout naturellement qu'il ne l'a pas institutionnalisé quoi qu'ayant été proposé dans le projet de réforme de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. La période d'évaluation telle que proposée par le projet de réforme devait s'apparenter à la période d'observation [47] manifeste en droit français. L'Acte uniforme a donc pris le contre-pied du droit français en maintenant la période de continuation d'activité, qui est limitée à 9 mois (pouvant être prorogée de 3 mois, une seule fois par la juridiction compétente) en matière de redressement judiciaire. Le débiteur est dessaisi [48] afin d'éviter qu'il ne passe des actes en fraude aux droits de ses créanciers. Néanmoins, il conserve certains droits inhérents à sa personne. En droit français, on parle tantôt de droits extra patrimoniaux, de droits patrimoniaux à caractère personnel [49] et des droits [50] propres du débiteur. Toutefois, la notion de droits propres mérite une analyse profonde et sérieuse sous le prisme du droit OHADA, en considération du droit français. C'est sur cette notion que nous portons notre dissertation doctorale. Nous estimons que la prorogation de 3 mois est excessive, notamment pour les petits commerçants, car, un prolongement de 3 mois ramène la procédure à 12 mois. Nous sommes favorables à un prolongement d'un mois une seule fois.

Un redressement judiciaire infructueux fait place à une liquidation qui est un aboutissement complet des procédures collectives. Le créancier va plaider pour une rapide liquidation des biens, afin que sa créance soit recouvrée et qu'il recouvre sa liberté d'action au cas où la liquidation n'aurait pas permis le désintéressement total. Le législateur de 2015 a donc pensée une liquidation aussi rapide, qui soit propice aussi bien aux créanciers qu'au débiteur. La durée maximale de la liquidation judiciaire simplifiée est de 6 mois [51]. Cette

mesure a été prise pour permettre une liquidation rapide d'entreprises non viables, afin de désintéresser aussi rapidement les créanciers et de leur permettre de mettre en action les garanties de crédit et de permettre aussi au débiteur de se relancer, car, la liquidation des biens n'est pas une fin de vie en soi pour le débiteur.

Outre les délais réaménagés par le nouvel Acte uniforme, certaines voies de recours ont été supprimées par le législateur, pour favoriser l'efficacité des procédures collectives. Sept ans après la réforme, peut-on dire que cette mesure a produit les résultats escomptés ? On l'aura fait comprendre ainsi que c'est sur la suppression des voies de recours que portera le deuxième point de cette première partie.

### **B - Une efficacité manifeste par l'aménagement de certaines voies de recours**

Plus les voies de recours sont nombreuses, moins la procédure est efficace [52]. Si cette affirmation est personnelle à l'auteur, il est certain qu'elle a le mérite d'être confirmée par une doctrine abondante. C'est ainsi que le nouvel Acte uniforme a pris en compte cette nécessité en modifiant quelques voies de recours [53]. Certaines voies de recours ont été aménagées, d'autres ont en revanche été supprimées afin de rechercher l'efficacité du droit des procédures collectives.

Révolution copernicienne, notre droit des procédures collectives admettait jusqu'en 2015 que les décisions relatives au règlement préventif étaient exécutoires par provision. Ces décisions étaient susceptibles d'appel dans la limite d'un délai de 15 jours à partir de leur prononcé [54]. La réforme intervenue en 2015, a ramené ce délai à 8 jours [55] étant entendu que les décisions de la juridiction statuant sur l'opposition ne peuvent faire l'objet d'aucune voie de recours autre qu'un pourvoi en cassation. Il ressort de cet aménagement, que la voie d'appel a été supprimée pour tenir compte de la rapidité de la procédure.

Outre cet aménagement, on note l'absence de certaines voies de recours, notant que cette absence participe de la célérité de la procédure collective sous toutes ses coutures. Le législateur de 2015 retient à l'article 5-10 qu'en matière de conciliation, la décision homologuant ou mettant en exequatur la conciliation ne peut faire l'objet d'aucun recours. Néanmoins, ce principe de *lege lata* est assorti d'une exception. En effet, lorsque l'accord de conciliation abouti à l'octroi d'un privilège à l'instar de privilège de « l'argent frais » à un créancier, son homologation ou exequatur par le président peut faire l'objet d'opposition de la juridiction compétente. Cette exception est prévue à l'article 5-11 de l'Acte uniforme révisé. Dans le même ordre d'idée, les recours en matière de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens ont été supprimés.

Par cet aménagement et cette suppression, le législateur a contribué à la recherche de l'efficacité des procédures collectives OHADA. Encore, faudrait-il que le législateur intéresse les débiteurs et les incite à recourir aux procédures collectives, car, dans les Etats parties de l'OHADA, le recours aux procédures collectives est perçu comme redoutable. Ce qui nous emmène à analyser les limites de cette efficacité.

## **II - Les limites de l'efficacité des procédures collectives**

L'efficacité tant vantée par le législateur africain semble n'être qu'un trompe l'œil, en témoigne une analyse sérieuse et approfondie. En réalité il transparaît en droit OHADA certains obstacles à la manifestation de l'efficacité des procédures collectives, ces obstacles sont inhérents à la mise œuvre des procédures collectives, ce qui nous permet d'affirmer que l'efficacité des procédures collectives connaît certaines limites qu'il importe de relever (A). De cette appréciation, il conviendra de contribuer à l'amélioration des procédures collectives en vue de favoriser leur efficacité pour lutter in fine à la cessation des paiements (B).

### **A - Une efficacité sujette à certaines limites**

L'ouverture d'une procédure collective quelle qu'elle soit n'est jamais un acquis en soi, car, plusieurs difficultés peuvent compromettre la mise en œuvre de la procédure, et par conséquent de son efficacité. Ainsi, le but poursuivi par la procédure collective sera rarement atteint. C'est d'ailleurs la réalité observable dans la majorité des Etats parties de l'OHADA. Si les débiteurs sont hostiles aux procédures collectives, c'est parce qu'ils sont conscients que la plupart de ces procédures se soldent par des échecs cuisants. La question de l'efficacité des

procédures collectives se pose donc avec acuité dans l'espace OHADA et nécessite une attention particulière.

En effet, suivant le texte de l'article 5-1 du nouvel Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif, l'accès aux procédures amiables en droit OHADA n'est plus permis en cas de survenance d'une cessation de paiements. Il s'agit précisément de la conciliation, car, l'ouverture d'une telle procédure pour une entreprise en état de cessation des paiements conforte les chefs d'entreprise dans une démarche tardive et vouée à l'échec [56]. Le législateur africain est ferme à cet effet, car, il faudrait habituer les justiciables aux bons réflexes.

S'il est vrai que l'accélération des procédures collectives concourt à l'efficacité de celles-ci, il demeure que sous l'effet de cette accélération, des pans entiers peuvent être oubliés ou rabâchés, compromettant ainsi le résultat escompté. Aussi, conciliation et règlement préventif peuvent être impactés.

En ce qu'est de la procédure de conciliation, il convient de rappeler que le débiteur en difficulté est tenu de saisir la juridiction compétente en vue de l'ouverture d'une procédure collective dans un délai raisonnable. Cette saisine du tribunal compétent comporte un coût non négligeable. Le débiteur qui doit faire connaître la situation plus ou moins inquiétante de son entreprise, met en jeu des moyens financiers colossaux, lesquels permettent de fournir toute la documentation nécessaire à l'analyse de la situation de l'entreprise, étant entendu que ces pièces [57] sont les mêmes exigées pour les procédures de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Cette exigence est de nature à alourdir la procédure, et à compromettre par là même son efficacité. En clair, pour quelle raison exiger du débiteur la production de ces pièces [58] ? Alors même qu'il doit produire en parallèle un état de la trésorerie et un état chiffré des créances et des dettes avec indication des dates d'échéance. Cette obligation posée à l'article 5-2 (3) du nouvelle Acte uniforme ne suffit-elle pas pour rendre compte de la situation de l'entreprise ? Une réponse affirmative se justifie. Dans le même ordre d'idée, l'article 5-2 (4) du même acte exige au débiteur un document indiquant le nombre de travailleurs déclarés et immatriculés à la date de la demande. Quel est l'intérêt de cette exigence lorsqu'on sait que la conciliation doit avoir pour issue le rebond du débiteur et l'évitement de la cessation des paiements ? Toute cette liste de documents exigés pour mettre en œuvre la conciliation, participe du ralentissement de la procédure et par conséquent, compromet l'atteinte du but poursuivi.

A notre avis, pour mettre en œuvre une procédure de conciliation, il convient seulement de démontrer l'existence légale de l'entreprise, l'état de la trésorerie et un état des créances et des dettes. A cela, il convient d'ajouter la liste des créanciers parties à la procédure. Ces éléments permettent largement d'apprécier la situation de l'entreprise et d'ouvrir une procédure de conciliation à bref délai. Cette simplification devra s'étendre au redressement judiciaire et à la liquidation des biens [59].

Cette complexité transparaît aussi en matière de règlement préventif. Certains obstacles mettent à mal la procédure et compromettent le résultat escompté. Au même titre que la conciliation, le règlement préventif pour être mis en œuvre nécessite une certaine documentation dont le nombre passe de dix à quatorze et doit dater de moins d'un mois. En effet, l'Acte uniforme ne tient pas compte de la lenteur de certaines administrations des Etats parties de l'OHADA, nous pouvons donner en exemple la République du Congo, où l'établissement de certains documents peut durer des mois, et, pour se voir établir des documents dans des délais relativement courts, on est parfois contraint d'accompagner la demande par des pots de vin. Parmi ces documents difficiles à établir dans les temps, on note l'attestation d'immatriculation qui est délivré par le greffe du tribunal de première instance du lieu de l'immatriculation de l'entreprise. A ce document il convient d'ajouter un autre indiquant le nombre de travailleurs et le montant des salaires. Il doit être authentifié à la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale. La lenteur avec laquelle les administrations nationales traitent les demandes, a un impact sur la procédure de règlement préventif. Parce que certains documents sont fournis hors délai, la demande d'ouverture de la procédure de règlement préventif peut être déclarée irrecevable ou, certaines pièces peuvent être déclarées irrégulières.

Comme nous l'avons précédemment écrit, le délai donné à l'expert pour déposer son rapport est excessif et

participe du ralentissement du règlement préventif, eu égard notamment à l'allongement de la durée de la suspension des poursuites individuelles. A propos, le Professeur Sawadogo écrit que «[...] *l'expert effectue son rapport sur la base de l'offre de concordat déposée avant sa nomination [...]. Du reste, la célérité que requiert la procédure milite en faveur d'un bref délai pour faire un travail de qualité* [60]». C'est dire que l'expert dès sa nomination dispose déjà d'éléments lui permettant de faire son rapport, ainsi, il n'est pas nécessaire de lui accorder un délai aussi long [61].

Par ailleurs, s'il est vrai que nous avons fait observer que le nouvel Acte uniforme a supprimé certaines voies de recours, il demeure néanmoins que d'autres voies de recours ont survécu aux affres de la réforme. En ce qui concerne la conciliation par exemple, sur le fondement de l'article 5-13, alinéa 1, l'une des parties à l'accord peut saisir la juridiction compétente pour inexécution. En matière de règlement préventif, la suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées, ni aux actions cambiaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles [62]. De même, dans les procédures collectives curatives, les actions qui n'ont été ni arrêtées, ni interrompues peuvent être exercées suivant les règles de représentation et d'assistance de droit commun. Il en est ainsi par exemple des créanciers super privilégiés, à l'instar des salariés. Du fait du caractère alimentaire de salaire, les salariés doivent être payés rapidement en cas de défaillance de l'employeur, car, ayant participé à la production des biens de celui-ci. Les salariés en tant que créanciers super privilégiés, bénéficient d'une priorité de paiement [63].

L'échec d'une procédure collective peut résulter de plusieurs facteurs endogènes et exogènes. En effet, comme nous l'avons précédemment mentionné, les chefs d'entreprise exerçants dans l'espace OHADA sont parfois hostiles à la procédure collective qu'il s'agisse des procédures préventives ou des procédures curatives. Ils soutiennent ainsi une attitude qui n'est pas favorable au sauvetage de l'entreprise, et par conséquent, à l'intérêt des créanciers. Parce que l'idée qui transparaît derrière la notion de procédure collective est celle de justice et de remue-ménage administratif, que les chefs d'entreprise adoptent une attitude défavorisant le sauvetage de l'entreprise, le maintien des emplois et le paiement des créances. En d'autres termes, cette attitude peut compromettre la résolution rapide des difficultés lorsqu'elles surviennent.

Par la négligence du débiteur, certaines difficultés qui pouvaient être résolues à temps ne peuvent plus l'être, ce qui ne peut que conduire à l'ouverture des procédures collectives curatives. Ainsi, les débiteurs doivent savoir anticiper et pouvoir librement saisir le tribunal, afin de faire bénéficier à son entreprise de la chance de trouver des solutions aux difficultés [64]. Dans le même ordre d'idée, la multitude des documents exigés pour le dépôt de la requête peut entraver la mise en œuvre de la procédure dans délai raisonnable. L'Acte uniforme révisé exige du débiteur la fourniture de trop nombreux documents. En matière de redressement judiciaire par exemple, on note des pièces quelques fois pléthoriques, ainsi, on note «[...] *un document indiquant les noms, prénoms, qualités et domiciles des personnes qui envisagent de consentir un nouvel apport en trésorerie ou de fournir un nouveau bien ou service dans les conditions de l'article 33-1, avec l'indication du montant de l'apport ou de la valeur du bien ou du service*». Or, l'établissement d'un tel document ne peut être que la résultante de plusieurs démarches qui pourraient difficilement se trouver en seulement quinze jours. C'est la raison pour laquelle l'article 27, alinéa 1 lui permet de déposer un projet de concordat dans un délai de soixante (60) jours à compter de la requête. La non-présentation de certains documents [65] entraîne *ipso facto* l'irrecevabilité de plein droit de la requête du débiteur.

## **B - Une «efficacité - efficience» améliorée**

L'efficacité désigne le caractère de ce qui est considéré comme efficace, c'est-à-dire de ce qui produit l'effet escompté. Elle marque l'aptitude d'un mécanisme à produire les effets attendus. En droit, l'efficacité est présentée comme un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent. A ce titre, l'efficacité réside dans l'accomplissement d'une attente. S'attachant aux effets d'une norme, l'efficacité renvoie à ses conséquences sociales, économiques ou financières. Elle se situe, au même titre que l'effectivité qui renvoie plutôt au degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles

énoncées par le droit dans le cadre d'un regard extérieur porté sur l'application de la norme. Analyser l'efficacité des normes, c'est fournir un guide lors de la prise de décision juridique. Le recours accru à des études d'impact préalables, ou à l'*amicus curiae*, illustre une volonté de tenir compte de l'ensemble des paramètres susceptibles d'exercer une influence sur la solution juridique. Après tout, le droit se nourrit du fait, qu'il soit économique ou social, et la recherche d'efficacité ne peut qu'enrichir le raisonnement. L'efficacité est ici synonyme de l'efficience comme nous l'avons précédemment fait observer.

Malgré cette tentative de définition, il convient de rappeler que la notion d'efficacité est polysémique. Elle est pourvue d'une polysémie externe car, pourvue de multiples sens dépassant «les strictes frontières du droit». Au sens classique du terme, l'efficacité désigne ce «*qui produit l'effet qu'on en attend*» [66]. Est efficace «*un produit, [...] une méthode [...] qui produit l'effet attendu*» ou une personne «*qui remplit bien sa tâche, se dit de son action, de ses paroles qui atteignent leur but, qui aboutissent à des résultats utiles*» [67]. Lorsqu'elle est envisagée juridiquement, l'efficacité est rarement définie par les juristes [68]. Elle intéresse davantage les sociologues, les philosophes ou les théoriciens du droit [69]. Appréhender le droit en terme d'efficacité suppose de dépasser la posture du juriste dogmatique si bien définie par Max Weber [70] et par Jean Carbonnier [71]. La définition juridique la plus compréhensive de l'efficacité peut être trouvée dans le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit qui la définit comme «*un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent*» [72]. Une norme juridique est efficace lorsqu'elle est adaptée aux fins poursuivies. Il y a inadéquation soit parce que le but visé n'a pas été atteint, soit parce qu'aucun ou peu d'effet s'est produit, soit encore parce qu'un effet pervers, contraire à celui escompté, s'est réalisé. A ce titre, l'efficacité peut être distinguée de l'effectivité et de l'efficience, même si ces trois manifestations pourraient utilement être intégrées à une acception large de la notion d'efficacité, tel que nous avons décidé de les entreprendre.

L'analyse de l'efficacité ou l'efficience «*puisque c'est de ça qu'il s'agit*» en droit peut être entreprise dans le cadre d'une étude consacrée au droit des procédures collectives. En effet, s'il est admis que l'efficience des procédures collectives en droit OHADA est sujette à d'importantes limites, il demeure que cette efficience peut être restaurée, améliorée ou repensée, afin de mieux conjuguer les intérêts en présences, c'est-à-dire ceux de l'entreprise et ceux des créanciers. Ainsi, certaines solutions non exhaustives peuvent être proposées.

En effet, la fourniture des documents exigés au débiteur pour le dépôt de la requête doit faire l'objet d'une révision, car, cette exigence ne concourt pas à l'accélération du sauvetage de l'entreprise. La diminution des documents exigés peut réduire considérablement les délais de procédure. En matière de règlement préventif, l'Acte uniforme en son article 27, alinéa 1<sup>er</sup> permet au débiteur de déposer un projet de concordat dans un délai de soixante jours à compter de la requête et non plus de quinze jours tel que prévu par l'Acte uniforme originel. Or, le maintien de cet ancien délai allait contraindre le débiteur à s'efforcer à déposer sa requête dans les délais.

En outre, la sensibilisation au respect des délais des procédures collectives peut participer de l'efficacité des procédures collectives et du sauvetage d'un grand nombre d'entreprises en difficulté. Ici, il convient aussi de relever le rôle important des lanceurs d'alerte qui doivent révéler des informations concernant des menaces [73] ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de leur relation avec l'entreprise. La production de ces informations s'inscrit dans le cadre de la prévention des difficultés.

«*Prévenir les difficultés le plus tôt possible relève de l'ordre public économique et social* [74]». La prévention des difficultés est une alternative à la procédure collective en ce sens qu'elle consiste à recourir à des dispositions anticipées, non judiciaires, de traitement amiable des difficultés de l'entreprise.

Le terme «Prévention» n'est pas totalement satisfaisant, en ce que cette dénomination évoque la prévention des difficultés, or, généralement, les difficultés sont déjà là, il ne s'agit plus de prévenir les difficultés mais de les traiter, c'est surtout l'anticipation de l'intervention qui est notable. Cela étant, parfois, on intervient effectivement en amont des difficultés elles-mêmes. Cette prévention n'est efficace que si elle est adaptée aux menaces de difficultés que l'on voudrait conjurer. Elle permet d'éviter la faillite de l'entreprise. En des termes plus simples, il

s'agira de prévenir la cessation des paiements, car, c'est elle qui conduit à la mise œuvre des procédures judiciaires collectives et à la disparition de l'entreprise. Eviter la cessation des paiements est ainsi l'enjeu majeur de la prévention, puisque, comme le souligne si bien un auteur «*les défaillances d'entreprises causent du chômage, ralentissent la circulation et la production des richesses et fragilisent le tissu économique* [75]».

Le législateur OHADA, par le nouvel Acte uniforme portant procédures collective d'apurement du passif tend à renforcer la prévention des difficultés afin de mieux sécuriser le tissu économique des Etats parties de l'OHADA. Il incite au règlement amiable dans l'optique de conférer aux interventions une confidentialité nécessaire au crédit des entreprises et partant à la confiance de leurs partenaires. Les solutions amiables sont donc les plus plébiscitées par le législateur africain ; mais encore, pour y parvenir, il faut préalablement détecter les difficultés pouvant compromettre la continuité de l'activité de l'entreprise. La prévention repose fondamentalement sur l'information. Mais, l'information n'est possible qu'après avoir détecté d'éventuelles difficultés. C'est partant de la détection qu'on pourra préconiser un traitement afin d'éviter la cessation de paiement. Nous sommes plutôt favorables à cette technique : anticiper pour mieux traiter les difficultés de l'entreprise. Le respect des délais devrait ainsi intéresser les chefs d'entreprise. L'autre solution pourrait consister à la consécration de sanctions pour non-respect des délais. Malgré l'importance avérée de la réduction des délais, l'on peut regretter que l'Acte uniforme ne soit pas très explicite sur les sanctions de la violation des délais. Tout en reconduisant les actions en responsabilité dans la procédure de règlement préventif, le nouvel Acte uniforme innove en sanctionnant le retard accusé par la juridiction compétente dans l'homologation du concordat préventif. En effet, l'article 14, alinéa 3 précise que : «*la juridiction saisie doit se prononcer immédiatement ou au plus tard dans un délai de trente jours à compter de sa saisine [...] si elle ne se prononce pas dans les trente jours à compter de sa saisine, le règlement préventif prend fin de plein droit*» 56. Ainsi, le nouveau droit rappelle que les contraintes en matière de délais s'imposent à tous les organes de la procédure y compris la juridiction compétente. Toutefois, qu'en est-il de la sanction des délais de procédures de redressement et de la liquidation des biens ? A la lecture de l'Acte uniforme, on s'aperçoit qu'aucune sanction n'a été prévue en cas de non-respect des délais légaux. De ce fait, faut-il considérer que le syndic ou la juridiction compétente qui ne respecte pas les délais imposés ne doit s'inquiéter ? A cette question une partie de la doctrine estime que le vide législatif est préjudiciable à l'atteinte des objectifs de la procédure collective, car, celui qui se sait exposé à une sanction, sera plus responsable et éviterait d'engager ou de clôturer les procédures après un délai raisonnable. Ainsi, la sanction joue un rôle dissuasif et permet de mettre en jeu la responsabilité du juge compétent, de l'expert ou du syndic [76].

---

[1] V. Demers, *Analyse critique de la notion d'effectivité du droit et illustration empirique d'une norme juridique*, Mémoire à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, document photocopié, Montréal, 1994, p. 73.

[2] E. Blankenburg, *La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre. (Le concept "d'implémentation")* in *Droit et société*, 1986, p. 62 ; L. Uusitalo, *Efficiency and Legitimation : Criteria for the Evaluation of Norms*, in *Ratio Juris*, 1989, p. 197.

[3] Savary, *Le parfait négociant*, livre I, chap. 3 cité par Cl. Champaud, Savary ou le moine français du droit des affaires, in *Liber Amicorum - commission Droit et vie des affaires*, Bruylant - Bruxelles 1998, p. 67, p. 85.

[4] Savary, *op. cit.*, Livre IV.

[5] J. Kom, *Droit OHADA des entreprises en difficulté*, 2<sup>ème</sup> éd., L'Harmattan, 2021, p. 11.

[6] M.-E. Mfini, *Droit OHADA - Entreprises en difficulté & Procédures collectives internationales*, (à paraître).

[7] V. en ce sens L. Antonini-Cochin et L. Caroline Henry, *Droit des entreprises en difficulté*, 3<sup>ème</sup> éd., Gualino, 2022, p. 5.

[8] Code de commerce français de 1807 qui organisait les procédures collectives, modifié et complété par les lois du 28 mai 1838 et 4 mars 1889, qui instituaient deux procédures, la liquidation judiciaire pour les

commerçants malheureux et de bonne foi, et la faillite pour les commerçants fraudeurs ou malhonnêtes. Il faut y ajouter les réformes consacrées par le décret-loi du 30 octobre 1935 modifiant de nombreuses dispositions du Code de commerce, le décret du 20 mai 1955 la loi du 25 janvier 1985 et la loi du 10 juin 1994 qui marquent une remarquable évolution dans le droit des sociétés et du traitement des difficultés des entreprises. L'AUPCAP de 1998 est fortement inspiré des lois françaises de 1967, 1984 et 1985.

[9] Pour une étude profonde de la notion de dirigeant fautif, F. Pérochon, *Sous la loi Sapin, un cadeau de Noël pour le dirigeant fautif ?*, BJE, janvier 2017, n° 114c8, p. 1 ; I. Parachkékova-Racine, *Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs*, BJS, octobre 2018, n° 119, p. 600. Sur la faute, v.

M. Bourrié-Quenillet, *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif : pratique judiciaire*, JCP éd. E, 1998, I 112 ; E. Obadia et Y. Sexer, *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985*, BJS, juin 1994, n° 175, p. 617 ; Cass. com., 22 février 2017, n° 15-17.558, Dr. sociétés, 2017, p. 44, note J.-P. Legros ; Rev. proc. coll., 2017, p. 55, obs. A. Martin-Serf ; Cass. com., 9 décembre 2020, n° 18-24.730, J.-M. Moulin, Gaz. pal., 2021, LPA, 24 février 2021, n° 158z9, p. 15 ; BJS,

février 2021, n° 121t6, p. 49 ; V. Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-21.116, D., 1992, p. 373, note A. Honorat, Cass. com., 8 octobre 1996, n° 94-18.384, Bull. civ. IV, n° 226 ; D., affaires, 1996, p. 1356 ; BJS, décembre 1996, n° 383, p. 1057, note J.-M. Calendini ; JCP éd. E, 1997, II, 917, note J.-J. Daigre, Cass. com., 8 décembre 1998, n° 94-22.055, RTDCom., 1999, p. 983, obs. C. Saint-Alary-Houin, Cass. com., 8 juillet 2003, n° 00-15.919, Bull. civ. IV, n° 129 ; D., 2003, p. 2171, obs. A. Lienhard ; RJDA, 2004, p. 66 ; BJS, novembre 2003, n° 234,

p. 1129, note J.-F. Barbieri ; B. Dodou, note sous Cass. com., 5 septembre 2018, n° 17-15.031, Bull. civ. IV, Dalloz actualité, 11 septembre 2018, obs. A. Lienhard ; D., 2018, p. 1693, obs. A. Lienhard ; D., 2019, p. 1903, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; Rev. sociétés, 2019, p. 543, note B. Dodou ; M. Dizel, *L'action en insuffisance d'actif revue par la loi Sapin II*, 2016, Editions législatives ; Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18.585 ; F.-X. Lucas, *Réforme de l'action en comblement de passif*, BJS, janvier 2017, n° 116a2, p. 1 ; Cass. com., 22 février 2017, n° 15-17.558 ; Cass. com., 4 juillet 2018, n° 14-20.117 ; Cass. com., 17 avril 2019, n° 18-11.743, Bull. civ. IV, Dalloz actualité, 20 juin 2019, obs. X. Delpech ; D., 2019, p. 886 ; D., 2019, p. 1367, chron. A.-C. Le Bras,

T. Gauthier et S. Barbot ; D., 2019, 1903, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; B. Ferrari, *Responsabilité pour insuffisance d'actif : voyage au cœur de la notion de "simple négligence"*, Dalloz actualité, 9 mars 2021 ; Cass. crim., 9 octobre 1997, n° 96-85.471, Dr. sociétés, 1998, n° 59, obs. Y. Chaput.

[10] Au Cameroun, l'on constate que les recours aux procédures collectives sont rares et celles qui y recourent finissent par fermer boutique. Quant aux petites entreprises, elles sont dissuadées par le coût des procédures.

[11] Banque mondiale, *Rapport Doing Business 2012 dans les Etats-membres de l'OHADA*, 2012, p. 77.

[12] Au sens de séminaire, de discussion.

[13] Lire *Le quotidien Cameroon Tribune du 25 mai 2015*, p. 5.

[14] Pour une étude profonde, L. Tchakoteu-Messabiem, *Droit OHADA - Droit français : La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif*, L'Harmattan, 2015.

[15] En ce sens, M.-E. Mfini, *Droit français - Droit OHADA : sûretés et garanties du crédit*, (A paraître chez L'Harmattan).

[16] Voir notamment G.-A. J. Kouassigan, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, 311 p. 167 ; Voir également E. Agostini, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, p. 9, n° 1.

[17] P. Sack, *Le droit : perspectives occidentales, perspectives non occidentales*, in Une introduction aux cultures juridiques non occidentales autour de Masaji Chiba, W. Capeller, T. Kitamura (dir.), Bruxelles, Bruylant, *Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit*, 1998, 288 p. 45-57.

[18] Voir toutefois, le recours à la notion de « croyance » in Ch. Leben, *Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice*, 11 Droits, 1990, pp. 35-40, p. 38.

[19] En ce sens, lire notamment L. Messabiem, *Droit OHADA - Droit français : La protection des créanciers dans*

*les procédures collectives d'apurement du passif*, L'Harmattan, 2015 ; L. Dobassy, *Les garanties de paiement des créanciers dans procédures collectives OHADA*, LGDJ, 2017.

- [20] Pour aller plus loin, lire notamment, G. Teboul, *La prévention des difficultés des entreprises au cœur des réformes*, Dalloz actualité, 2022.
- [21] Pour une analyse similaire, M.-E. Mfini, *L'anticipation en droit des contrats* (A paraître Revue Lexbase. Une distinction est cependant faite entre l'anticipation et la prévention).
- [22] *Petit Larousse* : du latin *anticipare*, devancer, exécuter avant le temps fixé, s'adapter par avance à ce qui va arriver.
- [23] V. C. Masquefa, *La restructuration*, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.
- [24] <http://www.cnrtl.fr/definition/restructuration>.
- [25] *Ibid.*
- [26] *Ibid.*
- [27] [http://www.alternatives-economiques.fr/Dictionnaire\\_fr\\_52\\_\\_def1299.html](http://www.alternatives-economiques.fr/Dictionnaire_fr_52__def1299.html).
- [28] C. Masquefa, *op. cit.*, n° 29.
- [29] *Ibid.*, n° 41 et s.
- [30] G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1951, p. 216.
- [31] F. Dekeuwer-Défossez, *Avant-propos : in Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence*, Colloque LERADP-EDHEC, 14 décembre 1991, LGDJ, 1993, p. 1.
- [32] Plusieurs auteurs penchent pour une nature contractuelle de la fusion, V. G. Martin, *La notion de fusion*, RTDCom., 1978, p. 269 ; R. Routier, *Les fusions de sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, 1994 ; adde D. Ahoua, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, Thèse Bordeaux, 2015, n° 238 et s. Pour autant une partie de la doctrine considère la fusion comme une technique institutionnelle. Sans prendre position dans ce débat, nous opposons la fusion, tout comme d'autres mécanismes issus du droit des sociétés, à des techniques contractuelles régies par le droit des contrats, notamment, la location-gérance ou la vente.
- [33] C. Masquefa, *op. cit.*, n° 187.
- [34] B. Saintourens, *Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises*, Thèse Bordeaux, 1982, p. 8.
- [35] C. Masquefa, *op. cit.*, n° 197.
- [36] P. Crocq, *Des créanciers et des contractants mieux protégés*, in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier spécial, Droit et Patrimoine, n° 253, décembre 2015, 59.
- [37] Pour toute étude relative à la conciliation en droit français, voir notamment, Ph. Galle Roussel, *La conciliation*, Droit et Proc., 2005, 260 ; Ph. Galle Roussel et F. Perochon, *Le mandat ad hoc et la conciliation*, Gaz. pal., 3 janvier 2015, n° 3, p. 4 ; Ph. Galle Roussel et P. Le Marchand, *La prévention - Du mandat ad hoc et de la conciliation aux sauvetage accélérées et prepack cession*, CDE, n° 1, janvier 2015, dossier 2 ; Chr. Thevenot, *Mandat ad hoc et conciliation : de nouveaux outils pour une meilleure prévention*, LPA, 17 février 2006, n° 35, p. 14 ; F. Marcoig-Venier, *Du règlement amiable à la conciliation*, Rev. proc. coll., 2005, p. 352 ; F. Marcoig-Venier et Caviglioli, *Le point sur la conciliation*, in *Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde*, Rev. proc. coll., avril-mai-juin 2008, 78 ; S. Ravenne, *La résolution de l'accord de conciliation*, Rev. proc. coll., novembre-décembre 2009, étude 30 ; C. Saint-Alary-Houin, *La procédure de conciliation*, Rev. proc. coll., 2006, p. 169.
- [38] J.-J. Hyst, n° 335, p. 100.
- [39] En ce sens, A. Jacquemont, *La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers*, Rev. proc. coll., 2004, 290.

- [40] F. Marcorig-Venier et Caviglioli, *Le point sur la conciliation*, *op. cit.*, n° 2.
- [41] V. Article 2 de l'AUPC révisé.
- [42] En ce sens, v. F.M. Sawadogo, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, Bruxelles, Unida, Juriscope, 2002, p. 9, n° 16.
- [43] Ph. Roussel Galle, *OHADA et difficulté des entreprises, Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif*, RJ com., février-mars 2001, n° 3.
- [44] V. Entre autres étude A. Akam, *Attractivité et efficacité du droit OHADA*, in J. Dikko Tchoungam (dir.), *L'OHADA au service de l'économie et de l'Entreprise*, JUTA, CCJA, Collection-Droit comparé en Afrique, p. 63.
- [45] Lire en ce sens l'article 33(4) de l'ancien AUPC disposait «[qu'] à toute époque de la procédure de redressement judiciaire, la juridiction compétente peut convertir celle-ci en liquidation des biens s'il se révèle que le débiteur n'est pas ou n'est plus dans la possibilité de proposer un concordat sérieux».
- [46] M. Konate, *Le redressement et la liquidation mieux encadrés et plus rapides*, in Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, Dossier spécial, Droit et Patrimoine, n° 253, décembre 2015, 39.
- [47] Voir à cet effet, G. Berthelot, *La période d'observation, une notion temporelle à l'acceptation atemporelle*, Rev. proc. coll., n° 3, mai 2015, étude 9 ; Ch. Delattre, Une période d'observation, illimitée ne devient-elle pas une «zone de non-droit» ?, Rev. proc. coll., n° 6, novembre 2013, étude 30.
- [48] Lire en ce sens : J. Kom, *Droit OHADA des entreprises en difficulté*, L'Harmattan, 2022 ; B. Ferrari, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire. Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, LGDJ, 2021.
- [49] Lire en ce sens la Thèse du Professeur Audier, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*.
- [50] Lire à cet effet, M.-H. Monsérié-Bon, *Le dessaisissement et l'avènement des droits propres*, Revue Lamy, n° 80, 2005.
- [51] Article 179-9 de l'AUPC révisé.
- [52] C'est nous qui le disons.
- [53] Pour une étude plus complète, voir notamment A. M. Oba'a Atyam, *Les voies de recours contre les décisions du tribunal compétent dans les procédures collectives OHADA*, Ohadata D-20-28.
- [54] Article 23, alinéa 1 de l'AUPC originel.
- [55] Article 23-1 de l'AUPC révisé.
- [56] B. Sapin, Rev. juris. com., 2004, p. 60.
- [57] Article 5-2 de l'AUPC révisé.
- [58] Les états financiers de synthèse comprenant le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois, l'état annexé et, en tout état de cause, le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices ou des pertes des trois derniers exercices.
- [59] S. Nandjip Moneyang, *La réforme des procédures collectives OHADA : quelle avancée pour le traitement des difficultés de l'entreprise ?*, Lexbase Afrique-OHADA, n° 2, 2017.
- [60] F. M. Sawadogo, *Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le Règlement préventif*, p. 37.
- [61] R. Akono Adam, *Regard sur les innovations introduites par la réforme du 10 septembre 2015 dans les procédures collectives de l'OHADA*, Lextenso, 2015, p. 1866-1867.
- [62] Y. R. Kalieu Elongo, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA (A jour de la réforme du 24 décembre 2015)*, PUA, 2016, p. 84.
- [63] W. Bekono Nkoa, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, Thèse de

doctorat/Ph.D en Droit privé (Droit des affaires), Ngaoundéré, 2017, pp. 366-367.

[64] Lire en sens F. M. Sawadogo, *Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le Règlement préventif*, op. cit., p. 38 ; du même auteur, *OHADA, Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, 4<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2012, (3) 38.

[65] Article 6-1(3) de l'AUPC révisé, " *Les documents visés aux numéros 1 à 5 ainsi qu'aux numéros 7, 8, 10 et 13 doivent être fournis à peine d'irrecevabilité de plein droit de la requête*".

[66] *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, V° Efficacité.

[67] *Dictionnaire Le Grand Larousse Universel*, V° Efficacité.

[68] Par ex. le *Vocabulaire juridique*, Cornu, bible terminologique des juristes français, ne définit pas l'efficacité.

V. Cep. Quelques exemples de plus en plus nombreux, C. Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, Dalloz, vol. 19, 2002 ; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, Préf. M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, 2006. Les auteurs qui raisonnent selon la méthode de l'analyse économique s'y intéressent davantage, v. par ex. G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Préf. Fr. Stasiak, LGDJ, coll. Droit et économie, 2009 ; J.-P. Jean, *De l'efficacité en droit pénal, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, in *Mélanges offerts à J. Pradel, Cujas*, 2006, p. 135 et s. ; M.-A. Frison-Roche, *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence : notions, critères, typologies*, P. A., 2000, n° 259, p. 4 et s. ; Ph. Conte, « *Effectivité* », « *inefficacité* », « *sous-effectivité* », « *surefficacité* » [...] - *variations pour droit pénal*, in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges P. Catala, Litec, 2001, p. 125 et s. ; G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005.

[69] V. not. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, 1969, spéc. p. 266 ; H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1979, 1<sup>ère</sup> éd. française, 1996, p. 4 : « *dire d'une norme qu'elle est efficace cela signifie seulement qu'elle est, en gros et de façon générale, observée et appliquée* ».

[70] M. Weber, *Economie et Société*, Paris, Plon, 1971, p. 213, « *Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande ce qu'il en advient en fait dans la communauté : en effet la chance existe que les hommes qui participent à l'activité communautaire, et parmi eux surtout ceux qui détiennent une dose socialement importante d'influence effective sur cette activité communautaire, considèrent subjectivement que certaines prescriptions doivent être observées et se comportent en conséquence, c'est-à-dire qu'ils orientent leur activité conformément à ces prescriptions* ».

[71] J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1<sup>ère</sup> éd., 1978, réédition PUF, Coll. Quadrige, 1994, p. 17 : « *Le juriste dogmatique est, par profession, logé à l'intérieur d'un système juridique, son système national. Ne fût-il que théoricien, il peut légitimement prétendre agir sur son droit, car il en fait partie, puisqu'il est un membre de la doctrine (tout docteur participe à la doctrine) : à ce titre, il est lui-même autorité dans le droit, s'il n'est pas tout à fait source du droit. Le sociologue, au contraire, demeure en dehors du système qu'il observe, ce système fût-il le sien, et l'observation qu'il en fait ne saurait le moins du monde en influencer le fonctionnement. En d'autres termes, la sociologie juridique connaît la séparation radicale, propre aux sciences expérimentales, entre l'observateur et la matière observée. Et si le droit est Dieu pour le dogmaticien, le sociologue, lui, s'impose de pratiquer l'athéisme méthodologique* ».

[72] A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, V° Efficacité.

[73] F. M. Sawadogo, *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, Bruxelles, Juriscope, 2002, 444 pages ; M. Kom Kamsu, *La protection des entreprises commerciales contre les risques économiques dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009, p. 17.

[74] C. Ndong, *Le règlement préventif OHADA : des textes à la pratique, analyse critique de prévention des difficultés des entreprises par l'OHADA*, EUE, 2013.

[75] M.-A. Frison-Roche, *Les difficultés méthodiques d'une réforme du droit de la faillite*, Dalloz, chronique, p. 17 ; dans le même sens : M.-A. Frison-Roche, et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique - Introduction et documents*, PUF, Paris, 2005, p. 109.

[76] Voir en ce sens, C. Moukala-Moukoko, *Rôle et responsabilité du juge et des autres organes intervenant dans les procédures collectives*, 8-11 juillet 2013, Porto-Novo sur le site : [www.ohada.com/.../Etude-Moukala-Moukoko.PDF](http://www.ohada.com/.../Etude-Moukala-Moukoko.PDF).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable



## [Doctrines] La construction épistémologique d'une notion de navire applicable en droit maritime camerounais : état des lieux et perspectives

par Kenguep Ebénézer, Maître de Conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Douala - Cameroun  
et Lachunou Mongoue Michel Ariel, Doctorant en droit privé des Affaires/ Université de Douala

Les sujets tournant autour de la notion de navire ont toujours captivé notre attention au point de nous amener à y trouver un intérêt de recherche. C'est fort de cela que nous avons dans le cadre de l'accomplissement de nos différentes recherches, formulé un sujet portant sur «la spécificité du statut juridique du navire» [1]. Pour aller dans la même veine que nous, un auteur a qualifié cet engin, appareil ou bâtiment de navigation selon divers postulats de «centre névralgique du transport maritime et de la conquête des océans» [2].

La notion de navire, pour s'intéresser à sa compréhension épistémologique n'a cessé de faire couler beaucoup d'encre et de salive. D'aucuns abordent la notion sans toutefois lui donner un contenu fonctionnel, ils se limitent à souligner sa nature [3], d'où une étude analytique parcellaire [4]. D'autres en revanche dégagent l'idée selon laquelle il faudrait s'attendre à un concept dynamique [5], évoluant au gré du temps et de l'espace. En droit comparé, l'on parle déjà de «e-navigation», ou encore de «navires autonomes ou sans équipages» [6].

Le prototype d'une approche traditionnelle de la notion de navire trouve son origine dans la Bible [7] et le Coran [8]. Le livre de la genèse nous renseigne que le premier navire construit entièrement des mains d'un homme avait une vocation fondamentale, celle d'assurer la protection de l'espèce humaine du déluge. Cet objectif de protection s'identifiait de ce fait par deux actions bien précises qu'étaient d'une part le recueillement en grande quantité de biens et de personnes, et d'autre part leur protection de la montée des eaux, ce que nous appelons communément les grandes vagues. Dans tous les cas, il n'avait pas été construit dans le dessein d'effectuer une activité de transport.

L'histoire nous enseigne aussi que le commerce maritime africain marqué par la traite négrière se faisait à l'aide des navires qui, au fil des années se sont acheminés vers le perfectionnement [9].

Aujourd'hui, le droit du commerce maritime en général et celui de la marine marchande plus précisément forgent leur existence principalement sur l'activité maritime dont la notion de navire constitue l'épicentre, d'où tout l'engouement des juristes en maritime à procéder à la qualification juridique d'un tel concept. Le droit maritime et portuaire camerounais ne s'est donc pas inscrit en marge d'une telle action. D'ailleurs, il ne serait pas superfétatoire de faire remarquer que la grande période des indépendances en ce qui concerne l'Afrique francophone a été le départ pour nombre de pays d'Afrique centrale de se doter d'un code de la marine marchande chacun [10], même si dès le début du 21<sup>ème</sup> siècle l'on passera des postures purement nationalistes vers la réalisation du communautarisme. Dès lors, l'on perçoit, en considération des données historiques et empiriques, une évolution sociologique du droit maritime en Afrique centrale sous deux prismes à savoir le prisme de la modernité et plus loin, celui de la postmodernité.

Sur le sentier de la construction et plus, de l'analyse épistémologique de la notion de navire, nous avons vu sous d'autres cieux tant la jurisprudence, la doctrine que la loi dégager des critères peu ou prou convaincants à l'effet de circonscrire ce concept. Comme tout chercheur, la démarche nous impose de nous tenir avec neutralité au pied de la construction notionnelle du navire : quel constat pouvons-nous faire au regard des agrégats formant un tel concept en considération du brassage des différents travaux ? Le droit camerounais sur la question s'est prononcé, se fondant sur le postulat d'une antinomie en l'état actuel (I) et dont l'urgence serait de passer à une meilleure structuration notionnelle, comportant une clarté fonctionnelle (II). Bref, la construction

épistémologique de la notion de navire constitue *de facto* un véritable casse-tête chinois, source d'un réel «mal de mer» pour tout juriste peu ou mal outillé sur la question.

## **I - L'ambivalence de la notion de navire tirée du droit positif camerounais**

Le traitement du concept de navire en droit camerounais trahit un peu l'approche perplexe qui fonde la position du législateur lorsqu'il s'agit d'apporter une définition à cette notion. Sans doute, l'on ne pourrait davantage lui faire de grands procès en raison de sa démarche dans la mesure où celui-ci émet une disposition et laisse son commentaire et son interprétation à la charge tant de la jurisprudence que de la doctrine. L'on constate *de facto* que le droit positif camerounais appréhende le navire sur une double démarche. La première démontre que le législateur camerounais a élargi ladite notion en droit portuaire (A), la seconde laissant voir la multiplicité des définitions apportées à ce concept et applicables en droit maritime camerounais (B).

### **A - La perception globalisante de la notion de navire émanant du droit portuaire camerounais**

Comme nous l'avons souligné plus haut, l'évolution sociologique du droit maritime dans l'ensemble des pays de la CEMAC peut se faire identifier selon que nous l'appréhendons sous son orientation moderne, postmoderne ou plus loin hypermoderne. Au Cameroun, comme c'est d'ailleurs le cas dans l'ensemble des pays disposant d'une ouverture sur la mer, la navigation portuaire s'apparente très souvent au prolongement de la navigation maritime, encore que le port représente la partie commerciale visible de la navigation maritime. C'est la raison pour laquelle le droit portuaire s'intéresse aussi à la notion de navire dans ses multiples visages. Bref, il faut constater que le droit maritime et le droit portuaire ont en commun des éléments de connexité qui peuvent faire croire que le second pourrait dans une certaine logique se faire identifier à un sous-ensemble du premier.

Le droit portuaire camerounais n'a pas fait l'objet d'une grande activité législative au fil des années passées, c'est d'ailleurs l'occasion pour nous ici de souligner qu'en raison de ses objectifs, celui-ci relève d'un ensemble de règles disparates applicables à l'ensemble des activités exercées dans les domaines portuaires. Parmi l'une de ces activités, l'on identifie celle de police et d'exploitation. D'après le décret n° 85/1278 du 26 septembre 1985 portant règlement de police et d'exploitation dans les domaines portuaires [11], prétendument adossé sur l'Ordonnance n° 62/OF/30 du 31 mars 1962 portant Code de la marine marchande camerounaise [12], modifiée par la loi n° 83/17 du 19 juin 1963, le terme navire désigne : «*tout bâtiment, bateau, chaland, barge, radeau, drague, péniche, hydravion et autres engins flottants effectuant une navigation quelconque dans les limites définies à l'article 2 ci-dessus soit par ses moyens, soit à la remorque d'un autre navire*».

A la suite de cette définition, il ressort une triple tendance. La première nous amène à voir que le droit portuaire camerounais perçoit le navire d'une manière généralisée (1). La deuxième tendance confirme cette globalisation en considération du type de navigation qu'effectue le bâtiment (2). La troisième finalement continue sur la lancée des deux précédentes en négligeant les spécificités liées à l'autonomie de l'engin (3).

#### **1 - La perception globalisante de la notion de navire du fait de sa généralisation**

De la définition évoquée plus haut, il se dégage que le navire désigne «tout bâtiment [...]». La locution «tout» telle que utilisée dans ce contexte témoigne de la volonté de l'auteur de ce décret d'inscrire au rang de navire tout engin ou bâtiment navigant dans la zone portuaire. C'est la raison pour laquelle l'on constatera que cette expression «tout» qui prend la forme d'un déterminant ici et placée avant le mot bâtiment appelle à ne pas se focaliser sur une nature précise, les énumérations de ces bâtiments en disent davantage.

Par bâtiment, il faut retenir, une construction qui s'apparente à un immeuble, or nous savons tous que la particularité de l'immeuble est sa fixité. D'ailleurs, nombreux sont les auteurs aujourd'hui qui, parlant du navire optent pour l'appellation d'engin en substitution du mot bâtiment. La différence à ce niveau est perceptible du fait qu'un engin porte en lui l'idée d'un meuble, c'est-à-dire, appelé à se mouvoir. Le décret précédemment évoqué assimile au bâtiment de navigation, «bateau, chaland, barge, radeau, drague, péniche, hydravion» qui constituent en général des engins de servitude portuaire [13].

Sur le plan de la sémantique du droit maritime, le mot bâtiment de mer peut être affecté en qualification au navire. «*Tout navire est un bâtiment de mer, tout bâtiment de mer est un engin de mer, mais tout engin de mer n'est pas un bâtiment de mer*» [14]. D'ailleurs, Corbier Isabelle en fait large écho quant à la différence qui existe réellement entre le navire et les autres bâtiments de mer [15]. Kodjo Gnintedem Marie Duval en apporte des éléments de compréhension aisée dans le corps de sa thèse portant sur l'efficacité des sûretés [16]. C'est dire que finalement, la notion de bâtiment de mer qui est abordée en droit portuaire vient pérenniser le caractère général reconnu au navire selon la définition issue du droit portuaire camerounais. Bref pour rendre saisissable ces différents concepts, il faut se tourner vers la notion de navigation maritime.

## **2 - La négligence de la nature de la navigation affectée au navire**

La compréhension de la nature de la navigation affectée au navire reste complexe en droit maritime de la CEMAC en raison des imprécisions qui gouvernent sa définition. Une étude comparée de ce concept au regard du droit maritime français confirme entièrement ce postulat [17]. Si nous revenons donc en droit de la marine marchande de la CEMAC, il nous sera clairement relaté que la navigation maritime renvoie à une «*navigation pratiquée en mer, dans les ports ou rades, sur les étangs salés et dans les estuaires et fleuves fréquentés par les navires de mer, jusqu'à la limite du premier obstacle à la navigation maritime, fixée par l'autorité maritime compétente*» [18]. Cette disposition du Code communautaire de la marine marchande de la CEMAC en ce qui concerne la navigation maritime ne fait pas clairement le *distinguo* entre une navigation dite «maritime» et toute autre forme de navigation à laquelle sera affecté le navire. En poursuivant l'étude du contenu de cette fameuse catégorie de navigation [19], le même Code continue d'entretenir la généralité et la confusion.

La recherche d'une compréhension aisée de la notion de navigation maritime peut nous venir de l'ancien Code de la marine marchande du Cameroun qui définissait la navigation maritime dans le sens global d'une navigation «*qui s'effectue en mer et dans les parties des fleuves, des rivières et canaux en principe jusqu'au premier obstacle permanent qui s'oppose au passage des navires en mer*» [20]. S'étant rendu compte de la complexité de compréhension d'une telle notion, le législateur a trouvé bon de préciser que : «*est considérée comme maritime, la navigation effectuée en eaux fluviales lorsqu'elle est l'accessoire d'une navigation principalement effectuée en eaux maritimes*» [21]. De ce point de vue, nous observons peu à peu qu'il existe une différence fondamentale entre une navigation pratiquée en eaux maritimes par rapport à une autre pratiquée en eaux fluviales, mais, l'ancien Code de la marine marchande camerounaise nous renseigne qu'une navigation peut être qualifiée de maritime alors qu'elle se pratique en eaux fluviales. Dans ce cas, elle est considérée comme l'accessoire de la navigation maritime. Le critère d'accessoire dont est étiqueté une navigation fluviale à celle maritime nous indique que la vocation première et principale du navire se résume à la navigation maritime [22], sans oublier que très souvent, pour rejoindre la mer, le trajet fluvial peut être emprunté. Il faut d'ailleurs dire à titre de rappel que le fait pour un engin de navigation maritime d'emprunter le parcours fluvial ne peut véritablement le disqualifier de l'appellation de navire. En conclusion, le droit portuaire camerounais ne croit pas nécessaire de cloisonner le type de navigation dont le navire peut faire l'objet, encore que ce même droit regroupe dans le même panier les engins auto propulsifs et les engins évoluant à l'aide d'une remorque.

## **3 - L'exclusion de l'autonomie propulsive comme critère exclusif de qualification de navire**

Le droit portuaire camerounais dans sa logique globalisante, qualifie de navire tout bâtiment apte à une autonomie propulsive ou tenu à la remorque d'un autre navire. L'édiction d'une telle prescription contribue davantage à empêcher toute assimilation aisée de la nation de navire. Le critère d'autopropulsion qui est très souvent reconnu à titre exclusif au navire permet tout d'abord d'indiquer que celui-ci est un engin flottant, destiné à la navigation. C'est d'ailleurs ces deux critères qui permettent de séparer le navire de l'épave maritime [23]. La navigabilité et la flottabilité constituent alors deux destinations reconnues au navire [24]. La navigabilité de l'engin flottant est indispensable, elle désigne de ce fait son insubmersibilité [25]. La navigabilité et la flottabilité du navire dépendent de son armement et de son équipage, mettre le navire en état de navigabilité revient à être la mission première de l'armateur [26]. Pour compléter cette analyse, il faut dire que la flottabilité et la

navigabilité introduisent le critère de l'autonomie propulsive du navire et déterminent son existence voire sa vitalité [27]. En fonction de l'aptitude du navire à s'auto propulser, l'on distinguera les navires en bon état de navigabilité [28], les navires naufragés [29], les navires échoués [30]. Reste à voir les définitions apportées et applicables en droit maritime camerounais.

## **B - Le caractère équivoque des définitions du navire applicables à la quasi-totalité des pays de la CEMAC**

Les approches du navire que nous rencontrons tant en droit international qu'en droit CEMAC de la marine marchande et puis en droit camerounais, nous indique le caractère équivoque de ladite notion telle que perçue à travers ces différents prismes. Cette diversité se trouve également en droit maritime français pour qui, le navire obéit à une affectation spécifique [31]. Bref, ces conventions internationales nous indiquent qu'il serait bon de distinguer en matière de navigation, les navires privés des navires d'Etat [32] et de guerre [33]. En tout cas, la définition du navire se caractérise en droit international par son caractère multiple (1). Le droit CEMAC quant à lui a adopté un sens littéral prêtant à des analyses diverses (3), bien qu'un ancien Code de la marine marchande camerounaise ait usé d'une conception relativement étriquée du navire autrefois (2).

### **1 - Les définitions tous azimuts tirées du droit international et applicables en droit camerounais**

La particularité du droit international applicable au droit maritime camerounais et CEMAC témoigne de ce que l'appréhension de la notion de navire ne saurait être équivoque dans la mesure où certains de ces navires peuvent cumuler des tâches [34], tandis que d'autres répondraient d'une fonction particulière et bien déterminée [35]. En résumé, l'on peut faire le constat suivant lequel la notion de navire ne fait pas l'unanimité sur le plan international, cela étant tout simplement le fait de sa spécificité ou de la particularité des domaines dans lesquels ce bien intervient et circule [36], sans oublier les différentes fonctions qui lui sont reconnues. Enfin, il serait loisible de tenir compte de la polychromie de cet engin dans la quête d'une définition convaincante [37]. Cette situation n'a pas laissé indifférents les Etats de l'Afrique qui, tour à tour ont opté à se prononcer sur la problématique de la définition du navire chacun à travers son Code de la marine marchande. La position du droit maritime camerounais de l'époque peut être perçue comme relativement étroite.

### **2 - La position relativement étriquée de l'ancien Code de la marine marchande camerounaise**

Le lendemain des indépendances a considérablement amené certains Etats de l'Afrique centrale à se doter d'un instrument juridique propre régissant leur droit maritime respectif [38]. Malheureusement et une fois de plus, ces législations se sont avouées insuffisantes, par élan purement juvénile, du fait de leur recours permanent aux règles tirées de l'ancien Code de commerce français, à l'effet de combler les lacunes de ces différents textes.

L'ancien Code de la marine marchande camerounaise n'avait pas manqué de donner sa position sur la définition du navire. Ce texte ne se limitait pas à une simple appellation du mot navire, mais apportait une précision en parlant plutôt de «navire de mer» qu'il considérait comme «*quel que soit son tonnage ou sa forme, tout engin flottant destiné à une navigation principalement effectuée en eaux maritimes*» [39].

De part cette appellation de navire de mer, l'on dénote de l'esprit de cette loi que le législateur de l'époque tenait déjà de faire une stricte séparation entre tout navire de mer et les engins quelconques dont la destination se rapporte le plus souvent à la navigation fluviale [40]. D'ailleurs, le même texte nous renseigne que tout bâtiment de mer obéit à une procédure en immatriculation organisée des soins de l'autorité maritime [41]. Cette définition n'est pas très loin de la position du législateur congolais de la période dont les mentions renvoyaient quasiment aux mêmes aspects [42].

De cette approche, l'on a retenu qu'il existe bien une différence fondamentale entre le navire de mer et tout autre engin de navigation quelconque dont la charge de la reconnaissance revient à l'autorité maritime à travers la procédure en immatriculation. A la différence du Code de la marine marchande congolaise qui a opté pour la nature maritime de toute navigation assignée au navire, le Code de la marine marchande du Cameroun a choisi plutôt l'appellation «navigation en eaux maritimes» qui, sonne plus claire que celle de navigation maritime dont

la détermination renvoie à une dichotomie voire une antinomie législative [43]. Sans pour autant donné sa position, le Code civil appelle à distinguer le navire du bateau [44]. Somme toute, des élans purement nationalistes, va émerger la communautarisation.

### 3 - L'évolution en dents de scie de la notion de navire applicable en droit CEMAC de la marine marchande

D'abord, le Code communautaire de la marine marchande de la CEMAC de 2001 en son article 2, alinéa 38 définissait le navire comme : *«tout bâtiment ou engin flottant de nature mobilière quel que soit son tonnage ou sa forme, avec ou sans propulsion mécanique et qui effectue à titre principal une navigation maritime»*. Cette position va donc être reconduite intégralement sous les cieux des Comores [45]. Sur ce, l'on peut constater que cette définition n'était pas très éloignée de la position des législateurs camerounais et congolais de la période d'après les indépendances. Par mimétisme, le Code communautaire de la marine marchande de cette époque avait trouvé juste de fédérer toutes les propositions qui avaient été émises par ces derniers en négligence du travail abattu par la doctrine [46]. Onze ans après, cette définition sera effacée au profit d'une autre très simpliste et moins précise que la précédente. Le présent Code, celui du 22 juillet 2012 définit le navire comme :

*«tout bâtiment utilisé pour transporter des marchandises en mer »* [47]. A cet effet, il importe de faire des remarques tant sur la forme que sur le fond de cette définition.

Sur la forme, il convient de souligner que le spectre de la diversité des définitions portant sur le navire continue de planer [48], même sur le plan communautaire, on assiste à un bicéphalisme de ce concept. On définit donc doublement une même notion, d'abord celle des marchandises et ensuite celle de personnes [49]. Mais le constat que nous pouvons faire est celui suivant lequel cette scission émane de la fonction du navire. Un navire de commerce sera armé pour transporter des marchandises et ou les personnes [50]. En tout cas, la qualité de commerçant de l'armateur est conditionnée par l'accomplissement des actes de commerce par nature et par le transport par rémunération des marchandises appartenant aux tiers [51].

Sur le fond, la définition telle que présentée par le nouveau Code communautaire de la marine marchande pose des difficultés de compréhension à plus d'un titre, celle-ci reste pourtant muette sur les aspects clés d'identification du navire, il s'agit de la destination à la navigation maritime, de l'aptitude à affronter les périls de mer, de l'exigence d'être un engin flottant, de sa dotation en moyen de propulsion et de direction [52]. A la lire, l'on rencontrera certainement la difficulté en droit CEMAC de discerner le navire parmi la variété de bâtiments de mer qui existent, encore que la présente approche calquée sur les Règles de Rotterdam nie tous les efforts tant réalisés par la jurisprudence que par la doctrine [53]. Est-ce là une originalité ou une avancée scientifique ? En tout cas, plus les techniques de construction navale évolueront plus le droit s'intéressera à une définition juste du navire.

Mais, il ne faut pas lire cette définition sur les lignes au grand risque de perdre toute la quintessence qu'elle porte. Certes, le texte reste muet voire silencieux sur certains aspects juridiques et techniques liés au navire tels que sa nature juridique, sa propulsion et son aptitude à affronter les périls de mer. En regardant de près celle-ci, on constatera que seule la capacité d'aller en mer permet de faire une différence fondamentale entre le navire et autres engins de mer [54]. Par déduction, tout bâtiment utilisé pour aller en mer aurait été conçu dans l'optique de braver les grandes vagues, le vent, bref de s'arrimer aux phénomènes météorologiques. A notre avis, l'ajout des expressions telle que navigation maritime à la présente constituerait une redondance et par la suite en serait superfétatoire. De plus, le défunt Code apportait de manière surabondante une précision sur la nature mobilière du bien alors que l'ensemble des législations des Etats de la CEMAC en avaient déjà apporté des précisions.

Au regard de ces attermoissements, manifestés par les positions divergentes et peu précises émises au sujet de la construction épistémologique d'une notion de navire applicable en droit camerounais, la doctrine, la jurisprudence et plus loin l'autorité maritime compétente seront donc invitées à établir une théorie juridique du navire capable de renseigner tout juriste sans équivoque, loin de toute interprétation périlleuse et purement

subjective.

## II - La proposition d'une théorie juridique d'identification du navire applicable en droit camerounais

L'on a vu précédemment que la définition du navire telle que décrite par le droit positif camerounais et dégagée du droit CEMAC de la marine marchande reste peu convaincante du fait de l'existence de nombreuses ambiguïtés et antagonismes qu'elle cache en elle fondamentalement. L'urgence ou encore la nécessité de dresser une théorie juridique de la notion de navire témoigne suffisamment du désir de la doctrine camerounaise et africaine de quitter les sentiers battus imposés par le droit maritime international. Il faut dire qu'en l'état actuel, la construction épistémologique d'une notion de navire applicable en droit camerounais (B) trouve son fondement et sa raison d'être dans le fait que le navire appartient à une catégorie de biens mobiliers jouissant d'un traitement particulier (A).

### A - Les raisons fondant la proposition d'une théorie juridique d'identification du navire

Traiter des questions relatives au navire en considération de l'existence de nombreux autres engins qui tournent autour de son statut juridique et dont la distinction ne s'avère pas aisée, fonde tout l'essentiel de ce travail et en constitue d'ailleurs l'objet. Le navire puisqu'il s'agit bien de ça dispose d'un statut juridique particulier (1), cet ensemble d'actes juridiques qui encadrent cet engin fait bénéficier à son propriétaire, un régime de responsabilité ou encore de réparation dérogatoire du droit commun de la responsabilité (2).

#### 1 - La disposition du navire à la jouissance d'un statut juridique particulier : entre hétéroclisme du statut réel et personnification

Le statut juridique particulier dont jouit le navire émane de l'hétéroclisme qui encadre l'ensemble des règles qui régissent son statut réel, plus loin, auprès d'un statut personnel qui lui est reconnu à la différence de tout autre engin ou bâtiment de navigation.

Le navire, comme nous l'avons mentionné plus haut, est un bien assez complexe. Son statut réel commande que l'on se penche en amont sur l'origine de la classification des biens. On peut donc se référer au droit romain, qui a dans un premier temps et de manière constante établi la distinction ou la classification des biens sur trois piliers fondamentaux. Il s'agit d'une distinction entre les choses les plus précieuses, les plus durables et les plus productives [55]. Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi. « *Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées* » [56]. Le Code civil a rangé le navire dans la catégorie mobilière [57]. Cette classification loin de faire l'unanimité a laissé l'ensemble de la doctrine quelques fois perplexe [58].

Deux aspects doivent en effet être soulignés pour dégager la notion juridique de navire, il s'agit ici de l'idée de différenciation d'une part et de l'idée d'extension ou de compréhension [59], d'autre part. Mais avant d'y arriver, il faut surtout savoir que le navire est un bâtiment au sens restreint, un bâtiment de mer qui est non pas fabriqué mais construit et dont la construction appelle à l'assemblage de matériaux de nature mobilière dont la destination sera de naviguer. Les deux critères soulignés plus haut à savoir l'idée d'extension qui appelle que l'on qualifie le navire non seulement par la coque mais aussi par les accessoires, c'est-à-dire les agrès et apparaux. L'idée de différenciation quant à elle amène à faire un distinguo entre le navire partie principale et les éléments nécessaires à son fonctionnement [60]. En tout cas, pour mieux comprendre le domaine mobilier attribué au navire et circonscrire les éléments qui le constituent en tant que bien, on a assisté à l'affrontement de deux thèses, il s'agit là d'une conception large de Ripert et une autre, étroite de Monsieur Bonnescase.

La thèse de Ripert repose sur l'idée que le navire n'est pas seulement l'assemblage visible physiquement [61], mais aussi qu'il est constitué d'accessoires. Les parties essentielles comprennent selon lui : « *la coque du navire, les machines et instruments qui sont liés à cette coque et sont indispensables pour sa propulsion et sa direction* » [62]. Les accessoires sont les éléments qui peuvent être séparés du navire, par simple déplacement mais qui lui sont indispensables à la navigation maritime [63].

La conception étroite de Bonnacase repose sur l'idée que le navire n'existe en tant que tel que si certains éléments sont ajoutés à la structure externe pour lui permettre de naviguer [64]. Il distingue donc la coque, les agrès et appareils, qu'il définit par ailleurs comme «*la désignation générique de tous les éléments qui venant se greffer sur la coque la rendent aptes à remplir sa destination c'est-à-dire naviguer*». Seuls les objets nécessaires à l'utilisation nautique du navire sont qualifiés d'agrès. Bonnacase, à l'exception de Rodière exclut de la catégorie des agrès et appareils tout ce qui intéresse seulement l'utilisation commerciale du navire. Pour Bonnacase, seuls les agrès et appareils donnent au navire sa viabilité. C'est-à-dire son aptitude à naviguer [65].

Rodière et Du Pontavice systématisent et distinguent la coque et la machine des agrès [66] et appareils, lesquels se divisent en deux catégories : tout d'abord les accessoires qui sont liés matériellement au navire, mais pourraient en être facilement détachés : ancres, chaîne, palans, compas, appareils de radio et enfin les éléments qui ne sont pas liés matériellement au navire mais imposés par la nécessité de la navigation ainsi les chaloupes et les canots [67].

Parmi les accessoires du navire, même De Sola valide la thèse de Rodière mais celui-ci n'opérait pas une distinction entre les éléments nécessaires à l'utilisation nautique et ceux indispensables à l'exploitation économique du navire [68].

La majorité de la doctrine invite à distinguer les agrès, appareils, des accessoires. Jambu Merlin, Dante Gaéta, Chauveau et Rodière appellent à ne pas confondre les agrès et les accessoires puisque les uns et les autres n'ont pas la même destination ou la même portée. Les agrès méritent d'être assimilés au navire car ils en font partie vitale au même titre que la coque et la machine. Les agrès et appareils font parties intégrantes du navire [69].

Cette distinction emporte de manière inéluctable une grande distinction sur le régime mobilier du navire, c'est celle de la qualification des éléments du navire. On ne saurait de manière expresse étudier une grande exception apportée par l'originalité mobilière du navire. Il s'agit d'un bien meuble composé d'une partie principale et des accessoires [70]. A cette occasion, Ripert voit dans les accessoires un cas de destination d'un meuble à un autre meuble, il crée une catégorie de biens que le Code civil n'a pas prévue en le calquant sur celle des immeubles par destination [71]. Ils y voient des meubles par destination affectés au service d'un autre meuble [72]. Cet ensemble d'éléments constitutifs du navire est donc le gage de sa bonne mobilité.

D'après la définition du navire proposée par le Doyen Rodière, il en ressortait clairement que le navire est «un engin flottant destiné à la navigation maritime» [73]. A l'analyse de cette définition, il en ressort que le navire a une première fonction, c'est celle de flotter. La flottabilité du navire est le seul élément technique qui lui permet de naviguer. Lorsque le navire n'est plus en état de flotter, il perd sa qualité de navire [74]. Sur ce point, il mérite que l'on s'arrête pour observer une situation de fait qui a des répercussions sur le droit.

Au premier rang, la fonction flottable du navire contribue à dire que le navire est un bien meuble. Par la suite, il peut arriver que celui-ci cesse de flotter et devient une épave [75], soit par naufrage [76], par échouage ou par échouement [77]. La destination du navire à la navigation [78] en mer est une option fondamentale pour le constructeur de l'engin. La navigabilité du navire passe de manière très logique par sa capacité à flotter. En effet, naviguer revient à exercer sa fonction mobilière, c'est un indice qui amène à qualifier le navire et à le classer dans la catégorie de biens mobiliers.

Après de cette qualification mobilière qui est reconnue au navire, l'on se rend effectivement compte qu'il s'agit d'un bien dont la valeur économique impose le respect d'un certain formalisme [79] dans la constitution des actes qui l'encadrent [80]. De ce fait, c'est un bien qui bénéficie entièrement d'un traitement digne d'un bien immobilier [81]. Sur le plan du crédit bien évidemment, il fait l'objet d'une hypothèque [82], d'où la consécration de l'hétéroclisme des règles juridiques applicables au navire [83].

Par ailleurs, le statut personnel du navire se traduit par des traits particuliers. La construction est le terme propre qui vient manifester la naissance du navire [84]. Elle renvoie à l'assemblage, la disposition des matériaux, des

diverses parties du navire [85].

Il serait important voire bénéfique de rappeler que le droit maritime de la CEMAC a consacré le principe de la nationalité du navire [86] qui traduit l'appartenance du navire à un ordre juridique. Le concept de nationalité est globalisé par une marque extérieure au navire et qui favorise son identification [87] : C'est le pavillon. En droit international public, le pavillon indique la nationalité d'un navire, qui relève en principe de la compétence exclusive de l'état du pavillon [88]. Le pavillon de complaisance est un pavillon libéralement accordé par certains petits Etats [89] (Liberia, Panama...) présentant des avantages pour les armateurs (charge fiscale et sociale moins lourde ; mais ne consacrant pas un lien substantiel entre le navire et l'Etat) [90].

Comme il a été mentionné plus haut, le navire acquiert la nationalité d'un pays par une procédure à double détente. D'abord, une immatriculation qui vise l'inscription administrative du navire sur une fiche matricule [91] détenue par la direction des affaires maritimes et des voies navigables. Et ensuite, par une demande visant acquisition d'un titre de nationalité. L'immatriculation exige alors la localisation du navire [92]. Le titre de nationalité est l'acte administratif qui confère au navire le droit de battre le pavillon de l'Etat membre auquel il appartient avec les privilèges et suggestions qui s'y rattachent [93]. Ce sont finalement ces divers traits qui appellent à considérer de manière particulière les règles de droit applicables au navire.

## **2 - La disposition du propriétaire du navire au bénéfice d'une limitation de responsabilité**

La limitation de responsabilité du propriétaire de navire tient son fondement à la fois du Code communautaire de la marine marchande de la CEMAC [94] et des conventions internationales [95]. En effet, il faut faire observer que cette procédure a évolué durant de nombreuses années pour prendre l'apparence qui lui est reconnue en ce jour [96]. La particularité de cette limitation au sens de son application se situe au niveau de l'attribution au propriétaire de navire d'un régime dérogatoire dont la finalité serait de lui accorder un certain nombre de privilèges [97]. Ce procédé de limitation justifie les éléments qui nous conduisent à dire que le navire détient un statut juridique particulier et qu'il serait de bon ton de procéder à la construction épistémologique de ce concept afin de circonscrire son champ d'application. D'ailleurs, nous saisissons cette occasion pour saluer la bravoure et la clarté du juge camerounais qui, dans une brillante décision de justice a refusé de faire bénéficier la limitation de responsabilité au propriétaire d'une barge, qui selon lui ne constitue en rien un navire [98]. Cette décision vient tel un coup de semonce, sonner le glas des attermoissements et embrouillaminis qui ont longtemps perduré dans la distinction entre le navire et les autres bâtiments de mer ou de navigation quelconque [99], d'où l'urgence de la construction épistémologique d'une notion acceptable du navire.

## **B - L'élaboration d'une théorie juridique favorable à l'identification du navire**

La question de l'élaboration d'une théorie juridique du navire ne nous revient pas en exclusivité, mais pour l'essentiel, il faut souligner qu'au Cameroun, les travaux tendant à la qualification du navire restent relativement rares et inachevés, malgré l'existence de quelques exercices juridiques sur la question [100]. La problématique de la construction épistémologique d'une notion de navire applicable au Cameroun est d'un impératif dans la mesure où les recherches et propositions abondantes à ce jour nous viennent en général du droit français (1) alors que l'urgence serait de circonscrire et de construire une notion de navire dont l'application ne poserait pas un problème de compréhension à notre sens (2).

### **1 - Les propositions émanant du droit comparé**

Dans l'optique de construire une théorie juridique du navire applicable en droit camerounais, l'on s'est intéressé aux différentes approches émises par le droit comparé. Pour cela, il nous est rapporté qu'en droit belge, le navire est perçu comme «tout bâtiment d'au moins 25 tonneaux de jauge» [101]. Le droit chinois pour sa part qualifie de navire «les bâtiments supérieurs à 20 tonneaux» [102]. La position du droit américain en ce qui concerne la définition du navire est restée jusqu'ici peu précise jusqu'à la naissance de l'affaire «Lozman v. City of Riviera Beach, n° 11-629 du 15 janvier 2013 tranchée par la United States Supreme court». Avant ce contentieux, l'on comprenait par navire au sens donné par le congrès «*toute moto marine de n'importe quelle*

*nature ou autre engin artificiel qui est utilisé ou bien est capable d'être utilisé comme moyen de transport sur l'eau» [103]. Cette conception va évoluer depuis l'arrêt *Lozman* en 2013, les juges des différents Etats en Amérique vont tour à tour exiger dans la recherche d'une qualification du navire, une approche fonctionnelle et pratique au détriment d'une approche purement notionnelle [104]. A cet effet, l'association de droit maritime des Etats-Unis va décider de saisir le comité maritime international à l'effet d'apporter une définition du navire.*

Face à ces approches diverses, le droit français va emprunter une piste différente des précédentes, il colle au navire : «*tout engin flottant, construit et équipé pour la navigation maritime de commerce, de pêche ou de plaisance et affecté à celle-ci*» [105]. Ensuite, la doctrine et la jurisprudence de ce même pays vont se charger d'apporter des précisions à ce sujet. En considération du caractère peu précis des différentes positions émises par la jurisprudence [106], la doctrine va tenter de déterminer les critères de qualification purement notionnelle du navire tournant autour de l'exigence de flottabilité, de la nécessité d'une autonomie de propulsion et de l'aptitude à affronter les dangers de la mer [107]. En résumé, l'on trouve en droit français une définition du navire qui nous renvoie à un engin flottant, doté d'un moyen de propulsion, apte à affronter les dangers de la mer [108]. Sur ce, en lisant les différents travaux de la doctrine française, l'on a comme impression qu'elle a omis de donner un véritable contenu à la notion de navire dans la mesure où elle s'est limitée à tracer sa nature en laissant aux oubliettes ses diverses fonctions.

## **2 - La reformulation en vue de la proposition d'une notion de navire applicable en droit camerounais : entre détermination de nature et circonscription de fonction**

L'on ne saurait dans le cadre de l'élaboration d'une notion de navire applicable en droit camerounais ignorer les différentes fonctions qui lui sont reconnues. Bien d'études juridiques tant sur le plan international [109] que sur le plan local, ont traité cette préoccupation sans lui donner une véritable orientation propre ou encore sans apporter les raisons fondamentales de la nécessité de la description juridique du navire [110]. Dans la plupart des cas, l'on a assisté à une reconduction exacte des positions données par la doctrine française, tout en ignorant les pleines missions qui sont conférées tant au juge, qu'à l'autorité maritime compétente dans l'exercice de la qualification juridique du navire.

Face à cela, nous tenons à proposer une définition du navire que l'on pourrait appréhender comme tout engin ou bâtiment en état de flottabilité avérée qui, à l'aide d'un moyen de propulsion propre est construit et équipé dans le but d'effectuer une navigation maritime de commerce, de pêche ou de plaisance, ainsi que tout engin ou bâtiment construit et équipé dans l'optique de mener des missions diverses, dont la structure témoigne de sa capacité à résister de manière pérenne aux dangers et aléas liés à la mer et ayant au sens légal, rempli toutes les conditions relatives à son aptitude à pratiquer une navigation maritime.

Cette définition convoque notre attention sur deux points, à savoir sur la détermination de la nature juridique du navire et sur la circonscription de ses potentielles fonctions ou de son but.

Sur la détermination de la nature juridique du navire, il faut observer que la définition donnée ci haut, le traite comme une variété de bâtiment ou engin de mer dont les caractéristiques tournent autour de sa flottabilité avérée, de l'autonomie exigée de ses moyens de propulsion, de son aptitude à mener une navigation maritime dont le législateur CEMAC de la marine marchande n'en a pas oublié, surtout que pour aller en mer, il faut se doter d'un titre de navigation [111], de sa capacité à affronter les dangers et aléas liés à la mer et surtout de la nécessité de sa conformité à un cadre juridique de navigation propre. Il s'agit là en résumé des critères communs mais complétés de désignation du navire psalmodiés en partie par la doctrine française.

Sur la circonscription des fonctions du navire, nous proposons de garder à l'esprit que l'usage du navire se fait au commerce, à la pêche, ou encore à la plaisance. En un mot, la principale fonction ou le but principal du navire se résume au transport maritime des biens et ou des personnes [112]. Le navire peut aussi remplir une mission de services publics [113], soit en faveur de l'Etat, soit au bénéfice des tiers. Bref, il contribue à l'accomplissement des actes de commerce par nature [114], c'est d'ailleurs en raison de son statut juridique, que nous constatons parfaitement que les navires remplissant des services publics gouvernementaux et

commerciaux obéissent à un régime juridique particulier [115]. Foncièrement, cette proposition a pour vocation de synthétiser les positions émises à hue et à dia quant à une réelle qualification du bien.

Somme toute, le véritable travail de qualification du navire revient en dernier ressort aux juges, dont l'intime conviction peut amener à tirer des conclusions différentes des nôtres et dont la position reste évolutive sur la question [116], à l'autorité maritime compétente dont la charge se résume à l'encadrement juridique et administratif de ces engins, étant donné que certains ont qualifié son avis en matière de saisie conservatoire de

«superflu» [117]. Il n'en demeure pas moins qu'en matière de qualification de navire, que cet avis devienne «utilement superflu» tant pour les parties que pour le juge. Mais une chose est sûre, bien que la notion de navire soit en permanente mutation [118], il n'en demeure pas moins qu'elle jouit d'un construit quand bien même les interprétations se présenteront si divergentes. Il n'est pas alors vain de dire que la construction épistémologique d'une notion de navire applicable en droit camerounais doit tenir pour directives les indications tirées de la théorie constructive du navire et de ses fondamentaux [119].

---

[1] M. A. Lachunou Mongoue, *La spécificité du statut juridique du navire*, mémoire rédigé et soutenu publiquement le 16 février 2016 en vue de l'obtention d'un master en Recherche, Université de Douala, Faculté des sciences juridiques et politiques. Voir aussi, d'une manière générale, E. Kenguep, *Le droit maritime de la CEMAC à l'ère de la réforme*, éd. CRAF, 2020-2021, 273 pages. Du même auteur, *Les grandes décisions commentées de la jurisprudence maritime camerounaise*, éd. CRAF, 2020, 250 pages.

[2] O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, DMF, n° 817, octobre 2019, p. 771.

[3] D. Bilong Bilong, *La notion de navire en droit camerounais et CEMAC*, Neptunus e.revue, Université de Nantes, vol. 26, 2020/1 ; G. Piette, *La notion de navire en droit français*, Montesquieu Law Review, n° 5, mars 2017.

[4] O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, DMF, n° 817, octobre 2019, p. 771.

[5] C. Kende, *Une nouvelle définition de la notion de navire en droit américain*, DMF, n° 775, décembre 2015, p. 995-999.

[6] A. Chesneau, *Les navires autonomes, enjeux et impacts d'une navigation sans équipage dans le monde maritime*, mémoire pour l'obtention du Master Droit maritime 2016-2017, Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Sciences politiques, 84 pages ; G. Piette, *Navires sans équipage, nouveaux navires, nouvelles responsabilités civiles?*, Gazette de la Chambre, n° 49, Printemps 2019, 2 pages ; du même auteur, *Les conventions internationales maritimes et les navires sans équipage*, Gazette de la Chambre, n° 47, automne 2018, 2 pages ; Conseil économique et social, Commission économique pour l'Europe, Comité des transports intérieurs, 91<sup>ème</sup> session, Genève, 19-22 février 2019, bateaux autonomes en navigation intérieure ; O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, DMF, n° 817, octobre 2019, p. 771.

[7] Livre de la Genèse, Chapitre 6-7.

[8] Sourate 11, versets 27-51.

[9] On a eu au 15<sup>ème</sup> et 16<sup>ème</sup> siècle l'usage des Caravelles portugaises, au 17<sup>ème</sup> vont naître les Galions espagnols et les flûtes hollandaises en association aux frégates et aux corvettes, le 18<sup>ème</sup> siècle va connaître l'existence des Brick ; O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, DMF, n° 817, octobre 2019, p. 771.

[10] C'est le cas du Cameroun avec l'Ordonnance n° 62/OF/30 du 30 mars 1962, portant Code de la marine marchande camerounaise, modifié par la loi n° 63/17 du 19 juin 1963 ; du Congo avec la loi n° 30-63 du 4 juillet 1963 portant Code de la marine marchande congolaise, de la loi n° 6/74 du 11 mai 1979 modifiant l'article 7 de la loi n° 10/63 portant Code de la marine marchande gabonaise.

- [11] Décret d'application de la loi n° 83/016 du 21 juillet 1983 réglementant la police à l'intérieur des domaines portuaires.
- [12] Il s'agit ici de l'ancien Code qui régissait la marine marchande camerounaise, aujourd'hui remplacé par le Code communautaire de la marine marchande de la CEMAC du 22 juillet 2012, venu en remplacement de celui de 2001.
- [13] G. Piette, *La notion de navire en droit français*, Montesquieu Law Review, n° 5, mars 2017, p. 5.
- [14] M. D. Kodjo Gnintedem, *L'efficacité des sûretés maritimes*, Thèse en vue de l'obtention d'un Doctorat/PHD en droit, Université de Yaoundé II Soa, Faculté des sciences juridiques et politiques, n° 57, p. 34.
- [15] I. Corbier, *Le navire et autres bâtiments de mer, notions fondamentales*, Jurisclasseur Transport 2011, Fasc. 1045, n° I.
- [16] M. D. Kodjo Gnintedem, *op. cit.*, n° 56-61, pp. 34-37.
- [17] G. Piette, *La notion de navire en droit français*, Montesquieu Law Review, n° 5, mars 2017, p. 2.
- [18] Cf. article 2, al. 49 du CCMM de la CEMAC.
- [19] Cf. article 3 du CCMM de la CEMAC.
- [20] Cf. article 4, paragraphe I de l'Ordonnance n° 62/OF/30 du 30 mars 1962 portant Code de la marine marchande camerounaise, modifiée par la loi n° 63/17 du 19 juin 1963 complétant certaines dispositions du Code de la marine marchande camerounaise.
- [21] Cf. article 4, paragraphe II de l'ancien Code de la marine marchande camerounaise.
- [22] A. Ahamada, *Le Droit Comorien-Etude de droit comparé : droit français/droit comorien*, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, présentée et soutenue le 2 juin 2016 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, p. 23, n° 22.
- [23] Cf. article 279 du CCMM de la CEMAC, K. Oilleau, *Le crédit tiré du navire*, PUAM, 2010, n° 27, p. 48.
- [24] M. A. Lachunou Mongoue, *La spécificité du statut juridique du navire*, Mémoire rédigé et soutenu publiquement en vue de l'obtention d'un master recherche, Université de Douala, Faculté des sciences juridiques et politiques, p. 6.
- [25] I. Corbier, *op. cit.*, n° 27.
- [26] K. Ayuk Lee, *La navigabilité et le contrat d'affrètement établi par une charte-partie, les obligations du fréteur et de l'affréteur*, *Lex Electronica*, vol. 15.2, p. 4.
- [27] M. A. Lachunou Mongoue, *op. cit.*, p. 7.
- [28] K. Ayuk Lee, *op. cit.*, p. 4.
- [29] O. Bouba Fadimatou, *Le naufrage du navire*, Mémoire de Master II soutenu à l'université d'Aix-Marseille III, 2005-2006, p. 7.
- [30] P. Gallarvadin, *L'échouement du navire*, Mémoire de Master II soutenu à l'Université d'Aix-Marseille, 2006- 2007, p. 3.
- [31] Le droit maritime français distingue selon les différents types de navire, les navires à usage personnel, les navires de formation et les navires à utilisation collective. C. Lapparent, *Navigaton de plaisance*, Jurisclasseur Transport 2011, Fasc. 1052, n° 2.
- [32] Cf. article 27 à 32 de la Convention sur le droit de la mer.
- [33] Cf. article 29 de la Convention de Montego Bay.
- [34] Cf. article 2 de la Convention des nations unies sur les conditions d'immatriculation des navires, Genève, 7 février 1986.
- [35] Il faut à ce sujet se référer aux différentes conventions s'intéressant à la définition du navire : Convention sur les conditions d'immatriculation des navires, Genève, 7 février 1986 ; Convention pour la pollution par les

navires, Londres, 2 novembre 1973 ; Convention sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, 29 novembre 1969 ; Convention sur la responsabilité pour dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, 29 novembre 1963 ; convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets, Londres, 29 décembre 1972 ; Convention sur l'assistance, Londres, 28 avril 1989 ; Convention sur le règlement international pour prévenir les abordages en mer, Londres, 20 octobre 1972 ; Convention des nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer du 23 septembre 2009.

[36] I. Corbier, *op. cit.*, n° 36.

[37] K. Oilleau, *op. cit.*, n° 2-5, p. 37-38.

[38] C'est le cas du Congo avec la loi n° 30-63 du 4 juillet 1963 portant Code de la marine marchande congolaise, de la loi n° 6/74 du 11 mai 1979 modifiant l'article 7 de la loi n° 10/63 portant Code de la marine marchande gabonaise.

[39] Cf. article 10 de l'ancien Code de la marine marchande camerounaise.

[40] Cf. article 10, al. 3 de l'ancien Code de la marine marchande camerounaise.

[41] Cf. article 10, al. 2 de l'ancien Code de la marine marchande camerounaise.

[42] Cf. article 12 de l'ancien Code de la marine marchande congolaise.

[43] Cf. article 4, al. 1 et 2 de l'ancien Code de la marine marchande du Cameroun.

[44] Cf. article 531 du Code civil camerounais.

[45] Cf. article 2, titre II, Livre I du Code de la marine marchande des Comores.

[46] I. Corbier, *op. cit.*, n° 19.

[47] Cf. article 2, al. 42 du CCMM de la CEMAC.

[48] Le droit maritime français distingue selon les différents types de navire, les navires à usage personnel, les navires de formation et les navires à utilisation collective. C. Lapparent, *Navigations de plaisance*, Jurisclasseur Transport 2011, Fasc. 1052, n° 2.

[49] Cf. article 2, al. 43 du CCMM de la CEMAC.

[50] O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, DMF, n° 817, octobre 2019, p. 771.

[51] E. Kenguep, *Analyse critique des règles de responsabilité du transporteur maritime de marchandises : contribution à la recherche du problème de l'équilibre contractuelle*, Thèse, Université de Yaoundé II, pp. 4-6.

[52] O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, *op. cit.*, p. 771.

[53] Article 1<sup>er</sup>, al. 25 de la Convention des nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer dite règles de Rotterdam.

[54] La précision est relative à la distinction entre navire et autres bâtiments de mer, l'ensemble de la doctrine avait réglé cette question en précisant que la distinction se fait surtout par le lieu où circulent les uns et les autres, bref sur la nature de la navigation, le navire ferait donc de la navigation maritime et la navigation maritime est celle des navires. I. Corbier, *op. cit.*, n° 34 et 41.

[55] P. Malaurie et L. Aynes, *Droit civil. Les biens*, Défrénois, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 2007, n° 110, p. 25.

[56] Cf. article 528 du Code civil.

[57] Cf. article 531 du Code civil.

[58] G. Cornu, *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., Paris, 2007, n° 10, p. 23.

[59] K. Oilleau, *Le crédit tiré du navire*, PUAM, 2010, n° 31, p. 56.

[60] L'une des questions fondamentales réside ici dans la notion matérielle du navire. Il comprend alors d'une part la coque, d'autre part les agrès, les apparaux et les accessoires, c'est-à-dire toutes les machines et tous les instruments qui servent à sa propulsion, à sa manœuvre et à sa conduite. P. Bonassies, C. Scapel, *Traité*

de droit maritime, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2010, p. 119.

[61] I. Corbier, *Le Navire et autres bâtiments de mer, notions Fondamentales*, Jurisclasseur Transport 2011, Fasc. 1045, n° 28.

[62] Parmi les éléments indispensables pour le déplacement du navire, on distingue à cet effet : de la machine, du mât, du gouvernail. Ce sont ces éléments qui permettent au navire de se déplacer et de naviguer en mer.

[63] Les accessoires du navire comprennent : les chaînes, l'ancre, les vergues, les cabestans, les palans, la boussole, le compas, les appareils télégraphiques, etc.

[64] «Lorsqu'on observe la structure extérieure du navire, on constate qu'il y'a sur le navire des objets mobiliers qui ne sont unis au navire que par la destination qu'ils reçoivent», J. P. Beurrier et autres, *Droits Maritime*, Paris Dalloz-Action, 2<sup>ème</sup> éd., 2009-2010, p. 276.

[65] K. Oilleau, *op. cit.*, n° 36, p. 59.

[66] Par agrès on assimile tous les accessoires ne faisant pas partie intégrante du navire, mais nécessaire soit à sa navigation soit à ses opérations commerciales. (Ancres, poulies, mats de charge, grues, matériels de saisissage).

[67] K. Oilleau, *Le crédit tiré du navire*, PUAM, 2010, n° 39, p. 62.

[68] Mme De Sola dans l'essentiel de sa pensée propose que l'on fonde notre distinction sur des éléments liés à l'utilisation nautique du bien et ceux liés à son utilisation économique pour discerner les parties essentielles des parties accessoires. K. Oilleau, *op. cit.*, n° 44, p. 65.

[69] *Ibid.*

[70] L'originalité du navire réside aussi dans la tentative d'une juste qualification de son statut réel. Comme nous l'avons étudié jusque-là, nous pouvons à cet effet constater que c'est un bien d'une nature particulière. Même après avoir admis que celui-ci constitue un bien meuble, il a été très difficile de cerner les contours juridiques d'une telle allégation dans la mesure où il est un meuble étant à son tour constitué d'autres éléments également de nature mobilière.

[71] Le Doyen Ripert au regard de la distinction de bien fondée essentiellement sur la destination du bien se permet de qualifier les accessoires du navire comme étant des meubles destinés à un autre meuble.

[72] Les accessoires au sens général du terme impliquent que le navire s'inscrive en droite ligne des immeubles par destination visés à l'article 524, al. 1 et 2 du Code civil. Le Doyen Carbonnier souligne ainsi deux critères définissant le rapport d'accessoires à principal : le premier est matérialiste (le principal a besoin de l'accessoire et l'accessoire ne vaut que par le principal). Le second est psychologique (le propriétaire a voulu traiter les deux objets comme un tout). K. Oilleau, *op. cit.*, n° 49, p. 70.

[73] I. Corbier, *Le Navire et autres bâtiments de mer, notions fondamentales*, Jurisclasseur Transport 2011, Fasc.1045, n° 20.

[74] La flottabilité du navire renvoie immédiatement à son insubmersibilité, I. Corbier, *op. cit.*, n° 27.

[75] Sur la notion d'épave lire A. Jude, *L'enlèvement des épaves*, Mémoire de Master II, Université d'Aix- Marseille, année 2007-2008.

[76] Il n'existe pas une définition légale du naufrage celui-ci est : «*issu du mot latin "nafragium" lui-même constitué de "navis" qui signifie navire et de "frangere" qui signifie briser, étymologiquement, le mot naufrage renvoie au "bris du navire"*» ; O. Bouba Fadimatou, *Le naufrage du navire*, Mémoire de Master 2, soutenu à l'Université, d'Aix-Marseille III, 2005-2006, p. 7.

[77] Ici réside une nuance d'ordre sémantique, il s'agit de la distinction qui existe entre l'échouage du navire et son échouement. Selon P. Gallavardin dans son Mémoire de Master 2, soutenu à l'Université d'Aix-Marseille en 2007 portant sur *L'échouement du navire*, l'échouage peut être perçu comme : «*la situation d'un navire qui touche intentionnellement le fond et cesse de flotter*», on parle donc d'échouage lorsque le navire cesse

volontairement de fonctionner. Alors que l'échouement est défini comme : «*l'arrêt accidentel d'un navire par contact avec le fond*», p. 3.

[78] «*Il ne faut pas confondre destination à la navigation et navigabilité. La destination à la navigation correspond à la capacité du navire à naviguer, à la structure de celui-ci, aux matériaux qui le composent. Alors que mettre le navire en état de navigabilité est une obligation essentielle de l'armateur. C'est une qualité essentielle du navire qui permettra à celui-ci d'affronter les périls de la mer en toute sécurité. La navigation du navire ne dépend pas alors de la structure du navire lui-même, mais du type de navire, de la qualité du chargement, de la nature et du temps de la navigation, des zones de mer qui vont être traversées. En d'autres termes, de l'armement et de l'équipage du navire*». I. Corbier, *op. cit.*, n° 26.

[79] M. A. Lachunou Mongoue, *op. cit.*, pp. 34-35.

[80] Cf. article 27 du CCMM de la CEMAC.

[81] M. A. Lachunou Mongoue, *op. cit.*, p. 30.

[82] Cf. article 89 du CCMM de la CEMAC ; M. D. Kodjo Gnintedem, *L'hypothèque maritime dans le Code CEMAC de la marine marchande*, Mémoire de DEA, Faculté de sciences juridiques et politiques de l'Université de Yaoundé II Soa, 2008, du même auteur, *L'efficacité des sûretés maritimes*, Thèse en vue de l'obtention d'un doctorat/PHD en Droit, Faculté de sciences juridiques et politiques de l'Université de Yaoundé II Soa, octobre 2011.

[83] M. A. Lachunou Mongoue, *op. cit.*, p. 15.

[84] V. J.-F. Cheneval, A. Liquau, E. Robine, *Contrat de construction navale - formation du contrat*, JCL Transport, Le navire, Fasc.1060, n° 1 à 8.

[85] A ce sujet, lire J.-F. Cheneval, *Quelques réflexions sur le contrat de construction de navires*, Gazette de la chambre, n° 30, hiver 2012-2013, p. 1 ; J.-F. Cheneval, A. Liquau, E. Robine, *Contrat de construction navale - formation du contrat*, JCL Transport, Le navire, Fasc.1060, n° 1 à 8.

[86] Y. Tassel, *Le navire et autres bâtiments de mer*, JCL Transport 2011, Fasc.1075, Individualisation- Immatriculation- Francisation, n° 18 ; Cf. article 5 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la Haute mer ; Convention de Montego Bay sur le droit de la mer ; articles 6, 10 et 11 de la Convention des nations unies sur les conditions d'immatriculation des navires, signée à Genève le 7 février 1986.

[87] B. Dujardin, *Le pavillon, un concept obsolète ? Vers un nouveau pavillon français*, Revue maritime, n° 202, janvier 2004, p. 1.

[88] P. Chaumette, *Le contrôle des navires par les Etats riverains*, in Les cahiers scientifiques du transport, n° 35/1999, p. 56.

[89] P. V. Angelelli, *La libre immatriculation : un gain pour les petites économies insulaires ? : études à partir du cas des Etats de la Caraïbes*, Université des Antilles et de la Guyane, Faculté de droit et d'économie de la Martinique, Thèse pour l'obtention du titre de docteur en sciences économiques, présentée et soutenue publiquement le 6 janvier 2012 ; lire N. Aloupi, *Le rattachement des engins à l'Etat en droit public*, (navires, aéronefs, objets spatiaux), Thèse de doctorat en droit international, université Panthéon-Assas, école doctorale de droit international, droit européen, relation internationale et droit comparé, soutenue le 27 avril 2011, p. 8.

[90] J. Y. Thomas, *Faut-il réformer l'exercice de l'hypothèque maritime?*, Gazette de la Chambre, Printemps 2004, n° 4, p. 1.

[91] Y. Tassel, JCL Transport 2011, Fasc.1075, *op. cit.*, n° 2.

[92] N. Aloupi, *Le rattachement des engins à l'Etat en droit public*, (navires, aéronefs, objets spatiaux), Thèse de doctorat en droit international, Université Panthéon-Assas, école doctorale de droit international, droit européen, relation internationale et droit comparé, soutenue le 27 avril 2011, p. 14.

[93] Cf. article 22 du CCMM de la CEMAC.

[94] Cf. article 102-143 du CCMM de la CEMAC.

[95] Il s'agit entre autres de la Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes, de la Convention de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour dommages liés au transport par mer de substances nocives potentiellement dangereuses, de la Convention internationale de 1957 sur la limitation de la responsabilité des propriétaires de navire de mer, de la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

[96] Y. Tassel, *La responsabilité du propriétaire du navire*, *op. cit.*, n° 10, p. 647.

[97] Y. Tassel, *La responsabilité du propriétaire du navire*, *op. cit.*, n° 6, p. 644.

[98] TGI Douala, jugement n° 646/Com, 1<sup>er</sup> octobre 2015, «Etat du Cameroun S/C Ministre des finances, Activa Assurances & SOGEA SATOM C. / China Harbour Engineering Company (CHEC) et CCCC Guangzhou Dredging Company Company Ltd, barge "Kai Tuo 9"».

[99] CA de Douala, n° 81/réf., 15 mai 2000, aff. n° 333/RG./99-00, «SOCIAA C. / BAD et Me Guy Efon».

[100] M. D. Kodjo Gnintedem, *L'efficacité des sûretés maritimes*, Thèse en vue de l'obtention d'un Doctorat/PHD en droit, Université de Yaoundé II Soa, Faculté des sciences juridiques et politiques ; M. D. Kodjo Gnintedem, *L'hypothèque maritime dans le Code CEMAC de la marine marchande*, Mémoire de DEA, Faculté de sciences juridiques et politiques de l'Université de Yaoundé II Soa, 2008 ; M. A. Lachunou Mongoue, *op. cit.* ; A. L. Happi Tchamdjeu, *Le crédit-bail sur le navire*, Mémoire en vue de l'obtention d'un master en droit, Université de Douala 2019 ; D. Bilong Bilong, *La notion de navire en droit camerounais et CEMAC*, Neptunus e.revue, Université de Nantes, vol. 26, 2020/1.

[101] Cf. article 1<sup>er</sup> du livre II du Code de commerce belge.

[102] Cf. article 3 du Code maritime chinois.

[103] C. Kende, *Une nouvelle définition de la notion de navire en droit américain*, DMF, n° 775, décembre 2015, p. 996.

[104] C. Kende, *Une nouvelle définition de la notion de navire en droit américain*, DMF, n° 775, décembre 2015, p. 999.

[105] Cf. article L. 5000-2 du Code des transports français.

[106] Cass. civ., 20 février 1844, S. 1844, 1. 197 ; Cass. req., 4 janvier 1898, S. 1898, 1. 216 ; Cass. req., 13 janvier 1919, S. 1920, 1, 340 ; Cass. com., 27 novembre 1972, n° 70-12596, Navire Gipsy II, DMF, 1973. 160, note P. Lureau ; CA Rennes, 4 mai 1982, DMF, 1983. 40, notes Y.-M. Le Jean et Y. Tassel ; CA Rennes, 7 mai 1991, DMF, 1992. 243, Obs. R. Le Brun ; Cass. crim., 2 février 2016, n° 15-80927, DMF, 2016. 352, Obs. S. Miribel.

[107] G. Piette, *La notion de navire en droit français*, Montesquieu Law Review, n° 5, mars 2017, p. 5.

[108] G. Piette, *La notion de navire en droit français*, *ibid.*

[109] G. Piette, *La notion de navire en droit français*, *op. cit.* ; C. Kende, *Une nouvelle définition de la notion de navire en droit américain*, *op. cit.*

[110] D. Bilong Bilong, *La notion de navire en droit camerounais et CEMAC*, *op. cit.*, p. 8-11.

[111] Cf. article 34 du CCMM de la CEMAC.

[112] S. Miribel, *Evolution de la notion de navire en droit français*, DMF, n° 775, décembre 2015 ; O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, *op. cit.*, p. 771.

[113] Par service public ici, il faut comprendre un service public administratif, industriel ou commercial.

[114] Cf. article 3, 6e point de l'Acte uniforme portant Droit commercial général.

[115] Cf. article 144, al. 1 du CCMM de la CEMAC.

[116] CA de Douala, n° 81/réf., 15 mai 2000, aff. n° 333/RG./99-00, «SOCIAA C. / BAD et Me Guy Efon» ; TGI

Douala, jugement n° 646/Com, 1<sup>er</sup> octobre 2015, aff. «Etat du Cameroun S/C Ministre des finances, Activa Assurances & SOGEA SATOM C. / China Harbour Engeneering Company (CHEC) et CCCC Guangzhou Dredging Company Company Ltd, barge "Kai Tuo 9"», *op. cit.*

[117] G. Ngamkan, *Saisie conservatoire de navire en Afrique centrale : l'avis de l'autorité maritime compétente, une exigence superflue ?*, in DMF, 2000, p. 665 et s.

[118] O. Lasmoles, *Cyber sécurité et navires sans équipage*, *op. cit.*, p. 771.

[119] A ce sujet, lire E. Guyou, *La théorie du navire*, Paris, 1887, Berger-Levrault et associés, 406 pages.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable

## [Brèves] Incompétence de la CCJA pour connaître des recours contre une décision appliquant des sanctions pénales

par Aziber Didot-Seïd Algadi

Réf: CCJA, 30 juin 2022, n° 127/2022 CCJA, 30 juin 2022, n° 127/2022 (N° Lexbase : A77308RQ)

- ▶ Saisie par la voie du recours en cassation, la CCJA se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales ;
- ▶ il ressort de cet article que la CCJA ne peut connaître en cassation, des recours contre une décision appliquant des sanctions pénales ;
- ▶ aussi, lorsque la Cour est manifestement incompétente pour connaître du recours, elle peut à tout moment par décision motivée, se déclarer incompétente.

Dans cette affaire, le Tribunal de commerce de Kinshasa/Matété, saisi de poursuites pénales des chefs de faux en écriture, concurrence déloyale et abus de confiance a déclaré prescrites les infractions de faux en écriture et d'abus de confiance et condamné le prévenu à une amende pour le délit de concurrence déloyale. Sur appels du ministère public et la personne condamnée, la Cour de Kinshasa/Matété, siégeant en matière répressive a rendu un arrêt contre lequel un pourvoi a été formé.

Relevant d'office son incompétence, la CCJA relève qu'en l'espèce, la décision de la Cour d'appel de Kinshasa, déferée à sa censure a prononcé une sanction pénale en condamnant le requérant à 1 an de servitude pénale principale pour abus de confiance et à une amende.

Eu égard au principe sus énoncé, la CCJA retient que le recours en cassation contre une telle décision n'étant pas de la compétence de la Cour, il y a lieu pour elle de se déclarer incompétente (cf. en ce sens, CCJA, 11 janvier 2018, n° 003/2018 N° Lexbase : A0813XBQ, où la Cour retient qu'elle ne peut prononcer l'annulation d'un arrêt dans la mesure où ce dernier applique des sanctions pénales ; voir, également, CCJA, 26 janvier 2020, n° 002/2020 N° Lexbase : A08273KT, Lexbase Afrique-OHADA, n° 32, 2020, obs. A. Didot-Seïd Algadi N° Lexbase : N2760BYU ; sur le sujet, lire D. Lekebe Omuali, *Les ambiguïtés de la voie de cassation en matière de droit pénal des Actes uniformes*, Lexbase Afrique-OHADA, 2017 N° Lexbase : N0972BXB).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable

## [Brèves] Obligation d'indication de la forme de la personne morale dans l'acte de signification d'une saisie-attribution de créances

par Aziber Didot-Seïd Algadi

Réf: CCJA, 9 juin 2022, n° 099/2022 CCJA, 9 juin 2022, n° 099/2022 (N° Lexbase : A03738RA)

► Le créancier procède à la saisie par un acte signifié au tiers par l'huissier ou l'agent d'exécution. Cet acte contient à peine de nullité l'indication des noms, prénoms et domicile des débiteur et créancier ou s'il s'agit de personnes morales, de leurs forme, dénomination et siège social.

Dans cette affaire, en exécution d'un jugement rendu par le Tribunal de commerce de Bamako, un créancier a fait pratiquer plusieurs saisies-attributions de créances sur les avoirs de son débiteur auprès de plusieurs établissements financiers. Le débiteur a contesté lesdites saisies par-devant le Tribunal de grande instance, lequel l'a débouté de sa demande.

Sur appel du débiteur, la Cour de Bamako a rendu un arrêt confirmatif contre lequel un pourvoi a été formé.

Le débiteur a fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 157 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, en ce qu'il a retenu que «*les irrégularités pour défaut d'indication de la forme évoquées [...] par l'appelante pour contester les saisies pratiquées [...] ne sont nullement constituées*» alors que l'ordonnance qu'il a pourtant confirmée et dont il soutient même que les motivations sont pertinentes reconnaît clairement, quant à elle, l'absence de cette forme.

**A juste titre.** La CCJA relève qu'en espèce, les exploits de saisie-attribution de créances signifiés aux divers tiers saisis, n'indiquent en rien la forme du débiteur, comme l'exige l'article 157-1) précité ; il s'en infère que lesdits exploits, établis en violation de la loi, doivent être déclarés nuls. Dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a encouru le grief allégué.

L'arrêt est cassé et, après évocation, la Cour infirme l'ordonnance rendue par la juridiction des référés du Tribunal de grande instance de la Commune IV du District de Bamako (cf. en ce sens, CCJA, 28 mai 2020, n° 199/2020 N° Lexbase : A41853WW ; sur **l'exigence d'une localisation précise du siège social de la personne morale**, cf. CCJA, 30 janvier 2020, n° 023/2020 N° Lexbase : A40143GR, Lexbase Afrique-OHADA, n° 33, 2020, note A. Didot-Seïd Algadi N° Lexbase : N3235BYH).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable

## [Brèves] Des effets de la décision statuant sur opposition à la décision portant injonction de payer

par Aziber Didot-Seïd Algadi

Réf: CCJA, 3 novembre 2022, n° 159/2022 CCJA, 3 novembre 2022, n° 159/2022 (N° Lexbase : A9361889)

### ► La décision statuant sur opposition se substitue à la décision d'injonction de payer.

Dans cette affaire, par ordonnance d'injonction de payer, le Président du Tribunal de commerce de Bamako a enjoint une société à payer à une autre une somme d'argent représentant le montant de sa créance. A la suite de l'opposition formée par la société débitrice, le Tribunal de commerce de Bamako a rétracté l'ordonnance querellée dans toutes ses dispositions.

Sur le recours de la société créancière, la Cour d'appel de Bamako a rendu un arrêt contre lequel un pourvoi a été formé.

La CCJA relève qu'en l'espèce, statuant sur appel d'un jugement rendu sur opposition, la cour d'appel a confirmé ledit jugement en ce qu'il a rétracté l'ordonnance portant injonction de payer, alors qu'il résulte des dispositions ci-dessus rappelées, que l'ordonnance portant injonction de payer s'efface en présence d'un jugement sur opposition ; ainsi, la cour d'appel ne pouvait plus confirmer un jugement qui a rétracté une décision portant injonction qui n'existait plus sur le plan juridique ; en le faisant, elle a violé les dispositions de l'article 14 de l'Acte uniforme précité.

Il y a lieu pour la Cour de le relever d'office, de casser l'arrêt entrepris de ce seul chef et d'évoquer l'affaire sur le fond, conformément aux dispositions de l'article 14, alinéa 5, du Traité de l'OHADA.

Après évocation, la Cour infirme, en toutes ses dispositions, le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Bamako et, statuant à nouveau, juge que la créance dont le recouvrement est poursuivi échappe à la procédure d'injonction de payer et, en conséquence, rejette la demande (Solution constance de la CCJA ; cf. en ce sens, CCJA, 8 avril 2021, n° 062/2021 N° Lexbase : A3341437, Lexbase Afrique-OHADA, n° 41, 2021, note A. Didot- Seïd Algadi N° Lexbase : N8946BYY et CCJA, 1er octobre 2020, n° 290/2020 N° Lexbase : A66084D4, Lexbase Afrique-OHADA, n° 43, 2021, note A. Didot-Seïd Algadi N° Lexbase : N6954BY9).

*© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*

## [Brèves] Incompétence de la CCJA pour connaître d'une demande de révision du prix d'un contrat, fondée sur le droit nigérien

par Aziber Didot-Seïd Algadi

Réf: CCJA, 30 juin 2022, n° 119/2022 CCJA, 30 juin 2022, n° 119/2022 (N° Lexbase : A77198RC)

► Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des Règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats parties dans les mêmes contentieux ;

► il en résulte que l'action tendant à obtenir, sur le fondement des dispositions du Code civil nigérien, la modification du prix convenu pour ses prestations, n'ayant soulevé aucune question relative à l'application des Actes uniformes ou Règlements prévus au Traité de l'OHADA, les conditions de la compétence de la CCJA ne sont pas réunies.

Dans cette affaire, par contrat convenu entre les parties, une société s'engageait à acheminer, pour le compte d'une étudiante, des marchandises de Cotonou à Niamey. Se fondant sur un changement de circonstances rendant plus onéreux le coût de ses services, la société a sollicité du Tribunal de commerce de Niamey la révision du prix initialement fixé dans la convention.

Par jugement en dernier ressort, le tribunal l'a débouté de sa demande. Elle s'est alors pourvue en cassation devant la CCJA.

Soulevant d'office la question de sa compétence sous le fondement de l'article 14, alinéas 3 et 4 du Traité de l'OHADA, la CCJA, eu égard au principe sus rappelé, se déclare incompétente (Jurisprudence constante. cf. en ce sens, CCJA, 29 novembre 2018, n° 221/2018 N° Lexbase : A6473YSK ; CCJA, 31 mai 2018, n° 116/2018 N° Lexbase : A9147XQT ; CCJA, 23 mars 2017, n° 040/2017 N° Lexbase : A1632WLZ et CCJA, 29 novembre 2018, n° 221/2018 N° Lexbase : A6473YSK, Lexbase Afrique-OHADA, n° 19, 2019, note Aziber Didot-Seïd Algadi N° Lexbase : N7848BXX).

*© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*



## [En librairie] Droit OHADA et responsabilité sociale des entreprises - Un processus d'actualisation indispensable

► A été publié aux éditions L'Harmattan, en janvier 2023, un ouvrage intitulé « *Droit OHADA et responsabilité sociale des entreprises - Un processus d'actualisation indispensable* », rédigé par Douly Abib Traore, spécialiste en droit des affaires et RSE, titulaire du master droits et RSE de l'Université Paris Dauphine-PSL. En 2021, il a été lauréat du concours « Prix Meilleur Ecrit OHADA » grâce à son article intitulé : « *Du Code vert aux normes vertes : quel modèle d'intégration de la RSE en droit OHADA pour un taux d'investissement toujours en croissance ?* ».

**Résumé** : L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est le plus important instrument d'intégration juridique en Afrique. L'OHADA qui ne vise que le développement économique de ses Etats membres doit, au regard des enjeux actuels, prendre en compte les données environnementales, sociales et sociétales dans ses objectifs. A cet effet, l'intégration de la Responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans l'OHADA se présente comme le moyen le plus sûr pouvant lui permettre d'atteindre cet objectif. Cet ouvrage est le premier à traiter de la question de la RSE en droit OHADA. Il soulève les difficultés auxquelles pourrait être confronté le législateur de l'OHADA dans la réalisation de ce projet, et propose des solutions concrètes pour les surmonter.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable



## [Doctrines] Le formalisme du cautionnement à la lumière des réformes du droit des sûretés OHADA et du droit français

par Nyia Engon Nelly Géraldine Solange, DR/PHD COMUE de l'Université de Grenoble Alpes, Enseignant-chercheur, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Département Droit privé fondamental, Université de Douala, Recrutement spécial n° 1 DR/PHD Universités d'Etat du Cameroun

### Introduction

D'après un auteur, « la notion de formalisme désigne au moins deux choses : le formalisme est -le principe en vertu duquel une formalité est exigée par la loi pour la validité d'un acte juridique ; ce principe s'oppose au consensualisme- qui, en droit français, est la règle -et le formalisme en interprétation juridique consiste à considérer la forme d'une règle comme ayant plus de valeur que son objectif premier ou encore à accorder plus d'importance à la forme de la règle qu'au fait de parvenir, ou tout bien considéré, au meilleur jugement possible dans un cas et contexte précis» [1].

En ce sens, le professeur François Xavier Licari écrit dans ses travaux que l'option en faveur d'une interprétation purement formelle permet de considérer que le formalisme est «une discipline intellectuelle distincte des autres disciplines, avec son appareil de concepts propres et des modes distincts de raisonnements lui permettant de bâtir ses propres solutions aux problèmes qui se présentent à lui. Cela rend le recours à d'autres disciplines au mieux inutile, au pire, source de confusion. Plus le droit devient mêlé à d'autres systèmes normatifs ou d'autres disciplines, plus il se mue en coquille vide, un voile pour quelque chose d'autre, qui, par définition n'est pas du droit» [2]. Cette dimension du formalisme repose dans la théorie du droit sur des considérations extra juridiques telles que la politique, les intentions du législateur ou d'autres intérêts d'ordre économique [3].

De cette assertion, le droit des sûretés français a fait du formalisme du cautionnement une exigence légale dans la constitution de la garantie qui comporte la signature obligatoire et la mention manuscrite de la caution sous le prisme d'une idéologie consumériste très protectrice des intérêts des cautions personnes physiques au détriment des créanciers, établissements bancaires dispensateurs de crédit.

L'incidence de ce choix est de nature à fragiliser l'institution du formalisme du cautionnement en ce qu'il confère à la jurisprudence un rôle d'interprétation juridique très favorable aux cautions personnes physiques dans le contentieux du cautionnement qui les opposent aux établissements de crédit.

Cette marge de liberté importante des juges ne va pas toujours dans le sens des objectifs déterminés aux projets de réforme notamment les objectifs de sécurité et d'efficacité juridiques dans le droit des sûretés personnelles.

En effet, ces objectifs de sécurité et d'efficacité juridiques sont poursuivis dans les réformes du droit des sûretés OHADA [4] et français et adhèrent à une finalité commune l'élaboration de règles juridiques modernes, simplifiées, claires et prévisibles en droit du cautionnement. Plus précisément, ces règles juridiques ont vocation à développer l'accès au crédit et à assurer la prévisibilité de la règle de droit [5].

De manière singulière, le cautionnement a fait l'objet d'une modification très attendue dans les réformes du droit des sûretés OHADA et français dans la mesure où son régime affecte l'équilibre des intérêts des parties contractantes et l'efficacité du droit des sûretés personnelles [6].

Ainsi, suivant l'actualité récente, celle du droit français, des projets de recherche ont abouti à la réforme du droit des sûretés sous l'égide de l'Association Henri Capitant présidée par le professeur Michel Grimaldi [7]. Certaines recommandations de l'Avant-projet de réforme du droit des sûretés du projet Henri Capitant [8] ont été entérinées par la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite «loi Pacte» par voie d'ordonnance du 15 septembre 2021 [9].

L'article 60 de la loi Pacte entend « réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique» [10]. Ainsi, la réforme du droit français des sûretés s'est faite à dessein d'unifier par la codification civile les règles relatives au droit du cautionnement transposées au code de la consommation [11].

A cet effet, l'ordonnance du 15 septembre 2021 consacre de nouvelles mesures dans le Code civil français notamment le devoir de mise en garde de l'établissement de crédit en l'ouvrant à toute caution personne physique profane et/ou avertie contre le risque d'endettement excessif de son patrimoine personnel et en supprimant la possibilité d'un retour à meilleure fortune (C. civ., art. 2299 nouv.) [12].

Du point de vue de l'exigence légale de proportionnalité, la réforme du droit français des sûretés maintient cette mesure très favorable aux cautions personnes physiques tout en codifiant parallèlement dans le droit civil, la sanction de la réduction du cautionnement inadaptée au patrimoine de la caution (C. civ., art. 2300 nouv.) au lieu de la déchéance des droits du créancier [13].

La réforme accorde une place singulière au formalisme du cautionnement [14]. Le législateur français a saisi une occasion opportune pour tirer les leçons auxquelles la jurisprudence fait face par l'introduction au Code civil des règles juridiques précises contre le développement d'un droit du cautionnement devenu très prétorien [15].

D'après le professeur Dominique Legeais, «c'est déjà un premier motif de réforme. Un corps de règles n'est pas satisfaisant s'il impose à la Cour de cassation autant de décisions pour le préciser» [16].

A l'échelle africaine subsaharienne, et suivant une réforme plus ancienne que le droit français, le législateur communautaire a entrepris la modification du droit des sûretés de l'OHADA il y a plus d'une décennie d'années déjà.

Il s'agit notamment de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés en date du 15 décembre 2010 en vigueur depuis le 15 mai 2011 [17]. Le droit des sûretés de l'OHADA a été élaboré dans le dessein « de renforcer la confiance des acteurs économiques, notamment les banquiers et les investisseurs. Il constitue une pièce maîtresse de la législation communautaire OHADA dans le contexte du développement des affaires en proposant des sûretés modernes et communes aux investisseurs et à leurs créanciers qui permettent de mettre en œuvre leurs projets et de les financer plus aisément» [18].

Cette réforme du droit uniforme des sûretés a introduit un certain nombre de mesures qui ne sont pas codifiées dans les législations internes des Etats parties au Traité OHADA parmi lesquelles, la lettre de garantie codifiée comme une garantie autonome [19] ou le droit de rétention [20].

La réforme du droit des sûretés OHADA a également introduit des dispositions relatives à la présence de témoins certificateurs au moment de la formation de l'engagement de la caution profane (illettrée) [21]. Le législateur OHADA a entrepris de réformer le formalisme du cautionnement par la modification du droit antérieur [22].

En effet, dans l'esprit de la réforme, il s'agit d'une mesure qui contribue comme en droit français au renforcement de la sécurité juridique [23] en ce sens que l'accomplissement du formalisme est un acte juridique qui contribue à la fois à garantir les chances de paiement de l'établissement du crédit si le débiteur principal n'honore pas ses engagements [24] tout en protégeant parallèlement les cautions dans leur relation contractuelle avec des établissements de crédit [25].

D'après un auteur, le formalisme est « *une règle juridique en vertu de laquelle la formalité est envisagée par la loi pour la validité ou l'efficacité d'un contrat* » [26]. Suivant cette assertion, l'auteur distingue deux formes de formalismes [27]. « *Un formalisme accentué* » qui renvoie à l'idée que l'exigence de formalité constitue un critère absolu de validité du contrat, et « *un formalisme atténué* » qui désigne la formalité comme étant une exigence probatoire, ou de publicité du contrat [28].

De cette dernière forme, l'auteur précise qu'« *on parle de formalisme atténué lorsqu'une forme est requise pour l'efficacité du contrat. Il ne s'intéresse pas directement à l'existence ni à l'intégrité du consentement et il s'impose simplement en vue de renforcer l'efficacité de l'acte juridique [...]. Sur la sanction juridique en cas d'observation des formalités requises [...]. Le formalisme atténué n'est pas sanctionné par la nullité ou l'inexistence de l'acte juridique, mais l'inefficacité juridique à un degré quelconque* » [29]. L'assertion qui précède sert d'ancrage au formalisme du cautionnement en droit comparé OHADA et français.

En effet, on distingue d'abord « *un formalisme accentué* » lorsque le cautionnement encourt la nullité à défaut de se conformer aux dispositions qui précèdent [30], c'est l'approche du droit français des sûretés. On distingue ensuite, « *un formalisme atténué* », de nature probatoire et/ou de publicité s'agissant des mentions requises qui doivent être portées sur l'acte de cautionnement au jour de la constitution de la sûreté personnelle, c'est l'approche du droit des sûretés OHADA [31].

Concrètement, le contrat de cautionnement doit comporter la signature de la caution et celle du créancier ainsi que la mention manuscrite du montant que la caution s'engage à garantir. L'accomplissement du formalisme a pour effet la protection du consentement libre et éclairé de la caution au moyen de la détermination précise de la nature et de la mesure de la garantie consentie au créancier [32].

Par cette réforme, le droit OHADA admet de manière substantielle une approche distincte du droit français au travers de dispositions d'une efficacité économique propre au développement des affaires que l'Afrique ambitionne sous l'impulsion de l'OHADA notamment par l'adoption de règles juridiques destinés à promouvoir « *un accès facilité au crédit* », et d'attirer les opérateurs économiques étrangers [33].

En effet, le droit uniforme africain admet un formalisme moins contraignant que le droit français dans le but d'atteindre l'objectif d'efficacité du contrat en général et du crédit en particulier [34]. Le droit des sûretés OHADA se distingue particulièrement du droit français qui connaît de nombreux incidents liés à la constitution du cautionnement qui représente une source d'insécurité juridique pour les établissements de crédit. En droit français, le non-accomplissement du formalisme représente avec le cautionnement disproportionné des échappatoires imparables au bénéfice de cautions indélicates privant d'intérêt l'institution intrinsèque de cette garantie personnelle [35].

A la différence du droit français, le droit des sûretés OHADA n'institue pas de manière substantielle une exigence légale de protection des cautions personnes physiques. Le formalisme du cautionnement OHADA n'est pas exigé « *ad validatem* » mais « *ad probationem* » [36]. En ce sens que l'observation du formalisme du cautionnement en droit uniforme des sûretés n'entraîne pas la nullité absolue de la garantie mais son inefficacité [37].

De manière convergente, les réformes réalisées en droit des sûretés OHADA et français visent à remédier au développement d'un droit prétorien et à cet effet codifient des dispositions juridiques bien souvent éparpillées dans divers instruments normatifs.

Mais encore faut-il que l'efficacité de tels projets de réforme soit mesurée à l'aune des idées qui la sous-tendent, notamment, la sécurité juridique, la prévisibilité de la règle de droit, et l'efficacité du contrat de cautionnement dans le droit des affaires internationales [38] et de manière corrélative l'utilité du formalisme au bénéfice des intérêts des parties prenantes [39].

Dans cette perspective, il s'agit de s'interroger sur l'accomplissement des ambitions poursuivies par les

réformes du formalisme et les résultats obtenus dans la pratique du droit du cautionnement [40]. De manière précise, il convient d'analyser dans quelle mesure l'objectif d'efficacité juridique, c'est-à-dire, l'effectivité entre les effets de la règle de droit et les objectifs poursuivis sont réalisés dans le formalisme du cautionnement et quels sont les forces et les faiblesses de ces règles juridiques afin de rechercher les solutions juridiques appropriées à ces droits [41].

Cette analyse s'articule essentiellement autour de la mobilisation du droit comparé entre le droit OHADA et le droit français en considérant une temporalité précise, c'est à dire à l'aune des réformes entreprises il y a dix ans pour le droit uniforme des sûretés et un an pour le droit français dans le but d'un enrichissement mutuel des droits afin de saisir la particularité de chacune des législations en vigueur [42].

Ainsi, avant de voir que l'analyse comparative des droits permet d'identifier des obstacles à l'efficacité du formalisme du cautionnement (II), nous verrons d'abord que le formalisme du cautionnement demeure fragile dans sa mise en œuvre (I).

## **I - La fragilité du formalisme du cautionnement en droit OHADA et en droit français**

La fragilité du formalisme du cautionnement et des réformes du droit des sûretés OHADA et français née de la circonstance que le formalisme s'enracine dans un idéal de politique juridique qui procède d'une lecture très consumériste qui est faite du formalisme du cautionnement. Le formalisme du cautionnement est un instrument conçu en faveur de la prééminence de la protection des intérêts des cautions personnes physiques (A), ce qui est à l'origine des difficultés d'interprétation dans la jurisprudence (B).

### **A - La prééminence de la protection des intérêts des cautions personnes physiques**

En droit des sûretés français, le formalisme du cautionnement introduit par l'ordonnance du 15 septembre 2021 procède d'une volonté de politique juridique de protection de cautions personnes physiques lorsqu'elles sont en relation avec les créanciers. Cette exigence légale est instituée par un formalisme de validité, dont la fonction consiste à prévenir la position de vulnérabilité de la caution vis-à-vis d'autres parties au contrat [43].

De plus, dans le droit des sûretés français, l'exigence formelle de la mention manuscrite de la caution est étendue à tous les engagements de cautions souscrits par des personnes physiques et inclut également les cautionnements de baux d'habitation.

La comparaison du droit des sûretés OHADA au droit français permet l'identification des points de convergence notamment au travers de la prééminence de la politique consumériste de protection des cautions que le droit uniforme antérieur s'est inspiré par l'institution du formalisme «*ad validatem*».

En effet, l'ordonnance du 15 septembre 2021 réalise une modification du droit antérieur en offrant la possibilité à la caution d'apposer elle-même par une mention manuscrite ou par voie électronique le montant de son engagement qu'elle s'engage à régler au créancier [44], récemment codifié en droit civil français par l'ordonnance du 15 septembre 2021 (C. civ., art. 2297 nouv).

Dans le même ordre d'idées, le droit des sûretés OHADA n'admet pas de formule type de rédaction de la mention manuscrite. Le contrat de cautionnement doit comporter comme en droit français le montant de la somme maximale garantie écrite de la main de la caution en chiffres et en lettres [45].

De manière convergente, en droit OHADA, le formalisme du cautionnement concourt de manière préventive et/ou curative à lutter contre une situation de déséquilibre économique de la caution en situation d'inégalité vis-à-vis du débiteur principal et du créancier au jour de la formation du contrat [46].

En effet, le droit uniforme antérieur prévoyait un formalisme «*ad validatem*» qui érigeait l'exigence légale de formalisme à titre de validité du cautionnement. La sanction encourue était la nullité du contrat de cautionnement. Cette sanction était perfectible en raison du risque d'enfreindre la bonne marche des affaires en décourageant les établissements bancaires d'accorder des prêts, ceux-ci pouvant craindre de voir leur chance de recouvrer leur créance du fait d'un formalisme du cautionnement susceptible de soustraire les cautions de

leur engagement, et par conséquence de rendre plus difficile les conditions d'accès au crédit.

Ce que les auteurs de la réforme du droit des sûretés OHADA vont modifier en remplaçant les dispositions antérieures par le formalisme «*ad probationem*» ou formalisme à titre de preuve ou de publicité [47].

De sorte que, la réforme du droit des sûretés OHADA consacre l'exigence légale du formalisme du cautionnement au travers de l'article 14 nouveau de l'AUS aux termes duquel « *le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. Il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres* ».

Ce texte présente une évolution intéressante dans la formation du cautionnement par rapport au droit antérieur qu'il remplace [48]. En effet, il soumet la formation du cautionnement à un régime probatoire ce qui semble davantage répondre aux objectifs de la réforme, en l'occurrence à l'objectif d'efficience et d'efficacité du cautionnement [49].

Par cette modification, le législateur OHADA a voulu répondre au débat doctrinal sur le caractère formaliste ou consensualiste du cautionnement en isolant d'abord la nature contractuelle de l'engagement de la caution qui relève de la théorie générale des contrats [50].

En effet, le formalisme structure le cautionnement de manière déterminante du fait de l'information des parties sur la dette due par le débiteur principal et réalise ainsi un échange de consentement sur l'objet de la garantie et la mesure de l'engagement de la caution.

De sorte que l'exigence légale du formalisme concourt au consensualisme par la rencontre des volontés qu'elle induit, c'est-à-dire un acte de volonté qui se matérialise par un écrit qui détermine la nature de l'obligation qui lie la caution au créancier, qui est précisément, l'obligation de paiement du prêt garanti si le débiteur principal ne respecte pas ses engagements.

Seulement, dans l'approche du législateur OHADA, bien que sa nature soit consensuelle, le cautionnement reste soumis à des exigences formelles qui se prouvent par un acte écrit et dont la remise en cause n'est pas acquise en cas d'inobservation des formalités prescrites [51].

Dans cette perspective, en application de l'article 14 qui précède, le formalisme dans le droit uniforme des sûretés comporte deux types de mentions. Les mentions obligatoires et les mentions facultatives [52]. Les premières servent à éclairer le consentement des parties qui s'engagent sur la nature du contrat de cautionnement, la cause, l'échéance et le montant de la créance garantie [53]. Les secondes apportent des informations complémentaires en précisant les obligations des parties respectives telles que l'information implicite du débiteur principal.

Ce formalisme marque le début de l'opposabilité du cautionnement non seulement à l'égard des parties mais également à l'égard des tiers au contrat aux fins de déterminer la sincérité et l'étendue de la créance garantie vis-à-vis des tiers [54].

Par la réforme française du droit des sûretés, le Code civil se trouve enrichi de nouvelles règles modernes s'agissant notamment du formalisme du cautionnement dont la refonte substantielle est justifiée tant il est vrai que l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite par les tribunaux est source, depuis plusieurs années d'un contentieux important [55].

Aux termes de l'article 2297 du C. civ. « *lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution* ».

En ce sens, l'article 2297 dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 permet aux cautions personnes physiques de mentionner dans leur engagement de caution les stipulations suivantes

*«qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimés en toutes lettres et en chiffres»* [56].

Par ailleurs, une autre innovation de la réforme est la place de la signature de la caution dans la mesure où le droit antérieur à la réforme imposait sous peine de nullité qu'elle soit précédée de la mention manuscrite [57].

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 n'a pas reconduit cette exigence afin de contourner le contentieux dans ce domaine sous l'empire du droit antérieur [58]. Seulement, il importe que doit nécessairement être mentionné dans l'engagement de caution le montant de la dette garantie en chiffres et en lettres [59].

## **B - Les difficultés d'interprétation du formalisme dans la jurisprudence**

Le droit uniforme du formalisme du cautionnement mérite d'être davantage précisé au travers de son application prétorienne en vue d'une meilleure application de la règle de droit. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des sûretés, la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) [60] n'a pas encore suffisamment entrepris de rendre prévisible le régime du formalisme probatoire dans le contentieux relatif au cautionnement bancaire.

En effet, de nombreuses incertitudes liées notamment à l'appréciation souveraine des juges demeurent du fait de la prédominance dans le droit uniforme des sûretés de litiges nés sous l'empire du droit antérieur qui font application du formalisme *«ad validatem»* qui prononcent la nullité absolue d'acte de cautionnements qui contreviennent aux mentions obligatoires favorisant ainsi une protection importante des cautions comparable à celle du droit français des sûretés [61].

Cette circonstance est de nature à fragiliser la prévisibilité de la règle de droit dans la mesure où il est de nature à créer une incertitude dans l'application du formalisme probatoire issue de la réforme.

La CCJA rappelle avec constance que le contrôle du formalisme du cautionnement appartient à l'appréciation souveraine des juges du fond [62], dans une affaire où une partie s'était pourvue en cassation à la suite d'un jugement qui avait prononcé la régularité d'un contrat de cautionnement, alors que d'après les prétentions de la caution appelée en garantie du prêt, le contrat était irrégulier en la forme en l'absence de la signature du créancier.

La troisième chambre de la CCJA avait admis de manière surprenante la régularité du cautionnement en estimant que l'exigence du formalisme était soumise à l'appréciation souveraine des juges de fond sur la base des éléments de preuve figurant sur le contrat [63].

Dans le droit des sûretés OHADA, le contrôle souverain du formalisme probatoire est de nature à créer une imprévisibilité juridique dans la mesure où le cadre général de l'appréciation souveraine des juges du fond n'est pas encore clairement fixé par la jurisprudence dix ans après la réforme du droit uniforme des sûretés.

Alors qu'en droit français, les auteurs de la réforme ont entrepris de préciser davantage le régime du formalisme du cautionnement en ambitionnant de mettre un terme et/ou de réduire la jurisprudence significative et les errements des juges dans l'interprétation du régime du formalisme que le droit des sûretés OHADA pourrait s'en inspirer de manière précieuse.

La réforme du droit des sûretés français a permis aux cautions de s'extraire de l'utilisation de mention type standard [64]. La doctrine affirme en ce sens que les mentions imposées dans le droit antérieur du cautionnement donnaient lieu *«à une jurisprudence surabondante, portant sur les détails les plus divers : place ou oubli d'un mot, voire d'une virgule, place exacte de la signature, adjonction de précisions non exigées»* [65].

Sous l'empire du droit antérieur, le formalisme du cautionnement était enfermé dans les limites des termes de la

loi que la caution personne physique était tenue d'observer sous peine de nullité du contrat de cautionnement en application de l'article L. 331-1 ancien du Code de la consommation aux termes duquel la caution doit «*à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci*».

Toutefois, un courant jurisprudentiel a œuvré en faveur de l'atténuation de la rigueur de la loi [66] en opérant une distinction entre les vices de forme entraînant la nullité du cautionnement telles que la mention manuscrite qui ne précise pas la durée de l'engagement de caution [67] et les vices de formes qui n'entraînent pas la nullité dès lors que la mention manuscrite irrégulière permet de saisir substantiellement la portée et la nature de l'engagement de caution [68].

L'ordonnance du 15 septembre 2021 a codifié dans le droit positif français un régime unifié du formalisme de l'engagement de caution par acte sous seing privé [69]. En ce sens, l'ordonnance introduit l'article 2297 du C. civ. dont les dispositions s'avèrent plus souples que le droit antérieur. D'abord parce que les cautions personnes physiques ne doivent plus écrire sur le contrat de cautionnement les mentions légales imposées par le droit de la consommation revisité (C. cons., art. L. 331-1 anc.).

Ensuite, parce que l'examen de la jurisprudence récente post réforme [70] montre que les juges s'attachent à sanctionner les engagements de caution dont les irrégularités formelles présentent une certaine gravité non seulement au regard de l'attitude frauduleuse de la caution qui fait signer le cautionnement par son employée [71] ; mais aussi au regard du cautionnement qui comporte des mentions manuscrites imprécises sur l'identité du débiteur principal [72].

D'une manière générale, la Cour de cassation veille au strict respect de l'exigence légale du formalisme, elle affirme notamment dans une décision «*qu'ayant constaté que la mention manuscrite n'était suivie d'aucune signature et que seul un paraphe était apposé sur la page sur laquelle celle-ci a été reproduite, la cour d'appel en a exactement déduit que l'engagement de caution était nul* [73].

## **II - Les obstacles à l'efficacité du cautionnement**

La mobilisation du droit comparé permet de mettre en exergue une articulation déficitaire entre les objectifs des réformes affichées et les résultats obtenus après les réformes. A cet égard, un certain nombre d'obstacles à l'efficacité du cautionnement peuvent être relevés. Ces obstacles tiennent à la place du formalisme du cautionnement dans la pratique des affaires (A) dans la mesure où un retour d'expérience révèle une renonciation des cautions au formalisme dans certains contrats de cautionnement. De plus, les obstacles tiennent également aux risques d'interférences persistantes qui affectent le domaine du formalisme qu'il importe de procéder à des ajustements nécessaires avec d'autres obligations contractuelles de même nature (B).

### **A - La place du formalisme du cautionnement dans la pratique des affaires**

Suivant les objectifs poursuivis par la réforme du droit des sûretés de l'OHADA, l'interrogation porte sur l'impact positif de la réforme dans la pratique du droit uniforme africain [74]. Il nous semble à ce titre très ambitieux de répondre favorablement à cette interrogation tant il est vrai qu'il demeure très délicat d'apprécier avec certitude le niveau d'efficacité des règles juridiques codifiées.

En effet, dix ans après leur entrée en vigueur, la liberté contractuelle dont jouissent les parties prenantes n'adhère pas toujours à l'exigence légale du formalisme du cautionnement.

En ce sens, dans la pratique des affaires OHADA, il est difficile d'identifier les contrats de cautionnement qui comportent les formalités requises au contrat de cautionnement. D'après un praticien rompu au droit du cautionnement, «*il nous a été rare de trouver des cautionnements réunissant toutes les formalités de leur validité telles que prévues à l'article 14 sous analyse ; la plupart de contrats dont les banques sont bénéficiaires et que nous avons examiné ne contiennent aucune indication quant à la mention écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres*

accessoires. Aussi, la situation de la caution qui ne sait ni lire ni écrire se résout généralement par l'unique apposition de son empreinte digitale au bas de sa signature ce, en violation de l'alinéa 2 de l'article 14 de l'AUS» [75].

L'assertion qui précède est confortée par l'examen de la jurisprudence dont un certain nombre d'arrêts publiés de litiges se rapportant à des actes de cautionnement ne comportent pas la signature des deux parties, et la mention écrite de la main de la caution de la somme maximale garantie [76].

En effet, il nous semble que le formalisme du cautionnement de l'OHADA est appelé à innover davantage en conférant à la volonté des parties un rôle primordial dans la constitution de la garantie en la conditionnant à la liberté de la preuve du droit commercial OHADA dans la mesure où le contrat est formé par une caution pour les besoins de son activité commerciale [77]. Les parties prenantes demeurent libres de créer les modalités de formation du cautionnement indépendamment du droit uniforme des sûretés [78].

Par exemple, les parties prenantes peuvent établir la preuve de la formation de l'engagement de caution par un acte sous seing privé, par voie orale, ou par témoignages et/ou toutes preuves pertinentes dans la mesure où le consentement de la caution est librement exprimé et formalisé par un mode propre à établir son consentement.

Cette mesure nous semble adapter au contexte du droit OHADA dans la mesure où le formalisme probatoire est de nature à entraver le développement du crédit parce qu'il enferme le cautionnement dans les carcans d'un formalisme administratif qui s'avère un frein pour l'attraction des entreprises du secteur informel et pour la libre circulation des capitaux en particulier dans ce secteur.

En ce sens, il paraît opportun d'assouplir davantage le formalisme du cautionnement en le ramenant à la liberté contractuelle des parties ainsi qu'à la liberté de la preuve dans la formation du cautionnement parce que la prééminence de la sécurité juridique au travers du formalisme n'est que partiellement adapté au droit uniforme des sûretés dont les mesures innovantes tardent à se réaliser au bénéfice des entreprises du secteur informel incontournable sur les territoires de l'OHADA.

Par ailleurs, la principale difficulté du droit uniforme des sûretés est la circonstance que la question du formalisme du cautionnement appartient à la «*théorie générale de la preuve des engagements unilatéraux*» [79] que l'OHADA n'a pas encore entrepris d'unifier légalement. En effet, les organes institutionnels de l'OHADA connaissent deux avant-projets en gestation dont l'avènement demeure incertain [80].

Ces avant-projets ambitionnent l'adoption à l'échelle régionale subsaharienne d'un droit commun des contrats et d'un droit de la consommation protégeant les consommateurs africains. En l'absence d'harmonisation de règles substantielles relatives à ces projets, un déficit légal demeure sur la question du formalisme du cautionnement dans la mesure où la réforme du droit des sûretés OHADA n'a fait que l'instituer sans définir un régime juridique propre à ce formalisme.

## **B - Les ajustements nécessaires du formalisme avec d'autres obligations contractuelles**

L'exigence légale de formalisme n'empêche pas de conviction au regard de son existence et de son intérêt par rapport à d'autres obligations contractuelles, notamment le devoir de mise en garde de l'établissement dispensateur du crédit [81] dont la nature est précisément l'information de la caution sur l'adéquation de son engagement à ses ressources financières [82] et dans une certaine mesure il existe un risque d'interférence avec l'exigence de proportionnalité du cautionnement [83]. C'est la raison pour laquelle, une certaine doctrine analyse la vertu protectrice du formalisme du cautionnement comme étant peu efficace et appellent de manière pertinente à la suppression de l'exigence de formalisme [84].

D'après la doctrine, «*ce devoir de mise en garde, s'il est correctement exécuté par le créancier, rend inutiles les mentions manuscrites. En effet, la mise en garde a pour objectif d'informer la caution sur ce qu'est un cautionnement, sur les dangers qu'il peut présenter, sur les risques de défaillance du débiteur principal et d'endettement de la caution*» [85].

De plus, le caractère efficient du formalisme à titre de validité peut être remis en cause sur de nombreux points. D'abord parce qu'il est difficile d'établir si la faculté octroyée aux cautions sous peine de nullité de déterminer librement l'étendue de leur engagement est de nature à prévenir et/ou à restreindre l'apparition d'un nouveau contentieux dans ce domaine [86]. En effet, il est établi que l'écriture de la mention manuscrite et l'apposition de la signature de la caution ne permettent pas de soutenir un consentement éclairé de la caution qui peut faire intervenir un tiers pour signer son contrat [87].

Ainsi, en faveur d'une cohérence d'ensemble, le formalisme doit évoluer dans le sens d'un régime unifié intégrant dans le même corpus de règles, le devoir de mise en garde et l'exigence de proportionnalité parce que l'ensemble de ces règles concourent éclairer la nature et la portée du contrat de cautionnement [88].

En outre, au regard de la nature intrinsèque du cautionnement, elle est avant tout une garantie dont l'objectif premier est de remédier au défaut de paiement du crédit. L'efficacité du cautionnement s'éprouve dans la stratégie d'évitement de la défaillance du débiteur principal en permettant d'atteindre le «*but satisfaisant*» du créancier [89] dans le dessein d'assurer l'équilibre économique du monde des affaires [90].

Or, il semble en effet délicat d'affirmer avec certitude que le formalisme à titre de validité permet de sortir de «*la crise du cautionnement*» [91] ou plutôt de l'inflation législative et surtout judiciaire qui a mérité une réforme du droit des sûretés tant il est vrai qu'en droit français la protection des cautions, appartient à la catégorie des droits acquis, c'est-à-dire des prérogatives qui procèdent d'impératifs d'ordre public [92].

Dès lors, il paraît dans un tel système que les cautions se trouvent en position de supériorité contractuelle dans l'exécution de la garantie du fait de la protection particulière dont elles bénéficient au travers de la sanction de la nullité du cautionnement irrégulier qui comporte les caractéristiques d'une sanction excessive en ce qu'elle se situe en contradiction idéologique avec l'idée du développement du crédit dont le succès résulte du paiement du prêt accordé par le créancier au débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier.

Mais s'il est indéniable que le formalisme à titre de validité a le mérite de gagner en sécurité juridique, notamment celle des garants, cautions personnes physiques, toutefois, le formalisme se trouve ainsi loin de consolider l'objectif d'efficacité juridique portée par la réforme du droit français des sûretés.

De ce point de vue, la codification civile du formalisme «*ad validitatem*» n'a pas encore réussi à atteindre de manière optimale la simplification du droit qui d'après les termes du professeur René Savatier «*consiste dans une meilleure assimilation des connaissances, et dans l'adaptation plus satisfaisante de ces connaissances*» [93].

Il résulte de tout ce qui précède que l'efficacité du formalisme pourrait davantage se renforcer par l'idée de bonne foi contractuelle, c'est-à-dire par la recherche d'un juste équilibre entre les parties prenantes au contrat de cautionnement [94] dans la mesure où l'exigence légale du formalisme représente en droit français une forme de protection des cautions personnes physiques considérées comme étant la partie la plus faible du contrat [95]. Plus précisément, le recours à la bonne foi contractuelle consisterait dans la recherche d'une sanction plus juste pour les intérêts des parties prenantes [96].

Deux hypothèses pouvant servir de mesure à une sanction appropriée et plus juste d'engagements de caution irréguliers. Ainsi, au lieu de la nullité du contrat, une possibilité de régularisation [97] de l'acte de cautionnement pourrait être privilégié pour les cautions de mauvaise foi qui invoquent le non-respect des mentions obligatoires dans le but de ne pas honorer leur engagement [98]. La preuve de la bonne foi appartenant à la caution qui l'invoque.

Une sanction intégrant la régularisation de l'acte pourra ainsi être envisagée lorsque les biens et les revenus de la caution peuvent régler la dette du débiteur principal. Tandis que dans la deuxième hypothèse, la sanction, plus radicale de l'acte irrégulier sera orientée vers la nullité, lorsque la caution n'est pas en mesure de faire face à son engagement et de la preuve que la formation du contrat cause un préjudice à son égard [99].

## Conclusion

Aux termes de notre analyse, le droit uniforme de l'OHADA adhère au formalisme « *ad probationem* », c'est-à-dire au formalisme à titre probatoire dont les dispositions sont favorables à l'efficacité du crédit voulue par les auteurs de la réforme du droit des sûretés.

En ce sens, la formation du contrat de cautionnement est conditionnée par un « *formalisme atténué* » qui soumet la constitution de la garantie à des modalités de preuve et/ou de publicité dont la sanction n'emporte pas théoriquement la nullité du contrat en cas d'irrégularité formelle.

Cet aspect est le principal point d'honneur de la réforme du droit des sûretés de l'OHADA qui est l'adoption des règles juridiques efficaces en faveur de l'accessibilité au crédit en particulier et du développement économique en général.

Toutefois, une décennie d'années après l'entrée en vigueur du droit des sûretés de l'OHADA, la pratique met en exergue certains usages qui n'adhèrent pas toujours à l'accomplissement des mentions requises pour la formation du cautionnement, en l'occurrence l'absence de signature de la caution et l'apposition de la mention manuscrite.

En ce sens, la réforme du droit français des sûretés s'est attelée à améliorer les textes du droit de la consommation sous l'empire du droit antérieur et œuvrer de manière significative en faveur de la clarté de la loi notamment en dispensant les cautions de reproduire sur l'acte de cautionnement des mentions légales types.

Néanmoins, l'exigence légale du formalisme du cautionnement demeure perfectible du point de vue du développement du crédit en ce qu'il altère l'efficacité de la garantie lorsque les cautions indélicates invoquent des irrégularités pour se soustraire à leur obligation de paiement du prêt garanti.

Il nous semble que l'exigence légale du formalisme demeure perfectible au regard des ambitions affichées par la réforme du droit des sûretés OHADA, et de *lege feranda*, la consolidation des projets du droit des contrats et du droit de la consommation et dans une certaine mesure de l'attractivité et du rayonnement du droit français des sûretés.

Il nous paraît opportun de supprimer le formalisme du cautionnement ou de le restreindre dans les limites d'un formalisme qui ne procède pas d'une exigence, mais d'une faculté non obligatoire qui s'établit par tout moyen au regard de la liberté contractuelle des parties parce qu'elle constitue un frein au développement du crédit au travers de la rigueur de la sanction de l'anéantissement du contrat qu'elle induit.

A défaut, il nous paraît de bons conseils d'effectuer une fusion en une seule exigence légale, du devoir de proportionnalité, du devoir de mise en garde du créancier -établissement bancaire-, et du formalisme du cautionnement parce qu'ils concourent ensemble à une même finalité, la protection du consentement, des ressources et des revenus de la caution.

---

\*Je tiens à exprimer ma profonde gratitude au Professeur Sara Nandjip Moneyang, Maître de conférences, Vice-doyen de la FSJP de l'Université de Douala, et à Monsieur Jean-Yves Marty, Avocat honoraire au Barreau de Paris, pour la relecture de cet article.

[1] S. Goltzberg, *Les racines théologiques de l'anti-formalisme en droit*, Revue de la Recherche Juridique (RRJ), mai 2019, p. 1779.

[2] F.-X. Licari, *Le formalisme juridique comme science du matériau juridique pur*, Cahiers de méthodologie juridique, n° 33, RRJ, mai 2019, n° spécial in *Le formalisme juridique méthodes et approches formelles du droit*, p. 1832.

[3] F.-X. Licari, *Le formalisme juridique comme science du matériau juridique pur*, préc., p. 1817 et s.

- [4] En 2022, L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) compte 17 Etats parties dont le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée-Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.
- [5] P.-G. Pougoué, J. C. James, Y. R. Kalieu Elongo, R. Nemedeu, R. Wanda, P. Boubou, G. Kenfack Douajni, M. A. Mouthieu Njandeu, J. A. Batouan Bouyom, *Actes uniformes*, in Encyclopédie du droit OHADA, éd. Lamy, 2011, n° 49 et s., p. 39 et s. ; Y. Blandin, et V. Mazeaud, *Quelles réformes pour le droit des sûretés*, Actes du colloque du 18 novembre 2018, Ecole de droit de l'Université Clermont Auvergne, Dalloz, 2019, p. 1 et s.
- [6] Y. R. Kalieu Elongo, *La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA*, Juridis Périodique, n° 55, juillet- août-septembre 2003, ohada.com/Ohadata D-03-02, p. 4 : «*On peut penser que le souci a été celui de mettre fin ou d'éviter les divergences d'interprétation que suscite depuis plusieurs années déjà la mention manuscrite dans le cautionnement*».
- [7] Deux grandes réformes du droit français des sûretés ont été effectuées sous la présidence du professeur M. Grimaldi par voie d'ordonnances. La première réforme résulte de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, JORF, 24 mars 2006, n° 71, qui a modifiée partiellement le droit des sûretés jugée par la doctrine perfectible. La doctrine avait alors affirmé en ce sens qu'il s'agissait d'«une symphonie inachevée» selon un article du professeur D. Legeais paru à la RD bancaire, mai juin 2006, 67. En effet, l'ordonnance de 2006 n'est intervenue que pour les sûretés réelles à l'exclusion des sûretés personnelles. La deuxième réforme transposée au Code civil par l'ordonnance n° 2021-1192 en date du 15 septembre 2021, JO, 16 septembre 2021, texte n° 19 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022 et vient parfaire l'incomplétude de la première réforme par la refonte du droit des sûretés personnelles et du cautionnement. S. Piedelièvre, *Droit des sûretés - A jour de l'ordonnance du 15 septembre 2021*, 3<sup>ème</sup> éd., Ellipses, p. 20 et s.
- [8] M. Grimaldi, D. Mazeaud et P. Dupichot, *Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés*, D., 2017, 1701 ; J.-D. Pellier, *Une certaine idée du cautionnement. A propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant*, D., 2018, 686, <http://www.henricapitant.org/travaux/legislatifs-nationaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes>.
- [9] L. n° 2019-486, 22 mai 2019, article 60, JO, 23 mai 2019 ; Ph. Dupichot, *15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité*, JCP éd. E, n° 40, 7 octobre 2021, 1439 ; N. Borga, *Propos introductifs - Du bien-fondé d'une réforme des sûretés ?*, Actes du colloque, 18 novembre 2018, Ecole de droit de l'Université Clermont Auvergne, Dalloz, 2019.
- [10] A. Couret et B. Dondero, *Loi Pacte et le droit des affaires*, éd. Francis Lefebvre, 2019, n° 1083 et s., p. 191 et s. ; *Loi Pacte Sociétés, commercial, social : Ce qu'il faut savoir*, éd. Législatives, 2019, p. 141.
- [11] Y. Blandin et V. Mazeaud, *Avant-propos*, in *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, Actes du colloque, 18 novembre 2018, Ecole de droit de l'Université Clermont Auvergne, Dalloz, 2019, p. 1 et s.
- [12] D'après la Cour de cassation (Cass. com., 9 octobre 2019, n° 17-26598, Cass. com., 21 octobre 2020, n° 18-25205), le devoir de mise en garde de l'établissement du crédit se limite à l'information sur l'inadéquation du crédit consenti aux capacités financières du débiteur principal. N. Rontchevsky, F. Jacob, N. Kilgus, *Devoir de mise en garde et exigence de proportionnalité : un peu de fermeté dans le gant de velours*, Banque & Droit, n° 195, janvier-février 2021, p. 32 ; S. Gjidara-Decaix, *De la spécificité du devoir de mise en garde*, Banque & Droit, n° 199, septembre-octobre 2021, p. 13.
- [13] B. Dondero, *L'impact de la réforme du droit des sûretés sur les sociétés*, JCP éd. E, 2021, 1459, n° 19 et s., p. 20 et s. ; D. Legeais, *La réforme du cautionnement*, JCP éd. E, 2021, 1474, p. 29 et s.
- [14] Cl. Sejean-Chazal, *L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, JCP éd. N, 2021, act. 885, p. 7 et s.
- [15] D. Legeais, *Fasc. 739 : Cautionnement. - Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme*

du droit des sûretés, J-Cl. Banque - Crédit - Bourse, 3 janvier 2022, LexisNexis, 360 intelligent ; A. Couret, B. Dondero, *Loi Pacte et droit des affaires*, éd. Francis Lefebvre, 2019, *op. cit.*, 191 et s. ; *Loi Pacte, Sociétés, Commercial, Social : ce qu'il faut savoir*, éd. Francis Lefebvre, 2019, préc., p. 142 et s.

[16] Sur ce contentieux important, Cf. M. Bourassin et V. Bremond, *Droit des sûretés*, Sirey, 2020, 7<sup>ème</sup> éd., n° 247 s ; D. Legeais, *Pourquoi réformer le droit des sûretés personnelles ?*, in *Actualités du droit des sûretés personnelles*, RDBF, n° 4, juillet 2021, Etude 13, p. 33.

[17] Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés (AUS), publié au JO OHADA, n° 22, 15 février 2011, p. 1 et s., entré en vigueur le 15 mai 2011, abroge et remplace le droit antérieur issu de l'Acte uniforme adopté le 17 avril 1997 ; G. Kenfack Douajni, *Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010*, Revue de l'ERSUMA, n° spécial 2011, novembre-décembre 2011, p. 81 et s. : «La réforme intervenue le 15 décembre 2010 a été rendue nécessaire par le souci de simplification desdites sûretés et de mise en conformité avec les évolutions internationales récentes en la matière, afin d'en accroître la fiabilité et faciliter ainsi la pratique du crédit dans l'espace OHADA. L'objectif final recherché étant de parvenir à la satisfaction effective du créancier sans spolier le débiteur».

[18] J. H. Herbots, *Les contrats commerciaux OHADA dans une perspective congolaise. Vers un droit général commun des obligations contractuelles ?*, REDP, vol. 23, n° 1, 2015, p. 67 ; R. Akono Adam, *Le sort des sûretés personnelles dans l'avant-projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives du 10 avril 1998*, RD bancaire et fin., n° 5, 2015, étude 17, p. 31.

[19] AUS, arts. 5 à 11.

[20] AUS, arts. 67 à 79 ; Cf. P.-G. Pougoué, J. Cl. James, Y. R. Kalieu Elongo, R. Nemedeu, R. Wanda, P. Boubou, G. Kenfack Douajni, M. A. Mouthieu Njandeu, J. A. Batouan Bouyom, *Actes uniformes*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, préc., p. 39 et s.

[21] H. D. Amboulou, *Le droit des sûretés dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2014, p. 9 ; L. Black Yondo, M. Brizoua-Bi, O. Fille Lambie, L.-J. Laisney, A. Marceau-Cotte, *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Coll. Lamy, Axe Droit, n° 1 et s., p. 17 et s.

[22] J. Issa Sayegh, *Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant, n° spécial OHADA, n° 827, 1998, p. 204 et s.

[23] L. Black Yondo, M. Brizoua-Bi, O. Fille Lambie, L.-J. Laisney, A. Marceau-Cotte, *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, *op. cit.*

[24] A. Boccovi, *Comment minimiser le risque de non-paiement dans l'espace OHADA*, in *Défis du droit des affaires en Afrique*, sous la coord. de D. Loukakou, B. Keïta, Mélanges I, L'Harmattan, 2020, p. 19.

[25] M. R. Tcheumalieu Fansi, *Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2013, p. 51.

[26] N. Tien Dien, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon - Assas, 2011, version électronique cité par P. D. Ohandja, *Le silence et le contrat : la consécration d'un antagonisme par le droit OHADAG*, in *Uniform Law Review*, Volume 25, Issue 2-3, August 2020, Pages 372-405.

[27] N. Tien Dien, *op. cit.*, p. 44.

[28] N. Tien Dien, *op. cit.*

[29] N. Tien Dien, *op. cit.*

[30] P. D. Ohandja, *op. cit.*, p. 384.

[31] P. D. Ohandja, *op. cit.*, p. 383-384, «Le législateur OHADA fait recours au formalisme pour conditionner la publicité de certains contrats. Par exemple, la cession de créance à titre de garantie, pour être opposable au débiteur de la créance cédée, doit lui être notifiée. Le dernier exemple est celui du nantissement de créance. Ce

*nantissement, pour être opposable au débiteur de la créance nantie, doit lui être notifié par écrit».*

[32] J. Issa-Sayegh, *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA*, Penant, 851, 2005, p. 151.

[33] I. L. Miendjiem, *Régime général des sûretés*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1481, n° 2 ; F. Anoukaha, «*Cette branche du droit joue un rôle économique indéniable. Il existe en effet une relation directe entre le droit des sûretés et le développement. Il n'y a pas de développement sans investissement [...] L'investisseur doit donc pouvoir faire crédit en toute sécurité aux autres opérateurs économiques* », in *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Coll. Droit uniforme, PU d'Afrique, 1998, n° 1 et s., p. 3 et s.

[34] «*Au sein des sûretés personnelles, rendre la sûreté plus efficace consiste bien souvent à réduire les possibilités laissées au garant d'échapper à l'exécution de son engagement* », in *Le Nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés*, La réforme du droit des sûretés, ss dir. P. Crocq, Lamy, 2012, p. 51, n° 39 ; F. Anoukaha, *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, p. 49, n° 47 : «*Il s'agit de faire en sorte que la création de la sûreté n'entraîne pas trop de gênes dans la conduite de leurs affaires par les parties*».

[35] J. Issa-Sayegh, *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, Edicef, 1999, p. 7 et s.

[36] *Le Nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés*, in *La réforme du droit des sûretés*, ss Dir. P. Crocq, préc., n° 84 et s., p. 78 et s.

[37] G. Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement - Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, L'Harmattan, éd. 2017, pp. 37 et s.

[38] D. Di Micco, *La comparaison parmi les pièges de ce qui semble évident cinq simplismes du droit au temps présent*, RIDC, mars 2020, «*Aujourd'hui il y a peut-être une affirmation qui, plus que d'autres, envahit sans difficulté les récits concernant le droit, c'est celle qui déclare que désormais il y a une uniformisation générale du droit. Apparemment, aussi simple et claire qu'elle est en réalité raréfiée et générique, cette vision des choses semble suggérer que l'avancée des dynamiques mondiales est en train d'effacer les différences qui se sont établies dans le courant des siècles, voir des millénaires, et de les remplacer par une uniformisation substantielle et pas mieux précisée. Mais quelle est la vérité dans ce sentiment ? Quelle est sa réelle dimension*

?».

[39] C. Monkam, *Réflexion sur le fondement de l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat en droit OHADA*, Unif. L. Rev., vol. 24, n° 3, 2019, p. 581 et s ; M. Bourassin, *Quelle réforme pour la formation du cautionnement ?*, in *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, Actes du colloque du 18 novembre 2018, Ecole de droit de l'Université Clermont Auvergne, Dalloz, 2019, p. 102 et s.

[40] P. E. Kenfack, *Doctrine et création du droit privé au Cameroun*, RRJ, Droit prospectif, n° 2005-4, vol. 1, pp. 2455 et s.

[41] A rappr. N. Borga, *Propos introductifs - Du bien-fondé d'une réforme des sûretés ?*, in *Actes du colloque du 18 novembre 2018*, op. cit., p. 5 et s.

[42] W. Mastor, *L'épreuve de la comparaison en droit. Réaction et adresse aux jeunes comparatistes*, RRJ, mars 2020, Cahiers de méthodologie juridique, p. 1436 et s ; P. E. Kenfack, *Doctrine et création du droit privé au Cameroun*, op. cit.

[43] K. Benbarek Lesaffre, *A l'aube de la réforme du droit des sûretés. Bilan de 15 ans de jurisprudence sur la mention manuscrite en droit du cautionnement*, préc.

[44] A. Gouëzel, *La réforme du cautionnement dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés*, préc.

[45] Y. R. Kalieu Elongo, *Cautionnement*, Lamy, 2011, n° 55 et s., p. 507 et s.

[46] A rappr. Y.-S. Koïta, *La violence économique dans l'espace OHADA*, RIDE, 2020, p. 309 ; J.-J. Anvile N'goran, *Du cautionnement solidaire dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA*, Penant, n° 857, 2005, p. 401 et s.

- [47] Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés, publié au JO OHADA, n° 22, 15 février 2011, p. 1 et s., entré en vigueur le 15 mai 2011.
- [48] L'article 14 de l'AUS de 2010 réforme l'article 4 de l'AUS de 1997 dont les règles disposaient que « *A peine de nullité, il [le cautionnement] doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier* » ; J. Issa-Sayegh, *Présentation de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant, n° spécial OHADA, 1998, n° 827, p. 204 et s ; F. Anoukaha, J. Issa-Sayegh, A. Cisse-Niang, I. Yankhoba Ndiaye, M. Foli, M. Samb, *OHADA, Sûretés*, Bruylant Bruxelles, 2002, n° 41 et s., p. 20 et s.
- [49] M. Brizoua-Bi, *Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, in *Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA*, RDP, n° 197, novembre 2010, p. 60 et s ; D. A. Coulibaly, *Sûretés réelles et procédures collectives OHADA*, L'Harmattan, 2021, n° 5 et s., p. 3 et s. ; G. Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, n° 268, p. 187 et s. A rapp. L. Boy, *Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises*, Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires, Pratique Professionnelle, n° 1, juin 2012, Doctrine.
- [50] L. Black Yondo, M. Brizoua-Bi, O. Fille Lambie, L.-J. Laisney, A. Marceau-Cotte, *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés*, *op. cit.*, n° 86, p. 79.
- [51] Cf. Article 13 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ; Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, L'Harmattan, 2019, n° 2 et s., p. 21 et s. ; F. Anoukaha, *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Coll. Droit uniforme, Année, n° 75 et s., p. 33 et s.
- [52] Cf. *OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 1999 ; A. Sakho, I. N'diaye, *Pratique des garanties du crédit*, RAB, 1998, p. 17, J. Issa-Sayegh, *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA*, Penant, n° 851, 2005, p. 157, [Ohada.com//Ohadata D-05-06](http://Ohadata.com/Ohadata-D-05-06).
- [53] A. Sakho, I. N'Diaye, *Pratique des garanties du crédit*, RAB, 1998, p. 17 ; J. Issa-Sayegh, *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA*, *op. cit.*
- [54] J. Issa-Sayegh, *op. cit.*
- [55] A. Gouëzel, *La réforme du cautionnement dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés*, in *Actualité du droit des sûretés personnelles*, RDBF, n° 4, juillet-août 2021, p. 46 et s.
- [56] M. Tota, *Mention apposée par la caution personne physique : une atténuation de la rigueur du formalisme pour une extension timorée de son domaine*, RLDC, 2022, n° 200, p. 33 et s.
- [57] Cass. com., 17 septembre 2013, n° 12-13.577, Bull. civ. IV, n° 132, JCP éd. E, 2013, 1573, note Legeais D., CCC 2013, comm. 276, obs. G. Raymond, RDBF, 2013, comm. 194, obs. A. Cerles ; Cass. com., 8 septembre 2021, n° 19-16.012.
- [58] M. Tota, *Mention apposée par la caution personne physique [...]*, préc.
- [59] M. Tota, *op. cit.*
- [60] L'OHADA a instituée la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) est composée de magistrats et juges professionnels chargés de connaître des différends nés de l'application du droit OHADA. La CCJA a une mission consultative et d'arbitrage comme son nom l'indique. E. Nsie, *La Cour commune de justice et d'arbitrage*, Penant, 828, septembre-décembre, p. 308 et s.
- [61] E. D. Fotso, *OHADA recueil de jurisprudence de la CCJA 2015*, L'Harmattan, 2019, l'Acte uniforme ne s'applique qu'aux sûretés consenties après son entrée en vigueur (CCJA, Ass. plén., n° 42/2015, 27 avril 2015), p. 557. P. G. Pougoué et S. S. Kuate Tameghe, *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p. 201 et ss ; *Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005*, réalisé par Issa-Sayegh.
- [62] N° 139/2017, 8 juin 2017, n° 231/2016/PC du 25 octobre 2016, aff. «Fédérale d'assurances Côte d'ivoire

dite FEDAS c/ Administration des Douanes de Côte d'Ivoire, Monsieur Le Receveur principal des Douanes, Etat de Côte d'Ivoire».

[63] N° 139/2017, 8 juin 2017, préc.

[64] A. Gouëzel, *op. cit.*

[65] M.-P. Dumont-Lefrand, *Le formalisme du droit du cautionnement : propositions de réforme*, in Etudes à la mémoire de P. Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 437.

[66] K. Benbarek Lesaffre, *A l'aube de la réforme du droit des sûretés. Bilan de 15 ans de jurisprudence sur la mention manuscrite en droit du cautionnement*, JCP éd. G, n° 39, 2020, n° 1051, p. 1656 et s. : «A l'heure du bilan, force est de constater sur l'interprétation et l'application qui sont faites du formalisme imposé par le Code de consommation sont très éloignées de la lettre des textes».

[67] Cass. civ. 1, 9 juillet 2015, n° 14-24.287, Bull. civ. I, n° 65.

[68] Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699, RDBF, 2011, comm. 95, obs. A. Cerles.

[69] Cl. Séjean-Chazal, C. Leveneur, *Réforme des sûretés, 6 mois après*, JCP éd. N, 2022, n° 27, p. 7, n° 4.

[70] J.-J. Ansault, Ch. Gijsberg, *Droit des sûretés. Enfin la réforme ! Septembre 2020-Septembre 2021*, Dalloz, 2021, n° 36, p. 1879 et s.

[71] Cass. com., 2 juin 2021, n° 20-10.690, D., 2021, 1076 ; Rev. prat. rec., 2021, 19, chron. O. Salari ; RTDCiv., 2021, 689, obs. C. Gijsbers ; RDBF, 2021, n° 4, Comm. 89, p. 49, obs. D. Legeais ; Ph. Simler, *La fraude à la mention manuscrite d'un cautionnement*, JCP éd. G, 2021, n° 26, p. 1260 et s.

[72] Cass. com., 12 novembre 2020, n° 19-15.893, RJDA, 2021, 729 ; V. déjà en ce sens, Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-24.400, D., 2018, 1148, 1884, obs. P. Crocq, et 2106, obs. D. R. Martin ; AJ contrat, 2018, 340, obs. G. Piette.

[73] Cass. com., 23 octobre 2019, n° 18-11.825.

[74] P. Crocq, *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés*, Dalloz, 2011, n° 6, p. 432.

[75] R. Mulamba Katamba, *Les sûretés OHADA : Le cautionnement reçu par la banque en garantie des prêts consentis - Prévenir les risques liés à sa réalisation*, p. 4, [ohada.com/Ohadata D-04-30](http://ohada.com/Ohadata D-04-30).

[76] Sous l'empire du droit ancien du formalisme exigé sous peine de nullité. Doivent être annulés pour violation de l'article 4 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, les actes de cautionnement ne comportant ni la signature du bénéficiaire, ni la mention écrite de la main, de la somme maximale garantie. CCJA, n° 18/2003 du 19 octobre 2003, aff. «Société AFROCOM c/ Caisse de Stabilisation et de Soutien des Prix des productions agricoles dite CSSPPA», Le juris-Ohada, n° 4/2003, p. 10, note Brou Kouakou Mathurin, Recueil de jurisprudence CCJA, n° 2, juillet-décembre 2003, p. 30, Ohadata J-04-119 ; n° 077/2014 du 25 avril 2014, aff.

«La Société de Patrimoine des Eaux du Niger (SPEN) c/ La Banque Atlantique du Niger dite BAN», n° 146/2012/PC du 23 octobre 2012 ; TGI du Mfoundi (Cameroun), Jugement n° 404/CIV du 28 mars 2005, aff.

«Ladharam Asnani c/ Mme Epiane Mboumdja Julienne», Observations Pr. Kalieu Elongo Yvette Rachel.

[77] Y. Kalieu Elongo, *La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA*, préc., p. 7, Ohadata D-03-02.

[78] I. L. Miendjiem, *Régime général des sûretés*, Encyclopédie du droit OHADA, *op. cit.*, n° 62 et s., p. 1490 et s.

[79] Y. R. Kalieu, *La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA*, Juridis Périodique, p. 113, préc.

[80] J. Issa-Sayegh et P.-G. Pougoué, *L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions*, Actes du colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, RDU, 2008, p. 464 ; R. Njeufack Temgwa, *Regards sur la protection juridique du consommateur africain Lecture comparée*, Penant, n° 868/2009, p. 293.

[81] G. Piette, *Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement*, préc.

[82] Le devoir de mise en garde est consacré à l'article 2299 du Code civil qui dispose que « Le créancier

*professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier. A défaut le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci» ; J. Attard, *Le devoir de mettre en garde la caution après la réforme du droit des sûretés*, LPA, juillet-août 2022, n° 7-8, p. 31.*

[83] P. Gerarowski, *Quelques ombres et lumières des nouveautés sous le soleil des sûretés*, LPA, février 2022, n° 2, p. 41 et s.

[84] G. Piette, *Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement*, D., 2017, n° 19, p. 1064.

[85] G. Piette, *Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement*, *op. cit.*, p. 1066.

[86] C. Favre-Rochex, *Formalisme du cautionnement : l'ajout de termes dans la mention n'emporte pas la nullité du contrat*, JCP éd. E, n° 24, 16 juin 2022, p. 50.

[87] A.-S. Barthez, D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, in J. Ghestin (dir), *Traité de droit civil*, 2010 ; LGDJ, n° 527, p. 382.

[88] D'après un auteur, « l'insertion dans le droit commun de la mention *ad validitatem* est critiquable. Tous les observateurs de la jurisprudence rendue sur la question savent que la mention est inutile et même néfaste, qu'elle ne protège pas la caution, tout en créant une forte insécurité préjudiciable au crédit. Il faudrait en tirer les conséquences qui s'imposent en supprimant purement et simplement toute mention ou en rendant l'acte d'avocat obligatoire au-delà d'un certain seuil. Le maintien d'une mention *ad validitatem* même assouplie ne peut qu'alimenter le contentieux». M. Mignot, *Présentation générale*, in «réforme du droit des sûretés», Institut Universitaire de Varenne, 2019, p. 11.

[89] F.-X. Grignon-Derenne, *Contribution à l'étude des accessoires de la créance*, Thèse Université Paris II Panthéon-Assas, 1999, n° 6.

[90] S. Gobin, *Garantie et contre-garantie au service du contrat initial. Contribution à la compréhension des logiques élémentaires en droits civil, bancaire et financier*, L'Harmattan, 2021, n° 499, p. 506.

[91] A. Bernard-Roujou De Boubée, *Sûretés et droits européens*, éd. Mare & Martin, 2020, p. 406.

[92] A. Bernard-Roujou De Boubée, *Sûretés et droits européens*, préc.

[93] R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui. Structures matérielles et structures juridiques*, in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> Siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, Tome I, LGDJ, 1950, p. 84.

[94] N. G. S. Nyia Engon, *La proportionnalité du cautionnement : Etude de droit compare entre le droit OHADA, le droit français et le droit allemand*, RDAI/IBLJ, n° 5, 2021, p. 685 ; M. Blondel, *La bonne foi en droit des sûretés*, LPA, avril 2022, n° 4, p. 15 et s.

[95] M.-P. Dumont-Lefrand, *Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme*, in *Etudes en la mémoire de Philippe Neau -Leduc*, Le juriste dans la cité, LGDJ, 2018, p. 439 et. s.

[96] A rappr. Lagarde X, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP éd. G, 1999, I, 170, n° 4, p. 1774.

[97] A rappr. Lagarde X, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, préc.

[98] M.-P. Dumont-Lefrand, *Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme*, in *Etudes en la mémoire de Philippe Neau -Leduc*, Le juriste dans la cité, LGDJ, 2018, p. 443 et 449.

[99] M.-P. Dumont-Lefrand, *Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme*, préc., p. 440.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable

## [Brèves] *Quid de l'inscription hypothécaire sur présentation d'une note d'honoraires ?*

par Aziber Didot-Seïd Algadi

Réf: CCJA, 30 juin 2022, n° 124/2022 CCJA, 30 juin 2022, n° 124/2022 (N° Lexbase : A77148R7)

► L'inscription hypothécaire définitive prévue aux articles 213 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (N° Lexbase : L9023LGB) suppose que le demandeur établisse sa qualité de créancier certain à l'égard du débiteur ;

► ladite qualité ne peut résulter d'une note d'honoraires établie unilatéralement et des factures de débours et impenses contestées par le supposé débiteur.

Dans cette affaire, en date du 18 avril 2015, une société a constitué un avocat à l'effet de la représenter et d'agir pour son compte «pour toutes les affaires qui l'opposent aux personnes qui lui doivent des sommes d'argent ou qui se prétendent faussement créancières [...] relativement à la parcelle de 16 ha sise à Abouabou».

S'estimant créancier de la société, en raison de l'exécution de ce mandat, l'avocat, pour se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur, a sollicité et obtenu de la Juridiction présidentielle du Tribunal de première instance d'Abidjan une ordonnance l'autorisant à prendre une inscription hypothécaire provisoire sur l'immeuble dudit débiteur, objet du titre foncier.

Le Tribunal de première instance d'Abidjan, saisi d'une demande de validation de cette hypothèque, l'a rejetée par un jugement, confirmé par la Cour d'appel d'Abidjan, en vertu d'un arrêt, contre lequel un pourvoi a été formé par l'avocat.

Ce dernier a reproché à l'arrêt querellé d'avoir violé l'article 213 de l'Acte uniforme en ce que, pour refuser la validation de l'inscription hypothécaire provisoire, la Cour d'appel a énoncé que «la créance n'a pas été cristallisée par une décision du Bâtonnier ou une ordonnance du Premier Président passée en force de chose jugée [...]», alors que, selon lui, en application de l'article 213 susvisé, il revenait à cette Cour de trancher d'abord la question de créance réclamée par lui avant de statuer sur la demande de validation de l'hypothèque ; aussi, en s'alignant sur la position du premier juge selon laquelle les pièces produites par lui n'établissent pas de façon irréfutable et univoque les dépenses utiles et nécessaires qu'il prétend avoir eu à faire dans l'intérêt exclusif de la société BICP Groupe, l'arrêt aurait violé les dispositions de l'alinéa 1er de l'article 221 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

**A tort.** Après l'énoncé du principe sus rappelée, la CCJA juge qu'en retenant qu'une telle créance, qui n'est pas non plus reconnue par une décision devenue définitive, conformément aux dispositions des articles 55 et suivants du Règlement n° 05/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'Avocat dans l'espace UEMOA, ne peut fonder la demande en validation d'une hypothèque conservatoire, la cour d'appel n'a en rien violé les articles 213 et 221 susmentionnés (il est utile de rappeler que **la décision par laquelle le juge autorise l'inscription provisoire d'hypothèque fixe au créancier un délai dans lequel il doit, à peine de caducité de l'autorisation former devant la juridiction compétente l'action en validité d'hypothèque conservatoire ou la demande au fond, même présentée sous forme de requête à fin d'injonction de payer** ; en ce sens, Cour commune de justice et d'arbitrage (OHADA), 27 mai 2021, n° 096/2021 N° Lexbase : A75837BH).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable

## [Brèves] Annulation de la condamnation du tiers saisi en raison de l'extinction de la dette par le paiement du débiteur principal

par Aziber Didot-Seïd Algadi

Réf: CCJA, 30 juin 2022, n° 132/2022 CCJA, 30 juin 2022, n° 132/2022 (N° Lexbase : A77258RK)

► La condamnation aux causes de la saisie a pour seul effet d'obliger le tiers-saisi à payer pour le compte du débiteur saisi, contre lequel il pourra réclamer, plus tard, l'indu payé pour autrui ;

► en constatant qu'avant le dénouement des saisies-ventes, la créance pour le recouvrement de laquelle la saisie querellée a été pratiquée est éteinte par l'effet du paiement effectué par le débiteur principal, la cour d'appel a, à bon droit, et sans dénaturer, retenu que lesdites saisies deviennent sans objet, et par conséquent, doivent être annulées.

**Dans cette affaire**, en exécution d'un arrêt de la Cour d'appel judiciaire de Libreville, confirmatif d'une ordonnance du juge du contentieux de l'exécution du Tribunal de première instance de Libreville condamnant une banque au paiement des causes d'une saisie pratiquée contre la débitrice principale, une société a fait pratiquer des saisies-ventes de biens meubles corporels appartenant à ladite banque. Statuant sur la contestation de cette dernière, le juge du contentieux de l'exécution en a donné mainlevée, aux motifs que la créance poursuivie avait déjà été payée par la débitrice principale. La société a relevé appel de cette décision devant la Cour judiciaire de Libreville, qui a rendu un arrêt contre lequel un pourvoi a été formé.

La société a reproché à l'arrêt attaqué, d'une part, d'avoir donné mainlevée des saisies-ventes qu'elle a pratiquées au préjudice de la banque, aux motifs, entre autres, qu'elle réclamait au tiers saisi le paiement d'une créance qui, pourtant, avait déjà fait l'objet d'un règlement transactionnel effectué par la débitrice principale, alors que, selon elle, lesdites saisies-ventes sont antérieures à la transaction et, d'autre part, d'avoir retenu, pour confirmer l'ordonnance ayant donné mainlevée des saisies, que le premier juge a fait une bonne application de la loi, sans pour autant indiquer à quelle loi référence était faite, ce d'autant que l'application rigoureuse du régime juridique d'une transaction à laquelle elle est tierce ne saurait profiter à la banque.

**A tort.** Après l'énoncé de la solution sus rappelée, la CCJA rejette le recours (il est à noter que **toute déclaration inexacte, incomplète ou tardive expose le tiers saisi à être condamné au paiement des causes de la saisie** ; en ce sens CCJA, 25 novembre 2021, n° 202/2021 N° Lexbase : A62517NT ; sur le sujet, lire notamment J. Wambo, *Le tiers saisi dans la saisie-attribution de créances en droit OHADA*, Lexbase Afrique-OHADA, n° 4, 2017 N° Lexbase : N0429BX8).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable

## [Brèves] Exigence d'énonciation du titre exécutoire dans l'acte de saisie- attribution

par Aziber Didot-Seïd Algadi

Réf: CCJA, 30 juin 2022, n° 129/2022 CCJA, 30 juin 2022, n° 129/2022 (N° Lexbase : A77288RN)

► Le créancier procède à la saisie par un acte signifié au tiers par l'huissier ou l'agent d'exécution. Cet acte contient à peine de nullité, entre autres mentions, l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée ;

► il en découle que l'omission des mentions ainsi requises entraîne la nullité de l'acte de saisie- attribution de créances.

Dans cette affaire, des créanciers, en vertu d'une ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire, ont fait pratiquer une saisie-attribution sur les avoirs d'une société débitrice pour avoir paiement de la créance objet de cette décision. La société a contesté cette saisie devant le juge du contentieux de l'exécution du Tribunal de commerce de Pointe-Noire qui a rejeté son action. Elle a relevé appel devant la Cour d'appel de Pointe-Noire qui a rendu l'arrêt contre lequel un pourvoi a été formé.

La société a fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté sa demande de nullité du procès-verbal de saisie alors que la violation des dispositions de l'article 157-2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (N° Lexbase : L0546LGC) était suffisamment établie, le premier juge ayant lui-même reconnu dans sa décision que le titre en vertu duquel la saisie a été pratiquée n'est pas expressément énoncé.

**A juste titre.** Sous l'énoncé du principe susvisé, la CCJA relève qu'en l'espèce, l'examen du procès-verbal de saisie signifié aux tiers saisis par les défendeurs au pourvoi révèle qu'il ne contient pas «[...] *le titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée*». La carence ou l'omission de ces mentions contrevient aux dispositions de l'article 157-2 de l'Acte uniforme précité. Ledit procès-verbal de saisie doit en conséquence être déclaré nul.

En rejetant la demande de nullité, la cour d'appel a commis le grief allégué.

Par conséquent, l'arrêt est cassé et, après évocation, infirme en toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue par le Président du Tribunal de commerce de Pointe-Noire et annule le procès-verbal de saisie attribution de créance (**sur le contenu de l'acte de saisie**, cf. notamment T. Com., de Lomé Togo, 15 juillet 2021, n° 0061/2021 N° Lexbase : A39468HM).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable