

## LA SITUATION DU CRÉANCIER NON CITE PAR SON DÉBITEUR ADMIS AU BÉNÉFICE DU RÈGLEMENT PRÉVENTIF EN DROIT DE L'OHADA

**Souleymane TOE**

Agrégé des Facultés de droit  
Professeur à l'Université Thomas Sankara

**Mon-espoir MFINI**

Chargé d'enseignement à l'Université d'Angers  
Rédacteur en chef de la Revue africaine de droit des affaires

### Résumé

Le droit OHADA des procédures collectives connaît quatre procédures collectives, deux procédures préventives et deux procédures curatives. A ces procédures il faut ajouter des variantes, c'est-à-dire des procédures simplifiées, applicables aux entreprises de petite taille. Parmi les procédures préventives note-t-on le règlement préventif, qui a toujours existé, depuis le premier Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Mais, avec la réforme intervenue en 2015, cette procédure a connu de légers changements, qui invitent la doctrine à porter un regard sur ce qu'est devenu la procédure de règlement préventif. Les auteurs de ces lignes ont opté pour l'analyse de la situation du créancier non-cité par son débiteur admis au bénéfice du règlement préventif.

### Introduction

*Prima facie*, le règlement préventif<sup>1</sup> est une procédure qui permet à un débiteur, encore *in bonis* de se mettre sous le couvert de la justice pour ne pas payer momentanément ses dettes<sup>2</sup>. Pour l'obtenir, le débiteur, conformément à l'article 6 de l'AUPC révisé, sans être en état de cessation des paiements<sup>3</sup>, doit justifier de difficultés financières ou économiques sérieuses. D'après l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « le règlement préventif est une procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ». Au-delà du caractère judiciaire de la procédure, le règlement préventif consiste à assister le chef d'entreprise afin de faciliter la négociation avec les créanciers de l'entreprise, « d'où la pratique de recours à la désignation d'un conciliateur »<sup>4</sup>.

La juridiction compétente est saisie par une requête du débiteur ou par une requête conjointe de ce dernier avec un ou plusieurs de ses créanciers, déposée au greffe contre récépissé. Dans cette requête, le débiteur expose ses difficultés financières ou économiques ainsi que les

perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement de son passif.

Il est remarquable de constater la suppression dans l'article 6 nouveau de l'obligation jadis faite au débiteur d'indiquer les créances pour lesquelles il demande la suspension des poursuites individuelles. Ce changement est notable. S'il n'empêche pas le débiteur de citer les créances pour lesquelles il souhaite obtenir une suspension des poursuites, il ne l'oblige pas non plus à le faire. Il suffit que la créance soit antérieure à la décision de suspension des poursuites individuelles<sup>5</sup> pour être prise en compte. Mais, si malgré cette précision textuelle, le débiteur décide d'opérer une discrimination entre ses créanciers en citant certains d'entre eux, et en gardant le silence sur d'autres, quelle lecture, le créancier non-cité devrait-il faire de cette omission ? Quel comportement devra-t-il observer dans le cadre de l'administration de la procédure<sup>6</sup> ?

Au regard des nouvelles dispositions de l'article 6, l'on peut affirmer que tous les créanciers antérieurs sont tenus par l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles<sup>7</sup>. Mais, au regard de son aspect contractuel, le créancier non-

<sup>1</sup> Voir. F.M. SAWADOGO, « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé », *droit et patrimoine*, n° 253, décembre 2015, p. 32 ; A. Fénéon, « Le règlement préventif : analyse critique », *Penant* 848, p.265 et s ; Y. CHAPUT, « Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises », *Bull. Joly* 1988, p. 85 et chronique de doctrine.

<sup>2</sup> Voir. not. Fr. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2022.

<sup>3</sup> W. MARTINEAU-BOURGINAUD, « La cessation des paiements, une notion fonctionnelle », *RTD Com.* 2002, p.245. Voir aussi, G. TEBOUL, « La cessation des paiements : une notion dépassée ? », *Gaz. Pal.* n° 13, 2023, p. 38 ; G. TEBOUL ; « La cessation des paiements : point de convergence des intérêts contraires ? », *Gaz. Pal.* 2008, doct. 1703, note G. TEBOUL ; TGI Ouagadougou, jugement n°192 du 24 février 1999, *Ohadata* J-04-178, selon lequel la cessation des paiements est l'état dans lequel le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

<sup>4</sup> J. NKOM, *Droit Ohada des entreprises en difficulté*, 2<sup>ème</sup> éd., 2021, p. 183. Voir aussi, Y.R. KALIEU ELONGO, *Le droit de procédures collectives de l'OHADA*, PUA, 2016.

<sup>5</sup> P.-M. LE CORRE, « Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA* 2006, n°63, p.9.

<sup>6</sup> Voir aussi. M.-N. MBAYE, « Réflexion sur la modification du concordat préventif en droit Ohada », *Penant* 870, n°5, p. 30.

<sup>7</sup> Voir. M.-E. MFINI, « La protection des intérêts des créanciers dans le droit Ohada des entreprises en difficulté », *Lexbase Afrique-OHADA*, n°69, 2023. Contrairement à l'Acte uniforme originel, l'Acte uniforme révisé a apporté quelques innovations qui viennent remettre en cause certains acquis. Il en est ainsi par exemple de l'extension du domaine de la suspension des poursuites individuelles qui ne se limite plus aux seules créances répertoriées par le débiteur mais s'étend à toutes les créances antérieures à la décision d'ouverture.



cité peut décider de rester en dehors de la procédure<sup>8</sup>. Aussi convient-il d'observer d'une part que si le créancier non-cité est bien soumis à la suspension des poursuites individuelles (I), il demeure cependant un créancier libre de rester hors de la procédure du règlement préventif (II).

### I. Un créancier soumis à la suspension des poursuites individuelles

La suspension des poursuites individuelles est l'objectif principal immédiat poursuivi par le débiteur à travers l'introduction de sa requête. En effet, dès l'ouverture de la procédure collective d'importantes restrictions<sup>9</sup> sont portées aux droits des créanciers antérieurs<sup>10</sup>. Désormais, avec le nouvel acte uniforme, peu importe que le débiteur ait cité ou non la créance dans sa requête, il suffit qu'elle soit antérieure (A) à la décision de suspension des poursuites individuelles qui a une large portée (B).

#### A. L'antériorité de la créance

Conformément à l'article 9, alinéa 3 de l'AUPC, le domaine de la suspension des poursuites ne se limite plus aux seules créances répertoriées par le débiteur dans sa requête en règlement préventif<sup>11</sup> ; elle s'étend désormais à toutes les créances antérieures à la décision d'ouverture. De ce point de vue, le débiteur n'est pas obligé de citer tous ses créanciers dans sa requête en règlement préventif.

Cependant et selon l'article 9, alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUPC, le créancier non cité dans la requête en règlement préventif du débiteur reste soumis au même titre que le créancier cité à la discipline de la suspension des poursuites. Il suffit seulement que la créance concernée soit antérieure à l'ouverture de la procédure pour que le créancier soit désormais tenu de se soumettre à la discipline de la suspension des poursuites individuelles.

Selon, l'article 8 de l'AUPC, si le projet de concordat préventif lui paraît sérieux, le président de la juridiction compétente prend une ordonnance de suspension des poursuites individuelles qui a une portée large<sup>12</sup>.

#### B. La portée de la suspension des poursuites individuelles à l'égard du créancier non-cité

Selon l'article 9, alinéa 2 de l'AUPC, l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toute mesure d'exécution extra-judiciaire. Elle s'applique non seulement aux créanciers chirographaires mais également aux créanciers munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales telles qu'un gage, un

nantissement, une hypothèque ou un privilège mobilier spécial<sup>13</sup>.

Corrélativement, les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, de prescription ou de résolution de leurs droits sont suspendus pendant toute la durée de la suspension elle-même. Il s'en suit donc que l'ordonnance de suspension des poursuites est opposable au créancier non-cité pendant toute sa durée.

Concernant cette durée, il faut noter que désormais, de la combinaison des articles 9, alinéa 1, 13, alinéa 2 et 14, alinéa 3 de l'AUPC, la durée de la suspension des poursuites est de 3 mois, pouvant être prorogée d'un mois. La suspension des poursuites individuelles, par l'absolu, prend fin 5 mois après la décision d'ouverture. En effet, après le dépôt du rapport par l'expert<sup>14</sup> qui doit intervenir dans le délai absolu de 4 mois, s'ouvre un nouveau délai de 30 jours pour homologuer ou non le concordat (art. 14 al. 3). Il peut s'y ajouter une petite période de flottement puisque le délai de 30 jours court à partir de la saisine de la juridiction qui doit se faire sans délai, soit d'office, soit à la requête du débiteur lui-même. L'imprécision de la notion de « sans délai » (article 14, al. 1<sup>er</sup>) pourrait être source d'embarras, mais généralement, elle ne devrait pas dépasser quelques jours.

La suspension des poursuites prend fin de plein droit lorsque le délai imparti expire, prorogation éventuelle comprise, sans que l'expert ait déposé son rapport ou que la juridiction compétente ait homologué<sup>15</sup> le projet de concordat (art. 9 et 14, al. 3). Dans ce cas, les créanciers recouvrent l'exercice de tous leurs droits et le débiteur recouvre la pleine administration de ses biens.

L'antériorité de la créance et l'opposabilité de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles à tous les créanciers expliquent la soumission du créancier non-cité à la discipline de la suspension des poursuites individuelles. Cependant, sur un autre plan, le créancier non-cité est libre de rester à l'écart de la procédure.

### II. Un créancier cependant libre de rester à l'écart de la procédure

Le créancier non-cité peut opter de rester à l'écart de la procédure. Il reste donc libre de participer aux négociations concordataires (A) ou de maintenir ses engagements en cours dans une certaine mesure (B).

#### A. La liberté de participer aux négociations concordataires

<sup>8</sup> P. CROCQ, « Des créanciers et des contractants mieux protégés », *droit et patrimoine*, décembre 2015, n°253, p.60.

<sup>9</sup> Les dispositions de l'article 75 de l'Acte uniforme ont été érigées en principe d'arrêt des poursuites individuelles devenu une règle d'ordre public en droit interne et en droit international : com. 2 juin 1994, 2004, *AJ* 1732 obs. A. LIENHARD. *RTD Com.* 2004. 808 obs. Martin-Sert.

<sup>10</sup> Voir, aussi, M.-E. MFINI, « Le créancier muni de sûreté réelle face à la procédure collective en droit de l'Ohada », *Revue africaine de droit bancaire et boursier*, vol. 3, n°10, 2023.

<sup>11</sup> Voir aussi, CCJA, ass. plén., n°050, 27-4-2015 : Banque européenne d'investissement (BEI) c/ Sté Fils et tissus Naturels d'Afrique (Fitina SA) *Ohadata* J-16-50.

<sup>12</sup> Voir, H.D. KOUASS et M.K. AGBENOTO, « Le règlement préventif », *Encyclopédie du droit Ohada, Lamy*, 2012, n°2, p.1548.

<sup>13</sup> Voir, not. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 8<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 2023. Voir aussi, M.-E. MFINI, *Droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit*, 1<sup>er</sup> éd., Bruylant, préf. S.D. NDIR, 2024.

<sup>14</sup> P. LE CANNNU, « Éléments de réflexion sur la nature de l'expertise de gestion », *Bull. Joly*, 1988, 553.

<sup>15</sup> C. HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, n°247, 2003, p.4.

La décision de suspension des poursuites individuelles entraîne également la nomination d'un expert pour faire un rapport sur la situation économique et financière du débiteur<sup>16</sup>. Il se pose la question de savoir si le créancier non-cité est tenu de participer aux négociations qui seront engagées par l'expert ?

Puisque le débiteur n'est plus obligé de citer tous ses créanciers, l'expert qui a été nommé a reçu, entre autres missions d'entendre le débiteur et les créanciers et de leur prêter ses bons offices, en se fondant sur le projet de concordat préventif proposé par le débiteur lors de la demande d'ouverture, qui peut notamment être amendé.

Il appartient alors au créancier non cité par le débiteur dans sa requête, s'il le souhaite bien, de communiquer avec l'expert nommé pour participer aux négociations sur l'élaboration du projet de concordat préventif et faire valoir ses droits. Si cette intervention n'a pu se faire auprès de l'expert qui a déjà déposé son rapport, le créancier non cité, peut encore agir, mais avant l'homologation du concordat en s'adressant au président de la juridiction compétente qui peut offrir ses bons offices et ouvrir des négociations pour permettre aux parties de parvenir à un accord sur la base de l'article 15, alinéa 5 de l'AUPC.

Il peut évidemment choisir de rester à l'écart des négociations. Mais si les négociations aboutissent à l'adoption et à l'homologation d'un concordat de règlement préventif qui ne prend pas en compte le créancier non-cité, ce dernier peut-il toujours poursuivre le débiteur ?

Selon l'article 18 de l'AUPC, l'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture du règlement préventif, que leurs créances soient chirographaires ou garanties par une sûreté dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur<sup>17</sup>. Toutefois, le concordat ayant toujours une nature contractuelle qu'il conserve même après l'homologation par le tribunal, il ne s'impose qu'aux seuls créanciers qui y ont consenti, à moins que le tribunal l'ait expressément imposé aux créanciers qui n'y ont pas consenti. Même dans ce cas, les créanciers concernés seront toujours ceux qui ont été désignés par le débiteur. En effet, il semble résulter de l'article 15 al. 5 que la juridiction compétente ne peut rendre opposable le concordat qu'aux créanciers qui ont refusé des délais ou des remises. On imagine bien que la discussion ne peut être menée qu'avec les créanciers visés par le débiteur. C'est dire finalement que le créancier non-cité conserve son droit de poursuivre le débiteur une fois le concordat homologué par la juridiction compétente. Mais avant cette homologation, il reste soumis à la suspension des poursuites individuelles.

Une fois le concordat homologué, le créancier non-cité demeure libre de maintenir ses engagements avec le débiteur sous certaines conditions cependant.

## B. La liberté de maintenir les engagements en cours

Il se peut que le créancier non-cité ait des engagements toujours en cours avec le débiteur alors qu'il n'est pas parti au concordat de règlement préventif. Si ce créancier non-cité est une banque<sup>18</sup> qui a financé le débiteur à travers un mode progressif, cette dernière peut-elle rompre ses relations avec le débiteur ?

En rappel, le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses. Sa situation économique ou financière n'étant pas définitivement compromise, le règlement préventif a pour objectif principal d'éviter la survenance de la cessation des paiements. Or, la survie de l'activité dépend bien évidemment de l'exécution des contrats conclus par le débiteur. Aussi, la banque pourrait engager sa responsabilité civile<sup>19</sup> si la rupture de ses relations d'avec le débiteur est de nature à précipiter la survenance de la cessation de ses paiements et l'ouverture à son encontre de la procédure de liquidation des biens.

Si le créancier non-cité a reçu le paiement de décompte par le débiteur, il y a lieu, pour éviter toute complication ultérieure, de faire application de l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUPC en demandant au débiteur d'écrire au président de la juridiction compétente pour l'autoriser à effectuer ce paiement, à titre de régularisation.

Par ailleurs, si des modalités de financement d'un marché en mode progressif ont été convenues en fonction du niveau d'exécution du contrat, la banque se trouve dans la posture du créancier postérieur à l'ouverture du règlement préventif pour les financements ultérieurs. Cette situation est considérée comme étant un soutien supplémentaire accordé au débiteur en vue de faciliter sa restructuration économique et financière. C'est de « l'argent frais » ou « *new money* »<sup>20</sup> qui est ainsi apporté au débiteur. Dans ce cas, la loi permet au créancier de conclure avec le débiteur un accord qui sera homologué par la juridiction compétente et portant sur le privilège du *new money*. L'effet principal de ce privilège est qu'il donne au créancier titulaire un meilleur rang de paiement en cas de survenance de la liquidation des biens du débiteur conformément aux articles 166 et 167 de l'AUPC.

De surcroît, le financement d'autres opérations est sans risque tant que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Autrement, ledit financement pourrait être considéré comme un soutien financier abusif ayant pour seul but de maintenir artificiellement en vie une société dont la situation financière est définitivement obérée. Les tiers, victimes de cette apparence de solvabilité pourront agir en dommages et intérêts contre la banque<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Voir. not. Y.R. KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'Ohada*, PUA, 2016.

<sup>17</sup> Voir, M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2024.

<sup>18</sup> Voir. not. V. BOUTHINON-DUMAS, *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, préf. A. GHOZI, Revue Banque, 2008.

<sup>19</sup> Sur la responsabilité civile de la banque, voir : *La responsabilité civile du banquier aujourd'hui*, (dir), J. LASSERRE CAPDEVILLE, LexisNexis, 2022.

<sup>20</sup> M.-E. MFINI, *op. cit. Lexbase Afrique-Ohada*, 2023.

<sup>21</sup> Voir. S. SAINT-ALARY-HOUI, *Droit des entreprises en difficulté*, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2022.



Pour ce qui est de la poursuite des cautions ou coobligés<sup>22</sup>, l'on note qu'à l'exception seulement des personnes physiques, les coobligés ou les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des délais et remise du concordat préventif<sup>23</sup>. C'est dire que seules les cautions personnes morales peuvent être immédiatement poursuivies pour le tout par le créancier.

En somme sous réserves des circonstances d'espèce, il semble plus avantageux pour un créancier non-cité de rester

en dehors de la procédure et de continuer ses relations d'affaires avec le débiteur.

Certes, avant l'homologation du concordat préventif, il reste soumis à la suspension des poursuites, mais une fois celle-ci opérée, le créancier recouvre ses droits de poursuites<sup>24</sup>, puisque le concordat a une nature contractuelle et n'oblige que les parties qui y ont consenties.

Du reste, cette position de créanciers hors du règlement préventif est d'autant plus confortable pour le créancier non-cité qu'elle lui confère le bénéfice du privilège du *new money*<sup>25</sup> en cas d'apport d'argent frais pour le soutien du concordat préventif.

<sup>22</sup> Voir. M.-E. MFINI, *Droit Ohada des sûretés et des garanties du crédit*, 1<sup>e</sup> éd., Bruylant, préf. S.D. NDIR, 2024 ; M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2024.

<sup>23</sup> Voir aussi, J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2012.

<sup>24</sup> Sur les droits du créancier, voir, V. DAUDET, *Les droits et actions attachés à la personne*, thèse, Université de Montpellier, 2011.

<sup>25</sup> Voir, Fr. MACORIG-VENIER et M.-P. DUMONT, « Le privilège de sauvegarde et du redressement judiciaire », *BJE* janv. 2021, n° 1185, p. 62 ; R. ASSONTSA et H.I. SILIENOU, « L'introduction du privilège de new money en droit OHADA des procédures collectives », *Revue Penant*, n° 900, 2017, p. 219 ; P.-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation : questions-réponses », *Gaz. Pal.* 14 janv. 2014, n° 161n7, p. 44 ; L.-C. HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde » : *Rev. proc. coll.* 2008, p. 20 et s., sp. p. 22, n° 3.

## REFLEXION SUR LA PROTECTION DU LOCATAIRE-GERANT EN DROIT OHADA

Renaud Etiennis OKOMEN TSAGUE

Enseignant-chercheur à l'Université de Yaoundé II  
Secrétaire permanent de l'observatoire africain de la pratique des affaires

Annick Mirabelle OBA'A ATYAM

Enseignant-chercheur à l'Université Yaoundé

## Résumé

La location-gérance met aux prises le loueur de fonds et le gérant libre, le premier concédant au second la gestion libre d'un fonds contre paiement d'une redevance bien souvent composite. Cela étant, on peut à juste titre relever que le particularisme et l'enjeu de ce rapport juridique suscite tout l'intérêt d'une réflexion sur la protection du gérant libre dont la simple évocation invite à une tentative de caractérisation d'une telle protection en droit OHADA. Sur la question, l'analyse fait état de l'ambivalence qui caractérise la protection du gérant libre d'un fonds de commerce en droit OHADA. En effet, si l'arsenal mobilisable, aussi bien à la formation qu'à l'exécution du contrat de location-gérance, postule pour une protection remarquable du gérant, celle-ci n'en demeure pas moins discutable quand on envisage la situation en fin de contrat ou les hypothèses de mutation du droit de propriété sur le fonds loué en cours de contrat.

## Introduction

Imaginée à l'origine pour tenter de suppléer l'incapacité du mineur à gérer un fonds de commerce reçu en héritage ou comme une sorte de réserve de propriété dans laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce en conservait la propriété tandis que l'acquéreur se constituait locataire jusqu'à règlement intégral du prix de cession, la location-gérance apparaît dorénavant, non seulement comme un terrain d'élection dans la grande distribution, mais aussi comme une technique de redressement des entreprises en difficulté<sup>1</sup>.

Ce mode d'exploitation du fonds de commerce ayant captivé l'essentiel de l'attention du législateur OHADA<sup>2</sup>, au détriment de l'exploitation directe, tire toute sa pertinence de la séparation qu'elle favorise entre la propriété du fonds et son exploitation. La première intervention législative en la matière résulte d'un décret n°53-874 du 22 septembre 1953<sup>3</sup> mis en application par l'effet de la loi n°53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier. Ce texte présentait certaines lacunes<sup>4</sup> au point où les commentateurs et la pratique y virent une quasi-interdiction de ce mécanisme<sup>5</sup>. Fort heureusement, on assiste en quelque sorte à sa « résurrection »<sup>6</sup> quelques années plus tard avec la loi n°56-277 du 20 mars 1956 relative à la location gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux<sup>7</sup>, qui contenait des règles quasiment plus souples sur lesquelles le législateur OHADA n'a pas cru bon de faire

table rase. D'abord traité aux articles 106 et suivants de l'AUDCG du 1<sup>er</sup> octobre 1997, le contenu et les contours de la location gérance feront l'objet d'amples précisions à l'occasion de la révision de l'acte uniforme sur le droit commercial général intervenue en 2010<sup>8</sup>. Ainsi, l'article 138 alinéa 3 AUDCG révisé définit la location gérance comme « une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire gérant, qui l'exploite à ses risques et périls ».

A côté de cette définition, le lexique des termes juridiques dispose pour sa part que la location gérance est un « contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce, appelé bailleur ou loueur confie, en vertu d'un contrat de location l'exploitation de son fonds à une personne appelée gérant ou locataire gérant qui exploite ce fonds en son nom, pour son compte et à ses risques et périls, et qui paie au propriétaire un loyer ou redevance. »<sup>9</sup>. A la lecture de ces deux textes on se rend compte que désormais l'exploitation d'un fonds mis en location gérance est assortie du paiement d'un loyer<sup>10</sup>. Pour les professeurs Pedro Santos AKUETE et Yado TOE<sup>11</sup>, c'est la première obligation pesant sur le gérant. Précisons pour finir que la location gérance reste de plus en plus utile au locataire dans la mesure où ce dernier n'est pas obligé d'immobiliser des capitaux importants pour l'acquisition d'un fonds<sup>12</sup>. Plus encore, aujourd'hui, elle constitue une technique de redressement des entreprises en

<sup>1</sup> Art. 115 AUPCAP.

<sup>2</sup> En effet, les articles 138-146 AUDCG consacrés aux modes d'exploitation du fonds de commerce évoquent à peine l'exploitation directe du fonds confinée à l'article 138 alinéa 2, et consacrent d'importants développements aux précisions sur la location-gérance ou gérance libre.

<sup>3</sup> Décret n°53-874 du 22 septembre 1953 portant réglementation de la location gérance des fonds de commerce.

<sup>4</sup> L'article 4 du décret n°53-874 du 22 septembre 1953 prévoyait que seules les personnes physiques ou morales ayant exploité une entreprise commerciale depuis plus de sept années, ou ayant exercé une activité dans telle entreprise pouvaient donner leurs fonds en location gérance. Cette disposition laissait à un commerçant la possibilité de mettre en location gérance des fonds de commerce n'ayant aucun rapport avec son activité professionnelle propre, sans aucune restriction, et lui

permettrait ainsi d'effectuer des opérations purement spéculaires, que le texte interdit.

<sup>5</sup> Voir. F. GIVARD, « L'agonie de la gérance libre », *D.*, 1953, chron., p. 161.

<sup>6</sup> R. MAUS, « La résurrection du contrat de gérance », *DS*, 1956, chron., p. 14.

<sup>7</sup> A la différence du droit français, la location gérance ne porte pas sur un fonds artisanal.

<sup>8</sup> Voir les articles 138 à 146 du chapitre 2, titre II de l'AUDCG révisé.

<sup>9</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017-2018, p. 41.

<sup>10</sup> Voir. article 138 alinéa 4 de l'AUDCG

<sup>11</sup> P.-S. AKUETE et Y.-J. TOE, *Droit commercial général*, coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2003, p.217.

<sup>12</sup> M. MENJUCQ, *Droit commercial et des affaires*, 14<sup>ème</sup> éd., Gualino, 2021.



difficultés. Les stipulations et le contenu de ce contrat relève de la volonté des parties ; notamment : le bailleur ou loueur du fonds et le preneur à bail ou locataire-gérant. Mais, la récurrence d'abus qui rejaillissent de la pratique de l'autonomie de volonté en matière contractuelle favorise de plus en plus la tendance à la « moralisation » ou à l'« humanisation » du rapport contractuel. Cela étant, la protection et la défense du cocontractant le plus faible se trouvent désormais érigées en leitmotiv de l'interventionnisme étatique en matière contractuelle, qui plus est, s'agissant particulièrement de la gérance libre de fonds ou location-gérance. Aussi, peut-on appréhender le sens et l'intérêt d'une réflexion sur la protection du locataire-gérant en droit OHADA.

Le locataire-gérant ou gérant libre est la personne qui, par opposition au bailleur dans la conclusion d'un contrat de location gérance, prend à bail<sup>13</sup>. Envisagé par la doctrine comme étant le preneur et donc, « celui qui obtient le droit d'utiliser la chose louée contre le versement d'une somme d'argent appelé loyer »<sup>14</sup>, c'est en réalité, toute personne physique ou morale qui obtient le droit d'exploiter le fonds qui lui est concédé, à ses risques et périls, contre le versement d'une redevance. On le distingue nettement du gérant-salarié<sup>15</sup> ; de même qu'il importe de bien distinguer sa situation de celle du gérant mandataire en droit français<sup>16</sup>. Pendant que le gérant libre en sa qualité de commerçant, exploite le fonds qui lui est concédé en bon père de famille, sans interruption, tout en veillant au bon usage des locaux et du matériel dont il dispose ; le gérant salarié lui, gère au nom et pour le compte du propriétaire ledit fonds, ceci moyennant une rémunération<sup>17</sup>.

Quant au vocable *protection*, du latin *protectio*, il renvoie littéralement, à l'ensemble des mesures destinées à protéger certaines personnes<sup>18</sup>. Selon Gérard Cornu, la *protection* se dit d'« une précaution qui, répondant au besoin de celui ou de celle qu'elle couvre et répondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité et son intégrité... par des moyens juridiques ou matériels. Elle désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi »<sup>19</sup>. Vu sous un prisme juridique, elle s'entend comme un ensemble de moyens de droit permettant la reconnaissance, la défense ou la sauvegarde de droits individuels et collectifs<sup>20</sup>. Ramener à la présente réflexion, il suggère que le locataire-gérant ou gérant libre doit jouir d'une protection positive, c'est à dire celle qui lui est due.

Depuis l'avènement de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), l'acte uniforme relatif au droit commercial général a été adopté à Lomé au Togo le 17 avril 1997 et entré en vigueur le 01 janvier 1998.

<sup>13</sup> Dictionnaire de français compact, p. 1100.

<sup>14</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017-2018, p. 1261.

<sup>15</sup> Le gérant salarié est lié au propriétaire du fonds par un contrat de travail. Ceci implique une double subordination entre ces deux personnes : une subordination économique en ce sens qu'en contrepartie de ses prestations, le gérant a droit à une rémunération et une subordination juridique dans la mesure où le gérant agit conformément aux instructions reçues du propriétaire du fonds. A. FOKO, « Fonds de commerce », In P-G POUGOUE (Dir.), *Encyclopédie du Droit OHADA*, 1<sup>er</sup> éd., Lamy, 2011, p. 821.

<sup>16</sup> Le gérant mandataire connu en droit français gère un fonds de commerce moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires. Dans cette configuration à la française, le mandant

Il met en œuvre la protection des personnes à savoir le commerçant, mais, aussi les parties liées par des contrats commerciaux tel le contrat de location gérance, parmi lesquelles le preneur et le bailleur. Toutefois, au regard des circonstances et des réalités y relatives, nous avons assisté à une réforme ayant permis l'avènement d'un nouvel acte uniforme depuis la date du 15 décembre 2010. Ceci nous amène à dire que ce qui était le cas avant ne l'est plus forcément aujourd'hui. Dès lors, dans le cadre de notre travail, il s'agira au regard d'un certain nombre de paramètres, de procéder à une caractérisation de la protection accordée au gérant libre en droit OHADA. D'où la nécessité à ce stade de mettre un accent sur l'état de la protection dont bénéficie ce dernier tout en scrutant, le cas échéant, les possibilités d'un renforcement. Dès lors, il s'avère opportun de répondre à la question de savoir : quelle protection du gérant libre d'un fonds de commerce en droit OHADA ?

La question au cœur de cette réflexion est d'autant plus intéressante que la location-gérance apparaît dorénavant comme une technique douce de transmission de l'entreprise commerciale. Il en va ainsi dès lors qu'il s'agit d'une formule, au final, très utile aussi bien pour le propriétaire qui se trouve dans l'incapacité de gérer son fonds de commerce, que pour le gérant libre qui n'est pas obligé de mobiliser d'importants capitaux pour acquérir et exploiter un fonds. De plus, la présente étude en réalisant une analyse minutieuse des dispositions du droit OHADA afférents à la location-gérance et spécifiquement, à la sauvegarde des intérêts du gérant libre, pourrait servir d'éclairage aux praticiens du droit ainsi qu'aux opérateurs économiques qui songeraient à être partie à un contrat de location-gérance. Dans le même sens, elle pourrait inspirer le législateur OHADA qui envisagerait un renforcement de la protection dont il s'agit. Et pour y répondre, une analyse des ressources législatives et doctrinales ; de même que l'observation de la pratique en matière de contrat de location-gérance permettent de constater avec force que la caractérisation de la protection du gérant libre d'un fonds de commerce au regard du droit OHADA s'avère quelque peu ambivalente. En effet, de ce qui ressort à l'analyse, la protection du gérant libre en droit OHADA bien qu'indéniable (I) n'en demeure pas moins discutable dans certains cas (II).

## I. Une protection indéniable du locataire-gérant en droit OHADA

L'idée de sauvegarde des intérêts du gérant libre n'est pas absente dans l'esprit du législateur OHADA. On aurait pu

demeure propriétaire du fonds et assume seul les risques. Voir à cet effet, B. SAINTOURENS, à propos de la loi n°2005-882 du 02 août 2005 en faveur des PME, RTD com. 2005, p. 504.

<sup>17</sup> Il est un salarié qui bénéficie de la législation sociale soumise à la loi n°92/007 du 14 Août 1992 portant code de travail du Cameroun.

<sup>18</sup> Dictionnaire de français compact, Larousse, Paris, 2005, p. 1123.

<sup>19</sup> G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12<sup>ème</sup> éd., PUF, 2018. Voir dans le même sens, R.E. OKOMEN TSAGUE, « La protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel dans l'espace juridique OHADA », *Revue de Doctrine Juridique Africaine*, n°1, Mars 2021.

<sup>20</sup> N. EKWELLE EKANE, La protection des actionnaires dans l'espace OHADA, mémoire de D.E.A, université de Dschang, 2008, p. 6.

préjuger du contraire en se fondant sur la quantité infime de développement que ce dernier accorde à la question de la location-gérance dans l'AUDCG<sup>21</sup>.

Quoi qu'il en soit, on peut remarquer sans efforts qu'il existe bel et bien un imposant dispositif de protection du locataire-gérant dans ses rapports avec le propriétaire du fonds de commerce et les tiers. Qu'il soit consacré par le droit commun, le droit OHADA ou la pratique commerciale, force est de constater qu'il est constitué de moyens de protection du gérant libre aussi bien à la formation (A) qu'à l'exécution du contrat de location-gérance (B).

### A. Les moyens de protection du gérant inhérents à la formation du contrat de location-gérance

Il convient d'emblée, d'appréhender le vocable formation du latin juridique *formatio* synonyme de *conclusion* dans le cadre de l'activité contractuelle, comme désignant aussi bien la phase d'élaboration du contrat que l'aboutissement de celle-ci marquée par la réunion de toutes les conditions nécessaires à la perfection de l'accord et à la naissance de l'obligation<sup>22</sup>. Au stade de la formation du contrat de location-gérance, bien des mécanismes tirés des conditions de formation du contrat de l'article 1101 du Code civil et de celles spécifiques au contrat de location-gérance<sup>23</sup> sont perceptibles. Ainsi constate-t-on que pendant la formation du contrat de location-gérance, la protection du gérant tient, au fond, sur l'impératif de gestion préalable et à titre personnel du fonds par le loueur (1), et sur la forme, sur l'observance du formalisme relatif à la location-gérance (2).

#### 1. L'impératif de gestion préalable et à titre personnel du fonds loué par le propriétaire

Il s'agit ici de relever les moyens de préservation des intérêts du gérant libre tenant aux conditions de fonds de la location-gérance. Ce sont d'une part, l'existence du fonds et la qualité de propriétaire du loueur de fonds ; et d'autre part, l'antériorité de la gestion à titre personnel du fonds par le loueur.

##### a. L'existence du fonds et la qualité de propriétaire du loueur

La gérance libre ou location-gérance impose, dans l'optique de garantir la protection des droits du preneur, d'une part, que le loueur soit effectivement le propriétaire du fonds de commerce ; et d'autre part, que le fonds donné en location-gérance existe au moment de l'opération. Au-delà de la kyrielle de définitions érudites y afférentes, la location-gérance est le « *contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce, appelé bailleur ou loueur confie, en vertu d'un contrat de location, l'exploitation de son fonds à une personne appelée gérant qui exploite ce fonds en son nom, pour son compte et à ses risques et périls,*

*et qui paie au propriétaire un loyer ou redevance* »<sup>24</sup>. Il s'agit plus exactement, d'« *une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location à un gérant, personne physique ou morale, qui l'exploite à ses risques et périls* »<sup>25</sup>. On peut au sortir de cette parenthèse définitionnelle, constater toute la nécessité de garantir au gérant au moment de la formation du contrat de location-gérance que le « bailleur », indique l'AUDCG, est le propriétaire, au sens des dispositions du code civil relatives à la propriété<sup>26</sup>, du fonds de commerce mis en location. En effet, la conclusion du contrat de location-gérance avec une personne autre que le propriétaire ou son mandataire ne saurait efficacement se réaliser. D'ailleurs, un bailleur ne peut céder ou concéder que des droits dont il est titulaire.

Si l'AUDCG semble clair sur la qualité de commerçant du gérant, il n'en est pas de même du bailleur. D'ailleurs, hormis l'allusion dans ce sens faite à l'article 139 al.4 AUDCG, on subodore la qualité de commerçant chez le loueur à travers l'exigence d'exploitation préalable et à titre personnel du fonds mis en location contenue dans l'article 141 AUDCG. D'ailleurs, il en découle de suite l'interdiction aux personnes objets d'interdictions ou de déchéances de l'exercice de la profession commerciale de consentir à une location-gérance.

En principe, l'objet doit exister au moment de la formation du contrat, et cet objet doit être conforme à la loi. Autrement dit, il faut que le fonds existe réellement au moment de la conclusion du contrat. D'ailleurs, il semble assez dans l'esprit des juges africains qu'en l'absence de fonds, le contrat intervenu entre les parties ne saurait recouvrir la qualification de contrat de location-gérance<sup>27</sup>. Et à l'instar de tous autres contrats, il ne suffit pas que l'objet existe, il faut aussi que cet objet soit déterminé ou déterminable. Il n'y a pas de contrat si l'on ne sait pas à quoi l'on s'engage. De plus, il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. C'est pourquoi, le fonds de commerce doit être individualisé. Pour protéger le gérant, le juge a décidé que la location-gérance suppose que le loueur procure au locataire-gérant la jouissance d'un fonds de commerce, lequel peut comprendre le droit au bail du local d'exploitation<sup>28</sup>. L'existence d'un fonds de commerce ne suffit pas pour la validité du contrat de location-gérance. Ce fonds doit posséder la clientèle, un des éléments nécessaires au fonds de commerce. On comprend donc que le législateur OHADA ait pris la peine de distinguer entre charges locatives dues pour le fonds lui-même et pour les locaux occupés. Dans ce sens, il est clair que le « *locataire-gérant doit payer au bailleur du fonds un loyer correspondant à la redevance due pour la jouissance des locaux, et bien sûr, un autre loyer pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce tels que décrits dans le contrat de location-gérance* »<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> Des articles 138 à 146 AUDCG ; alors qu'il aurait en apporter bien des précisions.

<sup>22</sup> G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 475.

<sup>23</sup> Voir les articles 138 à 146 AUDCG.

<sup>24</sup> Voir *Lexique des termes juridiques*.

<sup>25</sup> Art. 138 al. 4 AUDCG.

<sup>26</sup> Art. 544 du Code civil.

<sup>27</sup> CA Ouagadougou, arrêt n°034 du 19 mars 2010 : *Obadata* J-12-185.

<sup>28</sup> Com. 30 juin 1970 : *Bull. civ.*, IV, n°227.

<sup>29</sup> Art. 138 al. 4 AUDCG. C'est une distinction qui aurait pour mérite d'introduire de la souplesse dans l'opération de location-gérance ; de même qu'elle permet d'éviter les confusions entre la location-gérance dont l'objet est le fonds et la sous-location dont l'objet est le local commercial (Cf. commentaires de l'art. 138 AUDCG, In *OHADA : Traité et actes uniformes commentés*, 4<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2012, J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE et F-M. SAWADOGO (Sous la coordination), p. 313.

De plus, la location-gérance qui porte sur le fonds de commerce auquel est attachée une clientèle, impose l'existence de la clientèle, élément essentiel et incompressible du fonds de commerce. Pour protéger le locataire-gérant, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a décidé qu'en l'absence de clientèle, il ne saurait y avoir de location-gérance<sup>30</sup>. La simple location d'un fonds aménagé, par exemple d'une salle de spectacle, sans clientèle, c'est un bail d'immeuble et non une location-gérance de fonds de commerce<sup>31</sup>. La jurisprudence s'est encore prononcée en faveur de la location-gérance pour un fonds de commerce donné en location-gérance et non exploité. Il faut que tous les éléments du fonds de commerce existent déjà, y compris les éléments incorporels, telle la clientèle qui est réelle et certaine<sup>32</sup>.

#### b. Le caractère préalable de la gestion à titre personnel du fonds par le loueur

Le loueur, personne physique ou morale, est tenu d'avoir exploité pendant deux ans au moins le fonds mis en gérance. C'est ce qui ressort en substance des dispositions de l'acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général<sup>33</sup>. Il est clair qu'en imposant cette période d'exploitation à titre personnel du fonds objet de location-gérance, le législateur OHADA, à l'exception des cas limitativement énumérés à l'article 143 AUDCG, n'en envisage pas la suppression. Il résulte de tout ceci que l'acquéreur du fonds de commerce déjà mis en location-gérance par le précédent propriétaire ne peut pas prétendre au maintien de cette location dès lors qu'il a fait l'acquisition du fonds en vue de le donner lui-même en location-gérance<sup>34</sup> et que le locataire-gérant, qui donne à son tour le fonds qu'il exploite en location-gérance, doit remplir en sa personne la condition d'exploitation pendant deux ans. Néanmoins, le fait de donner un fonds de commerce en location-gérance ne confère pas au loueur la qualité de commerçant, le contrat est commercial si le loueur exploitait le fonds avant de le donner en location<sup>35</sup>. Selon ce texte, d'abord le bailleur doit avoir été commerçant pendant deux années ou avoir exercé pendant une durée équivalente des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société.

Quoi qu'il en soit, le principe de l'exploitation préalable à titre personnel du fonds par le loueur est appuyé par une sanction en cas de défaut. Comme condition, à ce point spécifique de formation du contrat de location-gérance, le défaut d'exploitation préalable et à titre personnel du fonds loué constitue une cause de nullité du contrat. Dans le

silence préjudiciable de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, cette condition connaît une sanction analogue aux conditions de formation des actes juridiques en général. Cela étant, la location-gérance consentie par le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds qui n'a pas exploité le fonds pendant deux ans est nulle. Et toute personne pourrait en demander la nullité, même en référé, dans la mesure où il s'agit d'une disposition d'ordre public. La nullité du contrat de location-gérance entraîne la déchéance du droit au renouvellement du bail à usage professionnel, ce qui est une sanction d'une extrême gravité pour le propriétaire du fonds. Cette sanction est automatique sous le ciel français. Lorsque la nullité du contrat de location est invoquée, le propriétaire du fonds ne peut réclamer des loyers au loueur, en revanche, il pourra lui réclamer des indemnités d'occupation, en raison de l'occupation du fonds qui constitue un avantage à son détriment puisqu'il a été privé de la jouissance dudit fonds.

#### 2. L'observance du formalisme relatif au contrat de location-gérance

S'agissant de l'observance du formalisme relatif à la location-gérance, l'occasion est donnée de mettre en exergue dans le cadre de la protection du gérant libre, aussi bien l'exigence tacite d'un écrit préfigurée que l'exigence expresse de publication de la location-gérance.

##### a. L'exigence tacite d'un écrit formalisant l'engagement

La notion d'écrit ne peut bien être comprise qu'à travers une lecture des dispositions du code civil relatives à la preuve littérale. En effet dans ce sens, « la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission »<sup>36</sup>. Ce texte largement rajeuni, propose une définition de la preuve littérale dont les termes sont si vastes qu'elle permet une extension considérable du nombre de documents susceptibles de constituer une preuve par écrit. En effet, toute forme de signe est admissible dès lors qu'au moment de produire l'*instrumentum*<sup>37</sup> comme preuve, le texte est compréhensible par tous. C'est une orientation qui est largement partagée par le législateur OHADA de 2010 lorsqu'il pose à travers les règles d'*équivalence fonctionnelle*<sup>38</sup> et de *neutralité technologique*<sup>39</sup>, la validité des documents conservés et transmis par voie électronique. Ainsi comprend-t-on aisément que tout signe intelligible et quel

question souvent analysée comme la clé pour opérer le passage harmonieux du « papier » au technologique. En effet, sur la base de l'équivalence fonctionnelle qui est reprise à plusieurs occasions dans la Loi, il semble possible d'opérer ce passage entre les deux supports. Ainsi, un document, quel que soit son support, sera considéré comme étant un écrit dès lors qu'il remplit les fonctions de ce dernier. Sans développer davantage cette expression qui dispose d'une page dédiée, nous nous limiterons à affirmer que cette notion peut être utilisée par les juges pour interpréter les cas pratiques de courriels, de vidéos, d'enregistrements sonores, de retranscriptions dans des banques de données, etc., qui sont présentés devant eux. Une méthode d'interprétation qui est somme toute similaire à la bonne vieille approche téléologique. La notion d'équivalence fonctionnelle vient de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial.

<sup>39</sup> V. GAUTRAIS, *La Neutralité Technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Editions Thémis, Montréal, 2012.

<sup>30</sup> Cass. com. 29 mai 1953, D. 1953. 9 599.

<sup>31</sup> M. MENJUCQ, *Droit commercial et des affaires*, 14<sup>ème</sup> éd., Gualino, p. 111.

<sup>32</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> févr. 1984, D. 1984. I. R. 229.

<sup>33</sup> Art. 141 al. 1 AUDCG : « La personne physique ou morale qui concède une location-gérance doit avoir exploité, pendant deux ans au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance ».

<sup>34</sup> Cass. com. 25 juin. 1974 : *Bull. civ.* IV p. 165

<sup>35</sup> Voir. J. DRAY, « Le contrat de location-gérance », *Legavox*, 2021. Disponible sur : [www.legavox.fr](http://www.legavox.fr)

<sup>36</sup> Art. 1316 C Civ. Voir dans ce sens, L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAIDARA, *Droit des activités numériques*, 1<sup>er</sup> éd., Dalloz, 2014, n°19.

<sup>37</sup> Référence faite au support de l'écrit, et par opposition dans le cadre de l'élaboration d'actes juridiques au *negotium* ; bien entendu, contenu matériel ou informatif du document de preuve.

<sup>38</sup> Face à la difficulté de le définir, une autre question se pose : à quoi sert un écrit ? Il apparaît en effet important de tenter de répondre à cette



qu'en soit le support de conservation et de transmission, constitue un écrit<sup>40</sup>.

L'intérêt de l'écrit dans le cadre de la location-gérance repose sur le fait qu'au-delà de son emploi *ad validitatem*<sup>41</sup> dans certaines conventions ou accords, l'écrit ici est utilisé *ad probationem* ; c'est-à-dire, comme un moyen de preuve de la location-gérance. On évoque l'écrit comme un procédé de preuve parfait des actes juridiques<sup>42</sup>. D'ailleurs, l'article 1341 du Code civil affirme l'admissibilité de l'écrit comme moyen de preuve d'actes juridiques au détriment du témoignage. A cet effet, l'écrit qu'il soit authentique ou établi sous seing privé devra porter la signature de la personne dont on souhaite établir la manifestation de volonté à l'acte. Il doit, dans ce sens, avoir été dressé en vue de constater la manifestation de volonté des parties au contrat ou à l'acte juridique dont s'agit. L'AUDCG reprend à son compte l'exception relative aux opérations entre commerçants en posant que « *les actes de commerce se prouvent par tous les moyens (...)* »<sup>43</sup>. Et d'ailleurs, s'agissant de la location-gérance, on remarque tout de suite que l'exigence d'écrit n'est formulée que de façon implicite à travers l'exigence claire de publication du contrat de location-gérance.

#### b. L'exigence expresse de publication du contrat de location-gérance

L'acte uniforme portant droit commercial général impose dans ses dispositions la publicité du contrat de location-gérance. On peut d'ailleurs y lire que « *tout contrat de location-gérance doit (...) être publié, par la partie la plus diligente et aux frais du locataire-gérant, dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait dans un journal habilité à publier les annonces légales et paraissant au lieu où le fonds de commerce est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier* »<sup>44</sup>. En clair, le contrat doit être publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, dans les 15 jours de sa conclusion puis inscrit au RCCM<sup>45</sup>. Le propriétaire du fonds et le locataire, de manière concomitante, sollicitent leur propre immatriculation ou modification de leur inscription antérieure. La fin de la location-gérance donne lieu aux mêmes mesures de publicité.

Lorsque le contrat de location-gérance est renouvelé par tacite reconduction, il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle publicité du contrat, dès lors que la nature de l'exploitation et l'identité de l'exploitant restent inchangées par rapport à la publication initiale<sup>46</sup>. L'acte uniforme portant droit commercial général impose que le locataire-gérant doit indiquer sous peine de sanctions pénales, en tête des bons de commande, factures et autres documents à caractère financier ou commercial de sa qualité de locataire-gérant du fonds de commerce ainsi que son numéro

d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier<sup>47</sup>. Le défaut de publicité n'entraîne pas la nullité de la location-gérance. Toutefois, les conditions de publicité sont sanctionnées par une inopposabilité de la location-gérance aux tiers. Dans ce cas, pour protéger les créanciers du locataire-gérant, le propriétaire reste responsable des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds. Pour cette raison le propriétaire a intérêt à faire publier le contrat afin d'être déchargé de ces dettes. Quant au locataire-gérant, la publicité est organisée de telle manière que les tiers sachent bien que le fonds n'est pas sa propriété. Parallèlement au formalisme imposant un écrit dans le cadre de la constitution d'actes juridiques, il faut mentionner la multiplication des formalités obligatoires de publicité pour certains d'entre eux<sup>48</sup>, comme c'est le cas pour le contrat de location-gérance. Cette exigence de forme est sanctionnée par des dommages-intérêts au profit de ceux qui en auraient souffert. Par ailleurs, l'inobservation de l'exigence de publicité de location-gérance est sanctionnée à titre principal par son inopposabilité. Une sanction des plus efficace qui, sans entamer la valeur de l'acte juridique entre le bailleur et le locataire-gérant, le rend inopposable aux tiers. Il est clair en droit OHADA que la publication du contrat de location-gérance est l'objet de mesures de publicité tant au début qu'à la fin de la location-gérance. Le non-respect de cette exigence, sans entraîner la nullité de la location-gérance<sup>49</sup>, la rend inopposable aux créanciers du fonds. Et dans ce sens, maintient une solidarité à l'origine temporaire entre le preneur et le loueur du fonds. C'est ce qui ressort clairement des dispositions de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général qui dispose que : « *jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le propriétaire du fonds est solidairement responsable des dettes du locataire-gérant nées de l'exploitation du fonds donné en location-gérance* »<sup>50</sup>.

Une autre implication de cette double mesure de publication<sup>51</sup> doublée du maintien de l'inscription au RCCM du loueur, quoique modifiée<sup>52</sup>, montre à bien des égards une certaine survivance dans l'esprit du législateur OHADA de l'idée de dépendance du locataire-gérant du fonds. Ce dernier n'étant finalement que preneur d'un fonds de commerce dont il n'est pas propriétaire et les tiers devant en être informés<sup>53</sup>.

#### B. Les moyens de protection afférents à l'exécution du contrat de location-gérance

Une bonne pléiade de mécanismes est dédiée pour la protection du locataire-gérant dans le cadre de l'exécution du contrat de location-gérance. Mais avant de s'y pencher véritablement, il convient de préciser le contenu du vocable exécution. Du latin juridique *executio*, du verbe *exsequi*, l'exécution peut être généralement comprise comme la

<sup>40</sup> L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAIDARA, *Droit des activités numériques*, 1<sup>er</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 20 et s.

<sup>41</sup> Il s'agit des cas où l'écrit serait envisagé comme un élément de validité d'un acte juridique. Voir dans ce sens, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, 11<sup>ème</sup> éd., Monchrestien, 1996, Tome 1, Vol. 1, Leçon de droit civil, p. 382.

<sup>42</sup> H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 395, pp. 538 et s.

<sup>43</sup> Art. 5 al. 1 AUDCG.

<sup>44</sup> Art. 139 al.3 AUDCG.

<sup>45</sup> Art.107 Acte Uniforme portant droit commercial général.

<sup>46</sup> Cass. com. 7 juil. 1996, JCP. 1996. 2. 14842.

<sup>47</sup> Art. 140 AUDCG.

<sup>48</sup> H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 267, p. 382.

<sup>49</sup> Cette réflexion est portée par la doctrine (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n°267, p. 382) et soutenue par la jurisprudence africaine (CA Abidjan, n° 263 du 25 février 2005).

<sup>50</sup> Art. 145 AUDCG.

<sup>51</sup> Publication au RCCM et au journal habilité à publier les annonces légales (Art. 139 al. 3 AUDCG).

<sup>52</sup> Art. 139 al. 4 AUDCG.

<sup>53</sup> Voir commentaires de l'article 140 AUDCG, In *OHADA : Traité et actes uniformes commentés*, 4e éd., Juriscope, 2012, J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE et F-M. SAWADOGO (Sous la coordination), p. 314.

« réalisation effective des dispositions d'une convention ou d'un jugement »<sup>54</sup>. C'est plus précisément « l'accomplissement par le débiteur de la prestation due »<sup>55</sup> ; ou en clair, le « fait de remplir son obligation »<sup>56</sup>. Ce terme s'apparente à ceux de paiement, observation ou désintéressement ; impliquant une satisfaction du créancier et une libération du débiteur. Ainsi dans la phase d'exécution du contrat de location-gérance, il y a lieu de remarquer, au-delà des garanties mises à la charge du loueur de fonds en vertu du contrat (1), il importe de relever la possibilité d'appel en responsabilité de ce dernier dans des cas bien précis (2).

### 1. Les garanties à la charge du loueur de fonds en vertu du contrat de location-gérance

Entre garantie de jouissance paisible, garantie de l'éviction et garantie des vices cachés du fonds loué, les obligations incombant au loueur de fonds en vertu du contrat de location-gérance sont d'un apport certain dans la protection du gérant libre.

#### a. La garantie de jouissance paisible du fonds loué

La garantie de jouissance paisible du fonds loué et des locaux y afférents qui pèse sur le bailleur-propriétaire du fonds de commerce mis en gérance libre se décompose en obligation de mise à disposition du fonds, d'une part ; et en obligation d'assurer au preneur la jouissance paisible, d'autre part.

Désignée par ailleurs sous les vocables obligation de délivrance du fonds loué, l'obligation de mise à disposition du fonds loué est l'une des obligations majeures dont est tenu le bailleur du fonds. En quoi consiste la mise à disposition du fonds loué ? En effet, il découle de cette obligation du loueur qu'il est tenu de délivrer au locataire-gérant le fonds de commerce avec tous les éléments qui le composent, et ce, en bonne état de toutes réparations. Sauf stipulations contraire contenues dans le contrat de location-gérance, la délivrance du fonds de commerce est présumée porter sur tous les éléments existants nécessaires à sa bonne exploitation. Il s'agit de la clientèle ; l'enseigne et le nom commercial ; le droit au bail ; les brevets, marques et dessins le cas échéant ; les éventuelles licences nécessaires à l'exploitation ; le mobilier ; le stock ; le matériel ; etc. La jurisprudence d'outre méditerranée rappelle fréquemment que l'obligation pour le propriétaire du fonds de le mettre à la disposition du gérant doit répondre en tout temps aux normes de sécurité fixées par les lois pour en permettre une exploitation régulière. Dans ce sens, la clause de prise de possession des lieux en l'état n'exonère pas le loueur de son obligation de délivrer le fonds en l'état de servir à l'usage convenu.

Par ailleurs, la clause par laquelle le gérant reconnaît prendre les lieux dans l'état où ils se trouvent et s'interdit même tout recours à l'encontre du bailleur est parfaitement valable en ce qui concerne la prise de possession et la délivrance. Il en va de même de la clause par laquelle ce dernier déclare prendre possession des lieux en l'état, sans pouvoir par la

suite exiger du bailleur une quelconque réparation autre que celles qui sont véritablement nécessaire pour assurer une bonne exploitation qui décharge le bailleur des travaux d'aménagement imposés par la réglementation en vigueur lors de la prise de possession des lieux. Au-delà, lorsque le bailleur ne remplit pas son obligation de délivrance ou même laisse planer une non-conformité de sa délivrance, le gérant peut saisir le juge à l'effet d'exiger la mise à disposition conforme du fonds de commerce loué. Il peut par ailleurs, à son choix demander tout simplement la résiliation du contrat de location-gérance. Dans tous les cas, le locataire-gérant qui n'a pas reçu délivrance conforme du fonds loué doit être indemnisé par le bailleur de qui provient ce défaut. Le bailleur doit assurer au gérant libre une jouissance paisible du fonds de commerce loué, pendant toute la durée du contrat. Ainsi, ce dernier doit s'abstenir de faire concurrence au gérant, soit directement, soit indirectement, par personne interposée<sup>57</sup>. D'ailleurs, il est d'usage d'insérer dans le contrat de location-gérance, une clause de non-rétablissement qui doit être limitée soit dans le temps, soit dans l'espace. Enfin, le bailleur ne doit pas donner le fonds qui est en location à un autre gérant.

*In fine*, le bailleur ne doit pas modifier unilatéralement les conditions d'exploitations prévues au contrat initial. Dans ce sens, la chambre sociale de la Cour de cassation française a décidé qu'en imposant une ouverture permanente à son gérant de station-service, une société pétrolière est responsable de la rupture du contrat<sup>58</sup>.

#### b. La garantie de l'éviction et des vices cachés du fonds loué

Entre garantie contre l'éviction et des vices cachés, la protection du preneur dans la location-gérance semble bien adressée au stade de l'exécution du contrat. Le loueur doit garantir la jouissance paisible du bail à son locataire, à cet égard il doit avant tout garantir de son fait personnel : il doit s'abstenir de tout fait qui pourrait diminuer la valeur du fonds de commerce et entraver par conséquent l'exploitation du locataire-gérant. Il peut ainsi évincer le locataire de certains éléments du fonds exemple : l'enseigne ; ni de lui faire concurrence directement ou indirectement, soit par le fait de détourner la clientèle par des manœuvres frauduleuses soit de procéder à des agissements susceptibles de gêner le locataire gérant dans son exploitation. Il s'agit par analogie à la situation d'un acquéreur de fonds, de garantir le preneur ou locataire de l'éviction du fait personnel du loueur ou du fait des tiers. Ainsi, à l'instar de l'acquéreur de fonds<sup>59</sup>, le preneur est protégé par l'interdiction de tout acte qui serait susceptible de le gêner dans le cadre de la gérance du fonds loué. Et dans ce sens, les parties à la location-gérance pourront insérer au contrat de location-gérance les clauses de non-rétablissement, dont le but est d'empêcher le bailleur de faire concurrence au gérant ; en se réinstallant à proximité ou avant l'écoulement d'un certain laps de temps. On comprend tout de suite que cette obligation soit limitée dans le temps ou dans l'espace, rien n'interdisant une limitation cumulativement dans le temps et dans l'espace.

<sup>54</sup> G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 432.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibid*.

<sup>57</sup> F. LEMEUNIER, op.cit., p.179

<sup>58</sup> Cass. soc. 11 oct. 1978, JCP.1978, IV, 343

<sup>59</sup> Art. 155 AUDCG : « Le vendeur de fonds de commerce doit s'abstenir de tout comportement qui serait de nature à gêner l'acquéreur dans l'exploitation du fonds vendu ».

En revanche, il faut bien préciser que la clause de non-concurrence ou de non-rétablissement en faveur du locataire comme pour l'acquéreur d'un fonds<sup>60</sup>, ne doit valoir que pour le type d'activité exercée via le fonds, car, il faut seulement empêcher le bailleur de reprendre la clientèle qu'il cède en jouissance au gérant libre. De plus, les clauses dont il s'agit, doivent être suffisamment précises pour indiquer quand est ce que le loueur de fonds peut reprendre une activité similaire. S'agissant par ailleurs des cas d'éviction du fait des tiers, il est question de préserver le locataire-gérant des cas où des tiers disposeraient de droits sur le fonds ou simplement, le cas où des charges grèveraient le fonds loué. Et à cet effet, le bailleur est tenu de garantir au locataire-gérant une jouissance, pour le moins paisible du fonds loué comme il le ferait dans le cadre d'une cession en pleine propriété du fonds<sup>61</sup>.

Le bailleur aussi est tenu de garantir le locataire gérant contre les vices antérieurs ou postérieurs au contrat de gérance, affectant soit le fonds dans son ensemble, soit un élément du fonds individuellement considéré à condition qu'ils soient graves à tel point qu'ils empêchent ou entravent l'exploitation du fonds. Encore faut-il que le loueur n'en ait pas connaissance au moment de la conclusion du contrat<sup>62</sup>. Selon le degré de gravité du vice, le gérant a le droit, soit de demander la résiliation du contrat soit la diminution du prix de la location. Il est clair qu'à l'instar de tout vendeur de fonds, le loueur de fonds de commerce demeurant garant auprès du locataire-gérant de l'ensemble des vices cachés pouvant affecter le fonds mis en location. Et on subodore de cette garantie comme une sanction des défaillances du bailleur du fonds face à ses obligations<sup>63</sup>. Ainsi pense-t-on au cas où le locataire-gérant serait évincé partiellement, soit qu'il découvre des charges qui n'étaient pas déclarées dans le cadre de la formation du contrat de location-gérance, soit que le fonds est affecté de vices cachés. En l'occurrence, le bailleur du fonds peut s'abstenir de fournir certaines informations sur les caractéristiques du fonds<sup>64</sup> ou même la situation géographique du fonds<sup>65</sup> qui par la suite s'avère déterminantes. Dans ces cas de figure, la sanction serait la résiliation de la location-gérance ; à condition de démontrer en tout état de cause que la situation est de nature à affecter significativement sa jouissance du fonds loué et donc, qu'il n'aurait pas pu en connaissance d'une telle situation consentir au contrat.

Par ailleurs, le propriétaire du fonds de commerce qui est commerçant ou, du moins qui l'était, est tenu de faire

modifier à ses frais son inscription au RCCM par la mention de la mise en location-gérance de son fonds. On peut penser, et ce à juste titre<sup>66</sup>, que cette obligation du bailleur du fonds est enserrée dans le même délai que la publication du contrat de location-gérance<sup>67</sup>. En effet, semble-t-il, contrairement à l'idée en matière de cession de fonds de commerce, dans le cadre de la gérance libre, le gérant devient commerçant à la place du loueur de fonds qui lui cesse de faire de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession<sup>68</sup>. C'est dans ce sens que le législateur OHADA n'exige qu'une modification de son inscription et il est procédé à la modification inverse au terme contrat de location-gérance ; et cette fois, aux frais du gérant<sup>69</sup>. D'ailleurs, l'on envisage toujours la possibilité de demande de radiation au RCCM de l'enregistrement du bailleur dans le mois suivant sa cessation d'activité, à moins qu'il ne dispose d'un autre fonds de commerce<sup>70</sup>.

## 2. La possibilité d'appel en responsabilité du loueur de fonds

L'appel en responsabilité du loueur de fonds est envisageable en tout état de cause en vertu de l'obligation solidaire, suggérée à l'article 145 AUDCG et dont il est tenu s'agissant des dettes du locataire-gérant nées de l'exploitation du fonds donné en location ; de même qu'il opère à travers les éventuels cas de responsabilité personnelle de son fait personnel.

### a. La solidarité du loueur des charges et dettes de gérance du fonds

L'article 145 de l'acte uniforme portant droit commercial général pose la règle de la solidarité du propriétaire du fonds de commerce s'agissant des dettes du locataire-gérant issues de l'exploitation du fonds loué. Ainsi, peut-on y lire que « jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le propriétaire du fonds est solidairement responsable des dettes du locataire-gérant nées de l'exploitation du fonds donné en location-gérance »<sup>71</sup>. C'est dire combien le bailleur a intérêt à faire publier le contrat le plus vite possible afin d'être déchargé de ces dettes contractées par le gérant ; quand on sait qu'il transparait de ce texte un enserrement de cette solidarité dans la durée par le législateur. Mais aussi, convient-il de le préciser : le bailleur du fonds ne répond dans le cadre de cette solidarité l'ensemble des dettes du locataire-gérant ; toute chose imposant de procéder à un examen de la nature des dettes d'exploitation objet de cette solidarité.

<sup>60</sup> Selon la jurisprudence, l'obligation de non-concurrence en matière de cession de fonds peut être invoquée aussi bien par l'acquéreur que par le sous-acquéreur si le fonds est revendu avant l'expiration du délai convenu pour le non-rétablissement (Cf. Req., 18 mai 1868, 1, 366) ; et cela se justifie, selon le Professeur Justine DIFFO TCHUNKAM, par le concept *propter rem* ou obligation réelle, transmise avec l'objet (*res*) dont elle est l'accessoire (J. DIFFO TCHUNKAM... p.221).

<sup>61</sup> Art. 155 al.3 AUDCG : « Le vendeur doit assurer à l'acquéreur la possession paisible de la chose vendue, et en particulier le garantir contre les droits que d'autres personnes prétendraient faire valoir sur le fonds vendu ».

<sup>62</sup> Exemple : « location gérance d'un débit de boisson situé dans une zone prohibée dissimulation au gérant que l'auteur du bail s'était réservé le droit de se rétablir à proximité ».

<sup>63</sup> A côté de l'obligation générale d'information et de renseignement, on parle de la mise à la disposition du preneur du fonds loué et l'obligation d'en assurer une jouissance paisible.

<sup>64</sup> Absence de brevet sur les inventions, non enregistrement des marques intégrant le fonds et ou absence de clientèle réelle, faute d'exploitation préalable effective du fonds loué.

<sup>65</sup> Inadéquation de l'activité avec le lieu de localisation du fonds. Exemple : vente de viande de porc dans un quartier majoritairement musulman.

<sup>66</sup> C'est ce qui ressort de la lecture de l'article 139 de l'AUDCG.

<sup>67</sup> Art. 139 al.3 AUDCG : « tout contrat de location-gérance doit en outre être publié (...) dans la quinzaine de sa date (...) ».

<sup>68</sup> Référence faite à l'article 2 AUDCG proposant une nouvelle formulation de la définition de commerçant (Cf. commentaires de l'article 2 AUDCG, In OHADA : *Traité et actes uniformes commentés*, 4<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2012, J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE et F-M. SAWADOGO (Sous la coordination), p.244.

<sup>69</sup> Art. 139 al.5 AUDCG.

<sup>70</sup> Voir commentaires de l'art. 139 AUDCG, In OHADA : *Traité et actes uniformes commentés*, 4<sup>e</sup> éd., Juriscope, 2012, J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE et F-M. SAWADOGO (Sous la coordination), p.314.

<sup>71</sup> Art. 145 AUDCG.

La durée de la solidarité du propriétaire des dettes du locataire-gérant n'est pas clairement posée à l'article 145 de l'acte uniforme fixant l'exigence. D'ailleurs, on y observe simplement que jusqu'à la publication du contrat, le locataire et le bailleur sont solidairement responsables des dettes contractées par le locataire-gérant. Et donc, en claire, la solidarité dont s'agit dure tant que la mesure de publication prévue à l'article 139 al. 3 AUDCG n'est pas effectuée. Cette disposition prévoit que « *tout contrat de location-gérance doit en outre être publié dans la quinzaine de sa date sous forme d'extrait dans un journal habilité à recevoir les annonces légales* ». Autrement dit, pour le législateur OHADA, la solidarité dure 15 jours ; sauf bien sûr manque de diligence de la part des parties au contrat de location-gérance. Il semble évident à la lecture combinée des articles 139 al. 3 et 145 AUDCG que la période de solidarité commence à courir de la date de conclusion du contrat de location-gérance au jour de la publication conformément aux dispositions de l'article 139 al. 3 AUDCG y afférentes.

Ainsi, ne sont pas prises en compte les dettes contractées par le gérant avant qu'il n'acquière cette qualité<sup>72</sup>. Il convient d'indiquer aussi que les tribunaux font une interprétation restrictive favorable au bailleur, de la notion de « *dette du locataire, contractées* » à l'occasion de l'exploitation ; parce qu'il faut vérifier qu'il s'agit d'une dette commerciale. Dans ce sens les tribunaux ont décidé qu'il fallait examiner l'objet de la dette<sup>73</sup>. Aussi, faut-il exclure les dettes non contractuelles, c'est-à-dire délictuelles ou quasi-contractuelles<sup>74</sup>, pour retenir les dettes contractuelles. La jurisprudence a considéré qu'il fallait entendre par « *dettes contractuelles* », celles qui ont une origine contractuelle et non celles qui résultent de la loi comme les cotisations sociales<sup>75</sup>. Pour protéger le gérant, la Cour de cassation française a décidé que le bailleur ne peut écarter la responsabilité solidaire qui pèse sur lui qu'à condition d'établir que le fournisseur a commis une imprudence en laissant le gérant s'endetter à son égard de façon excessive<sup>76</sup>. A noter que la solidarité ne joue pas lorsque le contrat de location-gérance a été passé par un mandataire de justice chargé de l'administration du fonds<sup>77</sup>.

#### **b. Les cas de responsabilité personnelle du loueur de fonds**

La protection du locataire-gérant et ses créanciers, imposait d'engager la responsabilité du bailleur sur le fondement du droit commun. Dans le cadre du contrat de location-gérance, pour engager la responsabilité du bailleur, il faut d'abord établir sa faute, ensuite la corrélation entre cette faute et le non-paiement de la dette<sup>78</sup>. La responsabilité du bailleur présente bien des avantages pour les créanciers, puisqu'elle leur permet de s'affranchir des limites de la solidarité légale. Cette responsabilité peut porter sur tout type de dette et sur toute la durée du contrat<sup>79</sup>. Dans le cadre de cette responsabilité, le bailleur peut rester responsable après l'expiration du délai de six mois s'il a créé et entretenu une confusion entre son exploitation personnelle et l'exploitation du fonds donné en gérance libre. Cette

responsabilité peut résulter d'une faute volontaire ou d'une imprudence. La chambre commerciale de la Cour de cassation française a décidé que « *le bailleur pourrait être condamné in solidum avec le gérant s'il avait entretenu aux yeux des tiers une confusion entre sa propre affaire et le fonds exploité par le gérant* »<sup>80</sup>.

En plus de la responsabilité sur le fondement du droit commun, le bailleur du fonds encourt aussi une certaine responsabilité sur le plan fiscal. Le Code général des impôts consacre bien dans sa substance la responsabilité fiscale du bailleur d'un fonds ou tout simplement du bailleur. Ce texte oblige certaines personnes, en l'occurrence les bailleurs, à payer les impôts sur les bénéfices industrielles et commerciaux quel que soit leur objet. Ainsi définit-il les personnes qui sont soumises à ces impôts. Il s'agit des personnes et sociétés qui donnent en location un établissement commercial ou industriel muni du mobilier ou du matériel nécessaire à son exploitation que la location comprenne ou non tout ou partie des éléments incorporels du fonds de commerce ou d'industrie. Cela dit-il, le bailleur d'un fonds est tenu du paiement de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux pour les redevances qu'il perçoit<sup>81</sup>. Cette responsabilité s'étend à tous les impôts directs établis en raison de l'exploitation de ce fonds de commerce. Cette obligation fiscale couvre toute la durée de la location. Et il appartient aux tribunaux, en cas d'ambiguïté des conventions, de rechercher d'après l'intention des parties qui, du bailleur ou du gérant est tenu d'en supporter la charge<sup>82</sup>. C'est-à-dire qu'il n'existe pas de texte impératif imposant à l'une des parties la charge définitive de la TVA.

Au regard de ce qui précède, bien qu'indéniable compte tenu de la panoplie de moyens mobilisables pendant la formation et l'exécution du contrat de location-gérance, la protection du gérant libre en droit OHADA n'est pas moins discutable.

## **II. Une protection discutable du locataire-gérant en droit OHADA**

L'appréciation de la protection accordée au gérant libre en droit OHADA donne d'observer comme une protection, pour le moins, encore discutable. En effet, peut-on le constater, la défaillance de la protection du gérant libre en fin de contrat (A) ne cache que très mal l'absence de protection de ce dernier dans les cas de changement de propriétaire du fonds loué en cours de contrat (B).

### **A. La protection défaillante du locataire-gérant en fin de contrat**

La défaillance observable de la protection du gérant en fin de contrat est plus visible qu'elle repose sur le choix préjudiciable en faveur d'un droit à reconduction du contrat de location-gérance (1), suggérant d'explorer les pistes d'un renforcement souhaitable (2).

<sup>72</sup> Cass. com. 26 mai 1962, *BRDA*, 1962/12, p. 21.

<sup>73</sup> Cass. com. 26 mai 1992, *RJDA* /1992, n°675.

<sup>74</sup> J. NGUEBOU, *op.cit.*, p. 56.

<sup>75</sup> C.A Base-terre, 13 janvier 1997, *BRDA*, 1998/1, p. 10.

<sup>76</sup> Cass. com. 17 oct. 1995 : *Bull. civ.*, IV, n° 238.

<sup>77</sup> G. MUBERANKIKO, *La protection du preneur dans le contrat de location-gérance*, *op. cit.*

<sup>78</sup> M. MENJUCQ, *op.cit.*, p. 97.

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> Cass. com. 22 déc. 1980 : *Bull. civ.* IV, n° 439, P. 351.

<sup>81</sup> Voir Code général des impôts.

<sup>82</sup> Cass. 20 janv. 1979.

## 1. Le choix préjudiciable en faveur d'un droit à reconduction du contrat de location-gérance

La reconduction renvoie à une continuation matérielle du contrat dans le silence des parties et dans ce cas, l'effet extinctif du terme n'ayant pas été modifié par les parties, il y aura tout simplement poursuite des relations contractuelles régies par les conditions du contrat originaire.

Ainsi, la technique contractuelle économiquement performante qu'est la location-gérance de fonds de commerce s'est voulue épurée de tout ce qu'elle avait d'excessif dans son fonctionnement, notamment cette solidarité instituée entre le bailleur et le gérant. Le législateur, par certains faits, a de manière incontestable rétabli une forme de justice contractuelle dont le déséquilibre né d'une confusion de situations juridiques constatée dans des législations antérieures se voulaient n'être que dommageables. La fin du contrat de location-gérance met en évidence certains effets y rattachés qui s'apprécient soit par une préférence à la tacite reconduction, pouvant s'exprimer au détriment du droit au renouvellement.

L'arrivée du terme stipulé met fin au contrat de location-gérance à durée déterminée, sauf clause de reconduction tacite initialement prévue au contrat. La tacite reconduction s'opère pour une durée indéterminée, s'il n'est pas justifié que le bail a été conclu pour des périodes successives. Le contrat tacitement reconduit entraîne son renouvellement automatique à l'issue de son terme sans formalité particulière en l'absence de décision contraire des parties. Cette tacite reconduction pourrait être empêchée au cas où une demande de résiliation dans le délai de préavis a été faite. Cette reconduction ne peut être envisagée à l'instar du renouvellement dont elle constitue la variété, que pour un contrat à durée déterminée. La reconduction obéit à certaines conditions et produit certainement des effets. L'article 1215 du code civil prévoit que « *lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction* ». Ainsi, lorsque le bail d'une location arrive à son expiration sans que le propriétaire ait donné congé au locataire ou en cas de silence des deux parties, il se poursuit tacitement. Toutefois, la durée de reconduction est encadrée par la loi. Le droit OHADA précise que la durée d'un contrat reconduit ne peut excéder trois (03) ans<sup>83</sup>. Quoique cette durée soit une durée indéterminée, le contrat de bail tacitement reconduit obéit à la règle selon laquelle, le bailleur a le droit de délivrer congé au locataire à tout moment, sous réserve de respecter un préavis suffisant. Ce congé délivré par le bailleur peut être accompagné d'une offre de renouvellement du bail ; dans ce cas, il n'est pas nécessaire de proposer une indemnité d'éviction.

La reconduction produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat ; elle a de ce fait pour conséquence d'emporter création d'un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. Cette règle posée est toutefois

supplétive, de sorte que les parties peuvent y déroger. La tacite reconduction peut entraîner des effets indésirables pour les parties. Elle permet de continuer à bénéficier des avantages du statut du contrat en question. En effet, la prolongation ne crée pas de nouveau contrat entre les parties ; c'est le contrat initial qui a vocation à s'appliquer. Par conséquent, le bailleur et le preneur restent les mêmes. Il peut arriver que certains effets liés à la tacite reconduction constituent des risques pour le preneur. Il en va ainsi dès lors que le régime de la reconduction place le gérant dans une situation précaire et très incertaine dont l'aurait préservé le droit au renouvellement.

## 2. Les pistes souhaitables de renforcement de la protection du locataire-gérant en fin de contrat

C'est le lieu ici de relever que le renforcement de la protection attendue du gérant libre en fin de contrat passe par une évolution vers un véritable droit au renouvellement de la location-gérance ; et aussi, par les actions de sauvegarde des intérêts du gérant en fin de contrat contre les comportements frauduleux du loueur.

### a. L'évolution espérée vers un véritable droit au renouvellement au bénéfice du gérant en fin de contrat

L'analyse de l'Acte Uniforme OHADA nous démontre que le contrat de location gérance présente plusieurs lacunes ; pour cette raison, le recours aux solutions du législateur français visant à compléter nos données en la matière s'avère nécessaire. Notons en outre que le législateur communautaire, n'ayant pas apporté des éclaircissements sur les relations qui existent entre le locataire gérant et les tiers au contrat (à savoir le propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité et l'acquéreur du fonds), nous devons pour le moment faire appel au législateur et à la jurisprudence français qui nous démontrent que le locataire-gérant n'a pas de droits à l'égard de ces personnes ; de même que le renouvellement du bail est reconnu au seul bailleur du fonds. Il est également à noter la question de la redevance, élément indispensable au contrat de location-gérance qui a été omis par le législateur OHADA qui se veut être associée avec celle de l'exploitation personnelle du fonds de commerce, à la suite de quoi nous tableons sur les conditions d'amélioration du statut du locataire-gérant en s'inspirant du régime du bail professionnel. En considérant la définition de la location-gérance telle que donnée par l'article 138 al.2 AUDCG, on se rend rapidement compte, dans la suite<sup>84</sup>, que le législateur a été soucieux de fournir bien de précisions sur la redevance que doit généralement payer le locataire-gérant. Les loyers que doit payer le gérant en tant que redevance doivent être prévus au contrat car étant un élément indispensable à celui-ci<sup>85</sup>.

Les professeurs Santos et Toé ont pensé, conformément à la conception de la location-gérance que la première

<sup>83</sup> Article 123 AUDCG.

<sup>84</sup> C'est bien le cas à l'alinéa 3 de l'article 138 AUDCG : « *le locataire-gérant doit payer au bailleur du fonds un loyer correspondant à la redevance due pour la jouissance des locaux et un loyer pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce tels que décrits dans le contrat de location gérance. Ces deux éléments de loyer sont obligatoirement déterminés de façon séparée dans le*

*contrat de location-gérance, même si leurs échéances sont fixées aux mêmes dates. En accord avec le bailleur des locaux, le locataire-gérant peut être dispensé de lui assurer directement, à chaque échéance, le paiement du loyer dû à la rémunération de la jouissance des locaux* ».

<sup>85</sup> M. MENJUCQ, *Droit des Affaires*, 2<sup>ème</sup> éd., Gualino, 2002 P. 91.

obligation du locataire-gérant est de payer la redevance<sup>86</sup>. La location-gérance est un contrat qui contient en général une clause aux termes de laquelle « *la présente location-gérance est personnelle au locataire-gérant qui ne pourra en conséquence se substituer quiconque, sous quelque forme que ce soit dans l'exploitation du fonds* ». Le paiement de redevance et l'exploitation personnelle sont des obligations substantielles au contrat sans pour autant détenir l'exclusivité en matière de location-gérance.

#### **b. La nécessaire préservation des intérêts du locataire-gérant en fin de contrat contre les comportements frauduleux du loueur**

Une fois le fonds mis en location-gérance, le loueur ou bailleur va d'abord cesser d'être commerçant, mais va demeurer inscrit au RCCM avec sa nouvelle qualité de loueur. Il a les obligations du bailleur et doit mettre le fonds à la disposition du locataire et il doit s'abstenir d'apporter un trouble dans l'activité du locataire. En particulier il ne doit pas lui faire de concurrence déloyale. De ce fait, le loueur ne doit pas être de mauvaise foi. Il doit en outre au locataire une garantie contre un abus de son droit de propriété. L'article 1104 du code civil dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Ce principe qui était auparavant énoncé au 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 1134 du code civil, est tantôt entendu comme un *continuum* de la force obligatoire du contrat, tantôt comme un mécanisme d'équité pouvant venir au secours de la partie faible dans un contrat.

A la fin d'un contrat de location-gérance, compte tenu du silence de la part du législateur communautaire sur la question, le bailleur dans son droit de refus de renouvellement pourrait avoir à user de mauvaise foi à l'endroit du locataire. La pratique observée nous fait état d'un type de bailleur, qui, voyant l'activité du locataire-gérant prospérer, va faire usage de stratégie ou de ruse afin de faire pression sur le locataire ou alors de multiplier son loyer. Cette mauvaise foi a pour principal objectif d'évincer le locataire de son exploitation qu'il s'est donné la peine de fructifier, et du coup, va engager la perte de son fonds de commerce, et partant, son élément essentiel qui est la clientèle. Le bailleur ne doit pas donner le fonds qui est déjà en location à un autre gérant. Même si le fonds a été loué à deux personnes, celle qui a été mise en possession de bonne foi doit être préférée, et par la suite maintenue en jouissance, lorsque même son bail serait postérieur en date<sup>87</sup>.

Le bailleur du fonds doit s'abstenir de faire concurrence à son locataire-gérant, soit directement, soit indirectement (par personne interposée). Il sera alors d'usage d'insérer dans le contrat de location gérance une clause de non-rétablissement qui devra être limitée dans le temps et dans l'espace. Bref, le loueur ne doit pas modifier unilatéralement les conditions d'exploitation prévues au contrat initial. Dans ce sens, nous pouvons nous référer à la décision prise par la Cour de cassation française relative au fait que, l'imposition d'une ouverture permanente à son gérant de station-service a rendu une société pétrolière responsable de la rupture du contrat<sup>88</sup>. Comme cela est effectif dans le contrat de bail à

usage professionnel au profit du bailleur, elle pourrait se trouver insérée dans le contrat de location-gérance au profit du locataire. Sur ce, elle devrait revêtir une automaticité au profit du locataire. Lorsqu'elle est uniquement l'apanage du bailleur, si le juge ne vient pas à en constater la pertinence de l'infraction relevée, les conséquences se voudront assez graves pour le preneur qui sera expulsé et du coup perdra le fonds de commerce exploité dans les lieux loués. Faire échec à certains comportements déloyaux impose au juge de s'interroger sur les circonstances de la mise en œuvre de cette clause qui permettra de déceler une éventuelle attitude abusive du bailleur<sup>89</sup>. Le recours à une bonne foi contractuelle va donc se trouver être un outil véritable qui a vocation de faire échouer la clause résolutoire que le bailleur va utiliser à des fins détournées.

#### **B. L'absence de protection du locataire-gérant dans les cas de changement de propriétaire de fonds en cours de contrat**

C'est un fait patent à l'analyse des dispositions de l'AUDCG relative à la location-gérance du fonds de commerce que le législateur OHADA ne prête aucune attention aux hypothèses très probables de changement de propriétaire du fonds en cours de location-gérance. En effet, la survenance de telles situations peut s'avérer dévastatrice pour les intérêts du preneur et ainsi le fragiliser dans l'exercice de son activité. En l'état, il semble tout de même regrettable que le sort du preneur de fonds de commerce ne soit pas abordé par le législateur OHADA quand on sait que la réalisation des différentes hypothèses de changement de propriétaire du fonds de commerce mis en location-gérance pourrait porter un coup à la stabilité de son exploitation (1). Et face à cette carence il semble louable d'envisager des pistes d'encadrement des droits du locataire-gérant en diverses hypothèses de changement de propriétaire (2).

##### **1. Les cas possibles de changement de propriétaire**

Le changement de propriétaire du fonds en cours de location-gérance s'opère en cas de cession du fonds, d'une part ; et en cas de décès survenu du loueur de fonds, d'autre part.

##### **a. La cession du fonds en cours de contrat**

C'est clair que la propriété d'un fonds de commerce objet de location-gérance peut être transférée par suite de cession. Une opération juridique portant sur le droit de propriété dont la compréhension éclaire à suffisance sur le sort de la location-gérance en cours. Le terme cession tiré du verbe « *céder* » synonyme d'aliéner désigne l'opération juridique par laquelle la propriété d'un bien ou d'un ensemble de bien ou d'un droit, passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire ou bénéficiaire de la cession. D'ailleurs, la cession du fonds de commerce évoque assez clairement l'hypothèse de la cession d'un ensemble patrimonial comprenant à la fois des biens mobiliers<sup>90</sup> et des droits<sup>91</sup>. Il s'agit précisément de la cession entendue du latin *cessio* dérivé de *cedere* ; c'est-à-dire, aller, se retirer ou même, faire abandon

<sup>86</sup> P.-S. SANTOS et Y.-J. TOE, *Droit Commercial Général*, Coll. Droit Uniforme Africain, Bruylant, 2003 p. 217.

<sup>87</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 juin 1975 : *Bull. civ.* III. P. 166.

<sup>88</sup> Cass. Soc. 11 oct. 1978, *JCP.* 1978, IV, 343.

<sup>89</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 juin 2015, 412606.

<sup>90</sup> Parlant des marchandises et des équipements.

<sup>91</sup> Référence faite à l'enseigne et au nom commercial ; au droit au bail et à la clientèle.

de. C'est pour ainsi dire, la transmission entre vifs du cédant au cessionnaire d'un droit réel ou personnel<sup>92</sup>. Cela, que ce soit à titre onéreux ou gratuit<sup>93</sup>.

Pour Protéger le gérant en cas de cession du fonds loué, la question se pose de savoir si le contrat de location-gérance est opposable à l'acquéreur du fonds, étant donné que le propriétaire du fonds conserve le droit de le vendre et de le donner en nantissement<sup>94</sup>. Encore les créanciers du propriétaire peuvent saisir le fonds et le vendre en justice. Pour répondre à cette question, nous savons que l'article 1743 du Code civil qui permet au locataire d'un immeuble d'opposer le bail à l'acquéreur n'est pas opposable au contrat de location-gérance. L'acquéreur pourrait donc en théorie expulser le gérant<sup>95</sup>. Pourtant dans le but, même inavoué de préservation des droits du locataire-gérant, le législateur OHADA devrait consacrer soit, l'obligation de poursuivre jusqu'à terme le contrat de location-gérance ; soit, et pour convenir avec une certaine doctrine<sup>96</sup>, envisager les possibilités d'indemnisation du preneur dans ces cas de rupture incidente et surtout préjudiciable de rupture de la location-gérance.

Dans la pratique, mention est toujours faite dans les actes de vente de fonds de commerce de l'éventuelle existence d'une location-gérance. Dans ce cas l'acquéreur doit respecter ce contrat ou bien, l'acte de location-gérance pourra prévoir que la gérance prendra fin de manière anticipée en cas de vente du fonds. En clair, l'importance du maintien de la location-gérance doit pouvoir s'apprécier en faveur du gérant ; quand on sait le terme de la location-gérance marque le point de départ de l'exigibilité des obligations nées de l'exploitation ou gestion du fonds. Ce qui serait extrêmement périlleux pour ce dernier si d'aventure la fin de la location-gérance devait intervenir de façon incidente par la cession du fonds de commerce dont il s'est vu concéder la jouissance. Si au demeurant il semble incontestable que la cession d'un fonds objet de location-gérance entraîne la fin du contrat de location-gérance, qu'en sera-t-il en cas de décès du bailleur ou propriétaire du fonds de commerce loué ?

#### b. Le décès du propriétaire du fonds loué

L'une des conséquences du décès en droit est le transfert de la propriété aux survivants. C'est le sens de l'aphorisme juridique selon lequel le mort saisit les vivants. Et on aurait tout de suite envisagé comme une survivance des droits et obligations du *de cuius* dans la personne de son héritier. Les textes applicables aux baux d'immeubles sont exclus au contrat de location-gérance. Encore, le bail des locaux d'exploitation pouvait contenir une clause interdisant au locataire de faire occuper les lieux par des tiers ou obligeant le preneur à exploiter personnellement. Et dans les cas où il existe une telle clause, la location-gérance est interdite<sup>97</sup>. Mais le souci de protection du preneur en cas de redressement judiciaire, en revanche, rend ces clauses inopérantes en cas de décision du tribunal autorisant la

conclusion d'un contrat de location-gérance<sup>98</sup>. Le locataire-gérant n'a aucun lien de droit avec le propriétaire de l'immeuble. Il n'est pas considéré comme un sous-locataire des locaux commerciaux, il n'a alors aucun droit à l'égard du bailleur de ces locaux<sup>99</sup>. Dans le cadre de la protection du locataire-gérant, on peut examiner deux cas. D'abord, lorsque le bailleur du fonds est lui-même locataire des locaux où est exploité le fonds, le locataire-gérant est un tiers vis à vis du propriétaire de l'immeuble. Dans cette hypothèse – la plus fréquente –, le gérant est tenu de respecter les clauses du bail de l'immeuble<sup>100</sup>. Dans cette hypothèse la Cour de cassation française a décidé que le bailleur du fonds a seul la qualité pour demander le renouvellement du bail<sup>101</sup>. Cette position est à notre avis injuste parce qu'elle n'est pas favorable aux locataires-gérants. Plus tard, pour protéger le locataire-gérant, la Cour de cassation française a décidé qu'en cas de refus de renouvellement du bail par le propriétaire de l'immeuble et le maintien dans les lieux du locataire-gérant, l'indemnité d'occupation doit être payée par le bailleur<sup>102</sup>. Ensuite, il est à souhaiter que cette solution de la chambre civile de la Cour de cassation française soit généralisée dans les États de l'espace OHADA. Lorsque le bailleur du fonds est en même temps propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité, le gérant se trouve alors locataire de l'immeuble. Dans ce cas, le gérant a droit, lorsqu'il quitte les lieux, à une indemnité égale à la plus-value apportée au fonds de commerce ou à l'immeuble par les améliorations effectuées avec l'autorisation du propriétaire<sup>103</sup>. L'étude des obligations du gérant libre pendant l'exécution du contrat de location-gérance nous a permis de constater les différentes charges qui lui incombent pendant l'exécution et à la fin du contrat de location-gérance. Pour cela donc, le gérant libre ou preneur a besoin d'une protection accrue.

Qu'il s'agisse, en somme, de l'hypothèse de cession du fonds loué ou celle de décès du propriétaire en cours d'exécution de la location-gérance, et considérant les effets pervers probables sur l'exploitation du fonds par le gérant libre, il importe d'envisager assez sérieusement l'encadrement des droits de ce dernier dans les cas de changement de propriétaire en cours d'exécution du contrat.

## 2. Les voies explorables en cas de changement de propriétaire intervenu en cours de contrat

Pour faire face au risque d'instabilité qui plane sur l'activité du gérant libre du fait seul de la possibilité de changement de propriétaire en cours d'exécution du contrat de location-gérance, il importe de réagir pour susciter une reconsidération de la situation de tout gérant en cas de mutation du droit de propriété sur le fonds mis à sa disposition. Dans ce sens, envisageons-nous, au-delà de la poursuite automatique de la location-gérance avec le nouveau propriétaire du fonds, la consécration d'un véritable droit de préemption au profit du locataire-gérant

<sup>92</sup> G. CORNU, p. 161.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>94</sup> Sur le nantissement, Voir, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2024 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2023.

<sup>95</sup> E. DU PONTAVICE et P. DU PROCHET, *op.cit.*, p.887.

<sup>96</sup> G. MUBERANKIKO, *La protection du locataire-gérant en droit OHADA*, L'Harmattan, Coll. Études Africaines.

<sup>97</sup> Cass. com. mars 1979, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 307.

<sup>98</sup> Loi du 25 janvier 1985 art. 47 et 94, loi relative au redressement et à la liquidation des entreprises.

<sup>99</sup> J. NGUEBOU, *op.cit.*, p. 56

<sup>100</sup> F. LEMEUNIER, *op.cit.*, p. 185-186

<sup>101</sup> Cass. civ. 10 juin 1981, *Gaz. pal.*1981. 1. 9.

<sup>102</sup> Cass. civ. 21 janvier 1998, D. 1998. IR. 41.

<sup>103</sup> Art. 37 décret du 30 septembre 1953 sur la propriété commerciale.

en cas de cession envisagée du fonds objet du contrat de location-gérance.

#### a. La continuation de plein droit de la location-gérance avec le nouveau propriétaire

Il importe, dans l'optique de préservation des intérêts du locataire-gérant dans les cas de changement de propriétaire, d'envisager de façon automatique la poursuite du contrat de location-gérance avec le nouveau propriétaire. A cet effet, il sied d'évoluer vers la continuation de la location-gérance avec les héritiers du bailleur décédé ou la poursuite du contrat de location-gérance avec l'acquéreur du fonds de commerce. La survenance du décès du bailleur du fonds peut s'avérer dévastatrice pour l'activité du gérant. Qui plus est, face au silence jusqu'ici gardé par le législateur OHADA, qui, en envisageant les mécanismes de protection du preneur d'un fonds de commerce n'a pas cru bon ou tout simplement, n'a pas eu la présence d'aller au bout pour poser les règles en cas de décès survenu du bailleur du fonds de commerce.

Mais quoi qu'il en soit, l'idée présente de renforcement de la protection du preneur dans le contrat de location-gérance, comparaison n'étant pas toujours raison, nous impose par analogie de revisiter le régime du contrat de location le plus abouti ; en l'occurrence, le bail à usage professionnel. A propos du bail à usage professionnel, le droit OHADA pose sans ambiguïté que « le bail ne prend pas fin par la cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail »<sup>104</sup>. Toujours à ce propos, l'acte uniforme relatif au droit commercial général dispose, pour clairement adresser l'hypothèse de décès du propriétaire ou du bailleur, que « le bail ne prend pas fin par le décès de l'une ou de l'autre des parties ». Ainsi donc, de la lecture croisée de ces deux dispositions de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, il apparaît clairement une exception au principe de l'effet relatif des contrats, à savoir : la continuation de plein droit du bail à usage professionnel. D'ailleurs, cette continuation concerne bien aussi les cas de décès du bailleur. Cette posture du législateur OHADA en matière de protection du bail des professionnels devra guider son expression et son action dans le sens du renforcement souhaité de la protection du locataire d'un fonds de commerce en cas de décès de son bailleur. Et dans ce sens, il est envisagé la possibilité de continuation du contrat de location-gérance avec les survivants du bailleur. D'ailleurs, semble-t-il, l'acte uniforme portant sur le droit commercial général lève un pan de voile sur la question en introduisant des dérogations à l'exigence d'exploitation préalable et à titre personnel du fonds mis en location par le bailleur. Il s'agit de la possibilité de déroger

aux dispositions de l'article 141 de l'AUDCG<sup>105</sup>, en autres, offert « (...) aux héritiers et légataires du commerçant décédé, en ce qui concerne le fonds exploité par ce dernier ; (...) »<sup>106</sup>.

Bien évidemment, le bailleur du fonds, demeurant propriétaire du fonds de commerce loué peut envisager la cession de ce dernier, soit volontairement ou à la demande des créanciers du fonds. Toute chose suggérant de s'interroger sur le sort du preneur ; question de garantir autant que faire se peut ses droits dans la location-gérance. C'est dire que dans le cas où le fonds donné en location-gérance serait vendu soit par le propriétaire lui-même, soit par les créanciers inscrits sur le fonds, la question au demeurant sera de savoir si le nouvel acquéreur peut expulser le locataire-gérant ; et donc, lui retirer la gérance du fonds. Si rien ne permet en l'état actuel du droit harmonisé de répondre à cette interrogation dans une optique de préservation des intérêts du locataire-gérant, le recours au droit commun des baux donne de constater qu'il est fait obligation à l'acquéreur d'une chose louée le respect de baux ayant une date certaine avant la vente sauf stipulation contraire. On est même en droit de penser que c'est fort de cette disposition que le législateur dans le cadre de la protection du bail à usage professionnel indique de manière claire que « le bail ne prend pas fin par la cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail »<sup>107</sup> ; parce que dans ce cas, précise-t-il, « le nouveau bailleur est substitué de plein droit dans les obligations de l'ancien bailleur et doit poursuivre l'exécution du bail »<sup>108</sup>. Une telle position doit être poursuivie par le législateur OHADA, s'agissant de la location-gérance dans le sens de la préservation d'une certaine stabilité à l'exploitation du locataire-gérant de fonds.

Pour ainsi qu'à défaut d'un texte légal, l'on peut déduire par analogie que la gérance du fonds est opposable à l'acquéreur du fonds. Il est à remarquer cependant que certains auteurs contestent ce point de vue. Ainsi par exemple, Lyon Caen et Renault<sup>109</sup> refusent d'étendre les dispositions de l'article 1743 du Code civil français en tout point conforme aux dispositions du droit marocain des contrats<sup>110</sup>, à la location-gérance du fonds de commerce en l'absence d'un texte spécial, étant donné que ledit article constitue une disposition d'exception propre à la location d'immeuble. En pratique une telle opinion ne peut entraîner qu'un grave risque d'insécurité sur le contrat consenti au locataire-gérant. Il serait donc préférable, selon Marie Jeanne Compagna, d'étendre l'article 1743 du Code civil français en matière de location-gérance<sup>111</sup>. Enfin, toute clause stipulant que le contrat prendra fin en cas de vente du fonds de commerce de plein droit est valable, et le locataire-gérant a droit à une indemnité d'éviction<sup>112</sup>. Quoi qu'il en soit au final, entre

<sup>104</sup> Art. 110 AUDCG.

<sup>105</sup> Art. 141 al. 1 AUDCG : « La personne physique ou morale qui concède une location-gérance doit avoir exploité, pendant deux au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance ».

<sup>106</sup> Art. 143 AUDCG : « Les conditions fixées par l'article 141 (...) ne sont pas applicables :

- à l'Etat ;
- aux collectivités locales ;
- aux établissements publics ;
- aux incapables, en ce qui concerne le fonds dont ils étaient propriétaires avant la survenance de leur incapacité ;
- aux héritiers ou légataires d'un commerçant décédé, en ce qui concerne le fonds exploité par ce dernier ;
- aux mandataires de justice chargés, à quelque titre que ce soit, de l'administration d'un fonds de commerce, à condition qu'ils y aient été autorisés par la juridiction

compétente et qu'ils aient satisfait aux mesures de publicité prévues ». Voir dans ce sens G. MUBERANKIKO, *La protection du locataire-gérant en droit OHADA*, L'Harmattan, Coll. Etudes Africaines, 130 pages.

<sup>107</sup> Art. 110 AUDCG.

<sup>108</sup> *Idem*.

<sup>109</sup> Lyon Caen et Renault, *Traité du droit commercial*, tome V., n° 148.

<sup>110</sup> L'art 694 DOC « le contrat de louage n'est pas résolu par l'aliénation volontaire ou forcée de la chose louée. Le nouveau propriétaire est subrogé à toutes les obligations de son auteur résultant des locations et baux en cours s'ils sont fraude et ont date certaine antérieure à l'aliénation ». Voir *Lexique de termes juridiques*, 8<sup>ème</sup> éd. Dalloz.

<sup>111</sup> M. J. COMPAGNA, « Entreprise individuelle et fonds de commerce », commercial III, édition 1987, *Juris-class*, fasc. 1750, p. 15.

<sup>112</sup> Il s'agit là, d'une indemnité analogue à celle à laquelle peut prétendre le titulaire d'un bail commercial dont le renouvellement est refusé sans



possibilité de poursuite du contrat de location-gérance en cas de décès du bailleur ou cession du fonds loué par ce dernier, il semble à stade loisible de reconnaître au bénéficiaire du locataire-gérant un droit préemptif dans les cas de cession du fonds dont il se serait vu concéder la gérance auparavant.

#### b. L'évolution vers un droit préemptif du gérant sur le fonds loué en cas de cession envisagée

Il faut bien comprendre par droit de préemption, un avantage donné à quelqu'un, soit par la loi soit par une disposition contractuelle de pouvoir se substituer à l'acquéreur d'un droit ou d'un bien pour en faire l'acquisition à sa place et dans les mêmes conditions que ce dernier. C'est une prérogative qui innerve les rapports locatifs. Ainsi, la loi fait presque toujours obligation au bailleur d'un local à usage d'habitation qui a signifié un congé à son locataire motivé par son intention de vendre le logement que ce dernier occupe, de l'informer des modalités de la vente qu'il projette de réaliser. Cela, à l'effet de permettre au locataire de préempter ; et donc, de se substituer à tout acquéreur pour acquérir le logement.

De façon plus précise, le vocable juridique préemption est un terme composite fait du latin *prae* signifiant *avant* et *emptio*, c'est-à-dire, *achat*. Il s'agit selon Gérard Cornu du nom donné dans la tradition juridique à la faculté conférée par la loi ou par une convention à une personne, bénéficiaire d'une option, d'acquiescer de préférence à toute autre, un bien que son propriétaire se propose de céder en se portant acquéreur de ce bien dans un délai donné, en général aux prix et conditions de la cession projetée<sup>113</sup>.

La préemption ou droit de préemption a ceci de particulier qu'il accorde à une personne une place préférentielle dans l'acquisition d'un bien ou d'un droit. Ainsi notre réflexion sur la protection du preneur dans le contrat de location-gérance fait état de ce qu'au-delà des efforts jusqu'ici consentis dans l'espace OHADA, la situation du preneur dans la location-gérance reste tout de même, on ne peut plus précaire. Face à cet état de chose, et surtout dans l'optique de consolidation de la stabilité de l'activité du locataire-gérant, la consécration à son profit d'un droit préemptif sur le fonds de commerce loué est non seulement souhaitable mais indispensable au nécessaire renforcement de la protection du locataire-gérant OHADA. En effet, n'est-il pas en droit ligne de toute idée de développement économique de tenter de préserver l'activité économique même de sacrifice de quelques droits ? Ce fût le cas en matière de bail d'habitation et plus encore s'agissant de baux à usage professionnel. Quoi qu'il en soit, il semble clair qu'un droit préemptif en faveur du preneur dans le cadre du contrat de location-gérance constituerait un sérieux gage de stabilité de son activité commerciale. Et dans ce sens, il serait loisible que le locataire-gérant OHADA puisse à l'avenir se prévaloir de ce droit préférentiel d'acquisition dans les cas où le bailleur du fonds venait à en envisager la cession.

que le bailleur puisse invoquer un droit de prise. Cette indemnité évaluée par les tribunaux selon les indications du législateur peut être très élevées et la menace de son versement constitue une forte incitation au renouvellement du bail.

<sup>113</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 788.

<sup>114</sup> J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*, Présenté le 1<sup>er</sup> Pluviose An IX, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil,

Rendu au terme réflexion sur la protection du gérant libre d'un fonds de commerce en droit OHADA, notons que la location-gérance met aux prises le loueur de fonds et le gérant libre, le premier concédant au second la gestion libre du fonds contre paiement d'une redevance bien souvent composite. Cela étant, rappeler l'intérêt de l'étude sur la protection du gérant libre sonne comme un pléonasme. Et dès lors, tentant de caractériser la protection du gérant libre d'un fonds de commerce en droit OHADA, force est de constater qu'aussi remarquable soit-elle, cette protection demeure, à tout le moins, discutable.

C'est donc pour tenter de la parfaire que notre constat d'analyse a fait état d'hésitations quant à l'affirmation d'un véritable droit au renouvellement de la location-gérance, doublées du silence préjudiciable du législateur OHADA sur la question relative au sort du gérant en cas de changement de propriétaire en cours d'exécution du contrat de location-gérance. Aussi avons-nous suggéré, pour juguler ces imperfections, la nécessité de consécration du droit au renouvellement de la location ; question de tempérer un tant soit peu les comportements frauduleux du bailleur du fonds en fin de contrat. Dans le même sens, l'importance d'un encadrement des cas de changement de propriétaire impose, comme c'est le cas en matière de bail à usage professionnel, de garantir au gérant la continuation du contrat de location-gérance avec le nouveau propriétaire ; ou même, de reconnaître à celui-ci un droit de préemption sur le fonds dont la cession est envisagée. Si dans l'objectif même inavoué de promotion de l'investissement et de développement de l'activité économique, on peut convenir avec Jean Etienne Marie Portalis que « *tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* »<sup>114</sup>, on peut tout de même demeurer dans l'expectative d'une embellie dans le cadre de la protection du gérant dans le contrat de location-gérance. En effet peut-on préjuger d'une réaction très prochaine du législateur OHADA ; si tant est que le droit OHADA loin de muer en obstacle se devra toujours de stimuler dans la mesure du possible l'activité économique ? Dans ce sens, la doctrine n'enseigne-t-elle pas que « *le droit doit faciliter l'activité économique au lieu de la contrarier* »<sup>115</sup> ?

Publiés par le Vicomte Frédéric PORTALIS, Paris, Joubert, 1844, Réédité par le Centre de philosophie politique et juridique URA-CNRS, Université de Caen, 1992, p. 6.

<sup>115</sup> J. PAILLUSEAU, « Une révolution juridique en Afrique : POHADA », In *Dialogue* Michel JEANTIN, 1999.

## L'ADAPTABILITE DE L'ARBITRAGE OHADA AU CONTEXTE AFRICAIN

**Amadou Hamani Zakari**  
Magistrat au TGI de Zinder  
Arbitre agréée au CMAN de Niamey

### Résumé

Le règlement des différends par les parties à une relation d'affaires, à travers l'arbitrage, n'est pas un fait nouveau dans les pays africains. Seulement, la nécessité était posée d'adapter ce mode alternatif aux réalités économiques africaines. Pendant longtemps, la majeure partie des contentieux dans lesquels les parties africaines sont impliquées, était réglée en dehors de ses frontières. Ce qui ne favorisait pas leur participation active. Mais la mise en place de l'OHADA et surtout, la création de la CCJA et plus tard son Centre d'arbitrage, suivis par les différents Centres d'arbitrage des États ont permis de faire de l'effectivité de l'arbitrage, une réalité. De l'arbitrage traditionnel, l'OHADA, a élargi le champ d'application de ce droit, en y incluant l'arbitrage des investissements, à l'occasion de la réforme du 23 et 24 novembre 2017. Actuellement, cette réforme fait l'objet de nombreuses critiques, notamment, sur le fait que pour certains, ce mécanisme favorise plus l'investisseur étranger que l'État partenaire, et que la notion même de l'investissement, n'a jusque-là pas fait l'objet d'une définition claire, tant en droit, en jurisprudence encore moins en doctrine. Pour mettre en œuvre l'arbitrage, les parties font recours à des arbitres, auxquels elles confient leurs différends suivant une convention d'arbitrage ou un instrument d'investissement qui détermine leur mission. Cette dernière peut être accomplie selon les cas, sous la forme d'un arbitrage institutionnel ou *ad hoc*, et finira par une sentence arbitrale, qui tranchera ce conflit. Comme dans la justice étatique, cette sentence est susceptible des voies de recours. L'arbitrage ne va pas sans écueils : de la constitution du tribunal arbitral à la sentence finale, plusieurs difficultés peuvent surgir.

### Introduction

La lourdeur, le caractère public, les aléas administratifs et les délais relativement longs sont entre autres des attributs de la justice étatique telle que nous la connaissons aujourd'hui. Ce sont ces attributs qui ont conduit, sans aucun doute, les justiciables en perpétuelle quête d'efficacité et de célérité dans le traitement de leurs rapports socio-économiques, à progressivement s'intéresser davantage aux modes alternatifs de règlement de différends. On l'aura compris, la justice publique n'est plus la seule à régler les différends qui peuvent naître entre les parties. Les modes alternatifs de règlement de conflit, du nombre desquels l'arbitrage se démarque considérablement, servent de palliatif à l'appareil judiciaire dans la régulation des différends issus de rapports économiques. Il est important de le préciser, ces modes sont palliatifs et non substitutifs à l'appareil judiciaire. En raison de leur croissante nécessité, que des législations les régissant ont vu le jour un peu partout de par le monde. En termes de législations, l'arbitrage est le mode alternatif qui a fait l'objet de première réglementation. Sur le plan pratique, il est également, le mode alternatif le plus usité<sup>1</sup>, voire le mode de résolution des conflits du monde des affaires<sup>2</sup>.

L'arbitrage, il est important de le dire, n'est pas nouveau dans le contexte africain. Il est à rappeler que l'Afrique s'est toujours identifiée par le caractère consensuel de la résolution des conflits sous le « légendaire arbre à palabre ». Il s'agissait là pour les parties en désaccord, de soumettre leur différend à des sages en vue d'obtenir une résolution diligente de leur désaccord. L'arbitrage sous sa forme moderne ne s'en éloigne pas davantage. Il est aujourd'hui, défini comme étant, un mode alternatif de règlement des litiges consistant à recourir à une ou plusieurs personnes privées (arbitres) choisies par les parties pour obtenir une

décision mettant fin à leur contestation, en dehors des juridictions étatiques<sup>3</sup>.

La caractéristique fondamentale de l'arbitrage réside dans la soustraction aux tribunaux étatiques des litiges qui relèvent normalement de leur compétence. Cette procédure offre indéniablement des avantages certains aux investisseurs, à savoir célérité de la procédure, confidentialité et maîtrise des coûts, d'où son importance. C'est un moyen pour avoir la confiance de l'investisseur étranger et national, et assurer la sécurité juridique des affaires.

Son évolution historique, démontre toute l'importance, accordée à ce droit par les différents acteurs intervenants. Ainsi, tout laisse croire que son avancée au plan interne, découle de l'évolution de la matière au plan international. Dans les États parties, au traité OHADA, on ne saurait évoquer cette évolution sans se référer à l'évolution générale. Il est à souligner que le premier texte d'envergure en matière d'arbitrage est le protocole relatif aux clauses d'arbitrage, signé à Genève le 24 septembre 1923. Il est adopté dans le cadre de la société des Nations, comme la convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue dans la même ville le 26 septembre 1927. Ces deux premiers textes sont remplacés par la suite, par la convention de New York du 10 juin 1958, conclue dans le cadre de l'organisation des Nations Unies. Une autre étape majeure de l'évolution de l'arbitrage est la signature de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. C'est cette convention qui a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Au niveau européen, la convention européenne sur l'arbitrage

<sup>1</sup> J.B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Paris, 2016, n°3.

<sup>2</sup> A. Moreaux, « *L'attractivité de l'arbitrage* », Affiches parisiennes, 24 août 2018.

<sup>3</sup> R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982.



commercial international a été signée à Genève le 21 avril 1961. Elle contient des règles relatives à la convention d'arbitrage, la conduite de l'arbitrage et l'exécution de la sentence arbitrale. Spécifiquement, dans l'ancien bloc de l'Est, la convention de Moscou du 26 mai 1972 porte sur le règlement des contestations de droit civil découlant des relations de coopération économique, scientifique et technique. Sur le continent américain, la convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international a été conclue au Panama le 30 janvier 1975. La convention arabe sur l'arbitrage commercial a été conclue le 14 avril 1987, elle a créé le Centre arabe d'arbitrage international.

A ces nombreuses conventions, il convient d'ajouter les instruments non obligatoires. Il s'agit de loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, dont le règlement d'arbitrage datait de 1976<sup>4</sup>.

Au plan interne des États parties de l'OHADA, l'arbitrage tel qu'il existe aujourd'hui est arrivé sur le continent africain avec la colonisation<sup>5</sup>. Dans les États ayant subi la colonisation française, les dispositions relatives à l'arbitrage se trouvent essentiellement dans le code de procédure civile. En effet, c'est la France qui introduit l'arbitrage dans les États africains de la zone franc jusqu'aux décrets du 14 mai 1980 et 12 mai 1981.

Pour résoudre des problèmes spécifiques de l'arbitrage international, la jurisprudence internationale a entrepris dès 1960, une relecture du dispositif applicable. A la veille des indépendances, pour marquer une rupture, la cour Suprême du Cameroun a eu l'occasion de casser en 1970, pour manque de base légale, un arrêt d'une Cour d'appel fondé sur la jurisprudence française.

Le droit de l'arbitrage issu du Traité OHADA est donc venu résoudre un important problème d'insécurité juridique dans les États parties au traité. Les premières dispositions OHADA relatives à l'arbitrage sont contenues dans le Traité OHADA adopté le 17 octobre 1993, qui consacre son titre IV à l'arbitrage. Il crée un système d'arbitrage sous l'égide de la CCJA, qui y tient un double rôle : elle est à la fois un Centre d'arbitrage et une Cour judiciaire de contrôle de validité et d'exécution des sentences arbitrales. Suivront, le 11 mai 1999, le règlement d'arbitrage de la CCJA et l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, adopté le 11 mars 1999 et paru au JO OHADA n°08 du 15 mai 1999. Cet acte concerne particulièrement, l'adaptation de la procédure d'arbitrage dans les pays membres de l'OHADA. Ce dernier acte a fait l'objet d'une modification le 23 novembre 2017, à l'issue, un nouveau règlement a été rédigé pour remplacer le premier. Il est à noter que le point le plus marquant de la réforme est sans nul doute, l'ouverture formelle du droit OHADA à l'arbitrage d'investissement.

Aussi bien dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage que dans le règlement d'arbitrage de la CCJA, il est prévu que l'arbitrage peut avoir lieu soit sur la base d'une convention d'arbitrage, soit sur la base d'un instrument relatif aux investissements, notamment un code des

investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements<sup>6</sup>.

A ces textes s'ajoutent d'autres non négligeables dont entre autres la décision n°004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage, la décision n°020/2013/CCJA/ADM/ARB du 14 mars 1993 fixant le délai de règlement de la provision en matière d'arbitrage, la décision n°069/2018/CCJA/ADM/ARB du 18 avril 2018 fixant les frais des actes de la Cour en matière d'arbitrage. La source principale de l'arbitrage traditionnel reste l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, adopté le 23 novembre 2017, en remplacement de celui du 11 mars 1999. D'après son article 35, il tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États parties à l'OHADA. L'arbitrage est organisé d'une part, par la CCJA à travers son Centre d'arbitrage et d'autre part, à travers les différents Centres d'arbitrage des Pays membres de l'OHADA. Au Niger, par exemple, la procédure se déroule sous l'égide du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Niamey (CMAN). Au niveau international, l'arbitrage est organisé devant le CIRDI issu de la convention de Washington du 18 mars 1965.

Dans la même dynamique, la Banque Mondiale, à travers son projet *doing business in Africa*, a appuyé les États membres, en vue de rendre effectif la mise en place des Organes devant permettre la célérité des affaires dans l'espace OHADA. Son objectif est de répondre aux besoins incessants des opérateurs économiques confrontés à la lenteur des procédures judiciaires pendantes devant les tribunaux étatiques.

La législation africaine en matière d'arbitrage, de par son contenu répond aux attentes des acteurs intervenant dans le monde des affaires, en ce sens qu'il permet à ces derniers d'être eux-mêmes artisans ou acteurs avec leur pouvoir de nomination de contrôle ou même de révocation des arbitres.

Évoquer l'arbitrage en Afrique, renvoie inéluctablement à la question de son adaptabilité au contexte africain. C'est pourquoi il paraît judicieux de se poser la question de savoir si le droit OHADA de l'arbitrage est-il compatible au climat des affaires en Afrique ? Il est donc question, d'étudier la manière, par laquelle le droit de l'arbitrage, dans sa forme contemporaine, s'ancre dans les quotidiennes réalités africaines pour aider à la résolution des différends nés de rapports socio-économiques. Se pose ainsi, concrètement, la question de l'ancrage de l'arbitrage dans sa forme contemporaine tel que légiféré par l'OHADA, au climat actuel des relations d'affaires en Afrique.

Pour répondre à cette problématique nous allons nous appuyer sur des données jurisprudentielles et les avis des différentes parties prenantes au processus de l'arbitrage. Il s'agit des décisions rendues par les juridictions étatiques et communautaires en matière d'arbitrage.

S'agissant des sentences arbitrales, il y'a lieu de relever qu'en raison de la confidentialité dont elles bénéficient, elles ne

<sup>4</sup> J.M. TCHAKOUA et F.T. KOLLOKO, *DROIT DE L'ARBITRAGE*, Collection précis de droit uniforme africain. 23.

<sup>5</sup> N.A. A. FENEON et J.M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, LGDJ-LextensoParis, 2018, p.22.

<sup>6</sup> *AUA*, art.3 et art.5 ; *RACCJA*.



peuvent être évoquées dans le cadre de cette analyse que de manière sommaire<sup>7</sup>.

Dans les développements qui suivront, il sera important de constater que l'arbitrage, fortement ancré dans les traditions africaines n'a pas eu de difficultés à être légiféré sous sa forme contemporaine par le législateur OHADA, mettant en évidence une adaptabilité perceptible (I). Or, il est à relever que dans le climat des affaires toujours aussi compétitif qu'exigeant, des difficultés auxquelles des palliatifs peuvent être proposés, rendant cette adaptabilité perfectible (II).

### I. Une adaptabilité perceptible

Le règlement des différends existe depuis fort longtemps en droit africain des affaires, toutefois son émergence actuelle (A) doit être dédiée au nouveau droit africain de l'arbitrage OHADA, dont la mise en œuvre permet de régler le contentieux naissant entre acteurs du monde économique (B).

#### A. L'émergence du droit africain d'arbitrage

**Le processus du développement de l'arbitrage dans l'économie africaine.** Le développement économique des États africains a connu plusieurs années d'incertitude ; l'on ne peut passer sans évoquer le contexte actuel de cet environnement, marqué, par une situation d'insécurité qui, pour sa part peut rendre difficile les relations d'affaires, portant ainsi un coup aux engagements des uns et des autres<sup>8</sup>. Après ces années de difficulté, les économies africaines ont connu pour la plupart une dizaine d'années de croissance qui se sont traduites par une amorce au développement ; cela a permis sans nulle doute une augmentation du revenu des entreprises qui sont restées viables et entraîné une meilleure gouvernance, ainsi qu'un accroissement des opportunités d'investissement au niveau interne, de même qu'à l'international.

Ces investissements ne se limitent plus aux secteurs traditionnels des mines et des hydrocarbures, mais concernent également la banque, la finance, l'immobilier, les télécommunications, les biens de consommation à forte valeur ajoutée, etc. Outre les investissements directs étrangers, l'on note un développement du commerce intra-africain et, en conséquence, les inévitables différends qu'ils engendrent. Comme l'ont relevé certains praticiens africains, le développement de l'arbitrage international en Afrique s'explique par des facteurs de risques auxquels les investisseurs ont à faire face. Il s'agit, notamment du risque juridique et fiscal relatif à la violation de la clause de stabilisation, du risque politique et du risque lié aux nouvelles réglementations sur le contenu local. En effet, ces facteurs de risques sont susceptibles de générer des litiges<sup>9</sup>.

**L'attractivité des africains à l'arbitrage international.** La pratique de l'arbitrage existait en Afrique depuis les années

70 ; Mais il ressort des données statistiques que la majorité des arbitrages nés en Afrique ou concernant des parties africaines (États ou entreprises privées) est réglée en dehors du continent, notamment en Europe et aux États-Unis, par des arbitres et avocats non-africains. La raison souvent avancée a consisté à soutenir que l'Afrique manque de capacités techniques et d'expertise, à cet égard. Cette assertion est cependant largement démentie par les récents développements de l'arbitrage sur le continent. Ces derniers se manifestent par l'accroissement des procédures d'arbitrage entre parties africaines ; l'apparition de nouveaux domaines d'investissement en Afrique tels que l'immobilier, les télécommunications, la banque, la finance, etc. le développement sur le continent de centres d'arbitrages et de formation en matière d'arbitrage ; la prise de conscience par les africains de l'importance de promouvoir l'utilisation des praticiens africains dans les procédures arbitrales, etc. Ces récents développements ont contribué à revisiter le cadre juridique de l'arbitrage dans de nombreux pays africains.

**Quelques réformes du cadre juridique et institutionnel de l'arbitrage en Afrique.** Sans être exhaustif, il s'agit de mettre en lumière quelques-unes des réformes les plus importantes intervenues, sur le continent aussi bien, dans les États parties, que non parties au Traité OHADA.

**L'exemple de l'Afrique du Sud.** En octobre 2017, l'Afrique du Sud a voté la loi sur l'Arbitrage International qui s'inspire largement de la loi-modèle de la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). Ce nouvel instrument juridique vise à moderniser le droit sud-africain de l'arbitrage et à rendre attractif l'Afrique du Sud en tant que siège de procédures d'arbitrage.

**Les réformes de l'OHADA.** Lors de sa session des 23 et 24 novembre 2017, le Conseil des Ministres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a adopté plusieurs textes destinés à attirer les investisseurs et à renforcer la confiance de ces derniers dans les pays de la zone OHADA comme siège de leurs procédures d'arbitrage.

Il s'agit principalement de la réforme de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage de 1999, du renforcement du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et de l'introduction d'un Acte Uniforme relatif à la médiation.

C'est ainsi que, désormais, outre les États, les établissements publics, les collectivités décentralisées et autres personnes morales de droit public peuvent être parties à une procédure d'arbitrage. De même, l'arbitrage peut être initié sur la base d'une clause compromissoire ou d'un instrument juridique relatif à l'investissement, tel un code d'investissement ou un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement.

Les nouvelles réformes ont également introduit, pour les parties, la possibilité de renoncer expressément à leur droit à demander l'annulation de la sentence arbitrale, sauf dans

<sup>7</sup> Art. 13 alinéa 4 AUA ; art. 10.5 RA/CCJA

<sup>8</sup> A.H. Zakari, *la prévention des difficultés des entreprises par la nouvelle procédure de conciliation par les procédures collectives OHADA*, éd Universitaires européennes p. 6, 2023.

<sup>9</sup> A. FALL, Docteur en droit, LL.M., « *l'État dans l'arbitrage international* », [www.bing.com/search](http://www.bing.com/search), consulté le 11/11/2023 à 16H29 mn.

les cas où cette renonciation s'avère contraire à l'ordre public international, tel que défini dans le nouvel Acte Uniforme. Par ailleurs, le Règlement de la CCJA pose clairement le principe selon lequel la fixation des honoraires d'arbitrage entre le tribunal et les parties doit être approuvée par la CCJA, à peine de nullité. D'autre part, le délai de revue de la sentence arbitrale par la CCJA a été raccourci, dans un souci de célérité et d'efficacité.

**2018, année des réformes en Afrique.** L'année 2018 a enregistré un grand nombre de réformes en matière d'arbitrage sur le continent africain. Le double objectif de ce mouvement de réformes a été de promouvoir les pays africains en tant que siège de procédures d'arbitrage mais également, parfois, de réaffirmer leur souveraineté en matière de règlement de différends.

**La Centre d'arbitrage conjoint Chine-Afrique.** La création de ce Centre fait suite à l'ambitieux projet chinois « *Belt and Road Initiative* ». L'objectif du Centre d'arbitrage conjoint est de mettre en place un dispositif neutre et accessible, destiné à régler les différends commerciaux pouvant survenir entre parties africaines et chinoises. Toutefois, quelques conditions préalables doivent être remplies pour rendre effectif ce mécanisme, notamment, l'harmonisation des pratiques commerciales et des systèmes d'arbitrage, ainsi que la formation des arbitres aux normes culturelles africaines et chinoises.

**La Loi Nigériane relative à l'arbitrage et à la Conciliation.** Les innovations majeures apportées par cette nouvelle loi sont, notamment, la possibilité pour les parties de conclure un accord d'arbitrage par voie électronique ; la reconnaissance implicite du financement des frais d'arbitrage par des tiers (Third Party Funding) ; le pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures provisoires de protection des intérêts d'une partie.

Pour que toutes ces réformes soient une réalité, il faudra une mise en œuvre.

## B. La mise en œuvre de la procédure d'arbitrage

L'arbitrage en droit OHADA, tout comme dans les autres législations est strictement encadré. Ainsi, tout commence par un accord écrit et valable des parties à l'arbitrage. Cet accord doit intervenir dans un domaine réservé à cet effet. Ce qui permet aux arbitres nommés, d'entamer leur mission, qui débouchera sur une sentence arbitrale, exécutoire, mais susceptible de voies de recours.

### La convention d'arbitrage

**La mise à l'écart des tribunaux étatiques.** La convention d'arbitrage est l'engagement des parties de régler par l'arbitrage toutes ou certaines contestations nées ou pouvant naître entre elles concernant un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. La convention d'arbitrage revêt la forme d'une clause compromissoire ou celle d'un compromis. La clause compromissoire est l'engagement des parties à un contrat, de soumettre à l'arbitrage les

contestations qui pourraient naître de ce contrat. Quant au compromis, c'est l'engagement par lequel les parties à une contestation déjà née, la soumettent à un tribunal arbitral. Le compromis d'arbitrage peut intervenir même au cours d'une instance pendante devant une juridiction étatique.

**La validité de la convention d'arbitrage.** La convention d'arbitrage doit être établie par écrit, soit par acte authentique ou sous seing privé, soit par procès-verbal d'audience ou procès-verbal dressé auprès du tribunal arbitral choisi. La convention est réputée établie par écrit, lorsqu'elle est constatée par documents signés par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de communications qui en atteste l'existence, ou encore, dans l'échange de conclusions en demande et de conclusions en défense, dans lesquelles l'existence d'une convention d'arbitrage est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence, dans un contrat, à un document contenant une clause compromissoire, vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit établi par écrit, et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat<sup>10</sup>.

Cela démontre la prétention du législateur OHADA de permettre aux parties de s'engager dans des relations contractuelles sans assez d'ambiguïté, ce qui limiterait les contestations multiples et multiformes au niveau de l'engagement. Mais il est à préciser que les clauses dites verbales ne sont pas exclues.

### Le champ d'application de la convention d'arbitrage.

La convention d'arbitrage, comme tout autre contrat a nécessairement un domaine de prédilection. La convention d'arbitrage ne peut être conclue dans les matières concernant l'ordre public, la nationalité, le statut personnel, à l'exception des contestations d'ordre pécuniaire en découlant, dans les matières où on ne peut transiger et dans les contestations concernant l'État et ses démembrements, à l'exception des contestations pouvant naître de rapports internationaux, d'ordre économique, commercial ou financier.

Ainsi, la convention d'arbitrage peut intervenir aussi bien en matière commerciale que civile, les parties doivent simplement avoir la capacité de disposer librement de leurs droits. Ainsi qu'il a été précisé par l'AUA, qui dispose que toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition<sup>11</sup>.

L'arbitrage a tout son intérêt en ce sens qu'il est plus accessible aux parties.

**La nomination des arbitres.** Le statut de l'arbitre est prévu par l'acte uniforme sur l'arbitrage. En effet, aux termes de l'article 5, les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties. Aussi, à défaut d'une telle convention d'arbitrage ou si la convention est insuffisante : en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre

<sup>10</sup> Art. 3. AUA ; CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., Arr.n°249/2019,07 nov.2019, Pourvoi n°028/2016/PC.

<sup>11</sup> Art. 2. AUA.



partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'État partie ; et en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'État partie.

L'arbitrage est sans nul doute le procédé privé de règlement de litiges approprié dans le cadre du droit des affaires, les parties ont la possibilité de nommer les personnes bénéficiant de leur confiance au préalable, et qui seront amenées à conduire le processus de bout en bout.

**Qui peut être arbitre en droit OHADA ?** Les fonctions d'arbitre peuvent être exercées par une personne physique ou morale. Il doit être indépendant vis-à-vis des parties qui le nomment. Il doit être compétent et n'être pas interdit.

Le juge ou l'agent public peut être arbitre à double condition de ne pas faillir à ses fonctions principales et d'obtenir, préalablement à toute mission d'arbitrage, une autorisation de l'autorité compétente. L'Agent public doit veiller à ce que la mission n'affecte pas les intérêts de l'Administration.

La mission qui lui est confiée doit faire l'objet de son acceptation en apposant sa signature ou en accomplissant un acte allant dans le sens de ladite mission.

L'arbitrage peut être *ad hoc* ou institutionnel. Dans le premier cas c'est le tribunal arbitral qui fixe la procédure à suivre et, dans le second cas, l'arbitrage est organisé selon le règlement d'arbitrage déterminé.

Ainsi, pour faciliter la procédure aux parties, une option leur est offerte s'agissant de la composition du tribunal. C'est à elles de procéder au choix en considération de leur contestation.

**Le déroulement de la procédure arbitrale.** Si les parties ont choisi de soustraire leurs contestations aux tribunaux étatiques, c'est bien parce qu'elles ont cru aux multiples avantages accordés par l'arbitrage.

Le jugement doit se tenir dans un délai raisonnable et c'est la chose recherchée pour laquelle les parties ont emprunté la voie de l'arbitrage. Il s'agit concrètement de diminuer la lenteur, jadis connue devant les juridictions étatiques. Avec cette nouvelle procédure, les contestations vont être jugées dans des délais relativement appréciables par les parties en présence. C'est ce qui résulte de l'AUA qui dispose que si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six (06) mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée<sup>12</sup>. Le délai d'arbitrage légal ou conventionnel peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par la juridiction compétente dans l'État Partie.

L'intérêt de l'arbitrage est de permettre aux parties d'avoir une décision sur le fond de leur affaire dans un délai qu'elles-

mêmes peuvent proposer aux arbitres et à défaut la procédure ne doit pas excéder six (06) mois. Le fait de mettre fin à une contestation dans un délai raisonnable a un double avantage de célérité et de maîtrise des coûts de la procédure.

Aujourd'hui, la rapidité de la procédure, qui se déroule sur une période relativement courte, par rapport aux délais généralement longs qu'il faut observer devant les juridictions étatiques pour trancher un litige, et sa confidentialité font qu'elle fait de plus en plus l'objet d'une attractivité.

Cette procédure trouve tout son sens, dans une Afrique confrontée à de multiples défis, entre autres sécuritaires et de développement.

Le recours croissant à l'arbitrage va permettre aux acteurs économiques d'une part, de consolider leurs droits et d'autre part, assurer la compétitivité de leurs entreprises, dans un tissu économique faible.

**Quel est le droit applicable au différend ?** Aux termes de l'article 15 alinéa 1er de l'AU/DA, « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international ». Ainsi, les parties peuvent opter pour le règlement amiable dans un tel cas, les arbitres sont tenus, de statuer en amiables compositeurs.

**Les voies de recours.** Comme devant la justice étatique, une fois rendues, certains recours limitatifs peuvent être exercés contre les sentences arbitrales. Cependant, celles-ci ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. Elles ne peuvent faire l'objet que d'un recours en annulation, d'un recours en révision ou d'une tierce opposition<sup>13</sup>. Ainsi, le recours en annulation n'est recevable que dans les cas suivants :

- Si le Tribunal Arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée,
- Si le Tribunal Arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné,
- Si le Tribunal Arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée,
- Si le principe du contradictoire n'a pas été respecté,
- Si le Tribunal Arbitral a violé une règle d'ordre public international des États signataires du Traité,
- Si la sentence arbitrale n'est pas motivée. En l'espèce, une requête aux fins de défense à exécution sollicitée suite à un appel a été déclarée irrecevable.<sup>14</sup>

**Exequatur.** La justice étatique retrouve toute sa compétence lorsqu'il s'agit de procéder à l'exécution de la sentence arbitrale. En effet, la sentence arbitrale n'est

<sup>12</sup> Art.12. AUA ; CCJA, 2ème ch., Arr.n°242/2018, 29 nov.2018, Pourvoi n°014/2015/PC.

<sup>13</sup> Art. 25. AUA.

<sup>14</sup> CA CENTRE CAMEROUN, Arr. N°83, 15 mars 2013, Aff. Société Camerounaise d'Opérations Maritimes «SOCOMAR» SA C/ Société EPRESS TRANSPORT KHALIFA.



susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exéquatur rendue par la juridiction étatique. La décision d'exéquatur n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA ; la décision qui accorde l'exéquatur n'est susceptible d'aucun recours. Les sentences arbitrales étrangères sont exécutoires sur le fondement de la Convention de New York du 10 juin 1958. La reconnaissance et l'exécution des sentences rendues dans un autre État de l'espace OHADA sont pour leur part soumises aux dispositions de l'Acte Uniforme<sup>15</sup>.

## II. Une adaptabilité perfectible

Il est de la responsabilité de tous les acteurs de promouvoir l'arbitrage dans d'autres domaines non encore pris en charge par cet outil. Ce qui permettrait de solutionner les difficultés relevées par la pratique.

### A. L'ouverture de l'arbitrage à d'autres domaines

Le champ d'application de l'arbitrage doit être nécessairement élargi, ce pour permettre aux parties dont la seule volonté est de soustraire à la justice étatique le règlement de leurs affaires en les confiant à des entités privées. D'où le choix offert aux parties, de se confier au mode de règlement des conflits qui leur semble convenable.

**L'arbitrage d'investissement.** L'introduction de l'arbitrage d'investissement par la récente réforme de l'AUA constitue à tout point de vue une évolution remarquable de cet instrument, dont l'objectif est d'aboutir au règlement des différends dans l'espace OHADA, avec une certaine célérité.

**Les contours de l'arbitrage d'investissement.** En l'état actuel de son dispositif juridique, l'OHADA s'est limitée à ouvrir la voie de l'arbitrage sur la base d'un instrument relatif aux investissements. Il reste à en dégager le régime juridique ce qui n'est pas facile. Le système du CIRDI a élaboré un certain nombre de solutions qu'on ne peut s'empêcher de scruter avec le plus grand intérêt<sup>16</sup>. Il ne faudrait cependant pas croire que toutes les solutions dégagées dans le cadre du CIRDI peuvent être empruntées. Un certain nombre d'entre elles sont des choix du système, ne pouvant convenir à un autre arbitrage institutionnel, ni s'appliquer à un arbitrage *ad hoc*. *A priori*, les bouleversements qu'apporte l'arbitrage fondé sur un instrument relatif aux investissements ne concernent que l'expression du consentement à ce mode de règlement : les consentements sont dissociés, puisque celui de l'État s'exprime longtemps avant celui de l'investisseur. Mais les contours de l'arbitrage vont être tracés essentiellement par l'instrument relatif aux investissements sur lequel il est fondé. Il se pourrait que celui-ci contienne des éléments ouvrants plus ou moins la voie arbitrale. Il faudra donc, au-delà du consentement à ce type d'arbitrage, consacrer des développements aux contours de la voie

arbitrale qu'ouvrent les instruments relatifs aux investissements.

Une étude comparée des systèmes d'arbitrage de la CCJA et du CIRDI avait conclu que sur le marché de l'arbitrage<sup>17</sup> des différends relatifs aux investissements, les États prennent toujours de l'avance par rapport à leurs partenaires que sont les investisseurs, essentiellement en raison de la modalité particulière d'accès à l'arbitrage prévue dans le système du CIRDI et pas dans celui de la CCJA<sup>18</sup>.

La nouvelle modalité de recours à l'arbitrage coexiste avec la convention d'arbitrage<sup>19</sup>, puisque dans le domaine des investissements, se concluent des clauses compromissoires<sup>20</sup> et compromis d'arbitrage.

**L'investissement, une notion non définie.** Il y'a lieu de souligner, que seul l'investissement, peut faire l'objet d'arbitrabilité en cette matière. Il est important que cette notion d'investissement soit définie. Le législateur OHADA, ne l'a pas fait, ce qui pourrait causer des difficultés. On pourrait rechercher la définition des investissements dans différents instruments relatifs aux investissements qui peuvent être invoqués : les traités ou les lois internes. Tout cela peut faire craindre des solutions difficiles à harmoniser.

Il faudrait tout de même noter que dans le système du CIRDI, consacré uniquement au règlement des différends relatifs aux investissements, la convention de Washington ne définit pas les investissements. C'est au fil des sentences et donc de façon empirique, qu'a été élaborée une compréhension de la notion, et il est raisonnable de penser que les solutions aujourd'hui admises ne sont pas définitives<sup>21</sup>.

**Le droit du travail exclu de l'arbitrage ?** Tout comme les relations d'affaires, le lien de travail entre l'employeur et l'employé est susceptible d'engendrer des différends pouvant entraîner la rupture du contrat de travail. Ce pan important des litiges continue dans la plupart des cas à être pris en charge par les juridictions étatiques, ce malgré la volonté des parties de soustraire leurs affaires aux juridictions étatiques. En soumettant les différends individuels de travail à l'arbitrage, les parties pourraient espérer avoir un règlement du litige dans des délais relativement raisonnables. Mais pour ce faire, un cadre juridique dont il faut souhaiter l'avènement est obligatoire. Pour l'instant, ce litige relève de la justice étatique et réglé selon les procédures ordinaires. C'est l'exemple du Niger, où les cas des licenciements sont régis par le Code du travail en vigueur et non un Acte Uniforme OHADA.

En tout état de cause, le vœu de voir les prochaines réformes des Actes uniformes, prévoir l'arbitrabilité du droit de travail, demeure.

### B. Les difficultés liées à l'arbitrage

<sup>15</sup> Art.30 et 31. AUA ; CCJA ass. Plén., Arr. n° 160/2016, 1<sup>er</sup> dec.2016, Recours en contestation de validité de sentence arbitrale n° 006/2015/PC.

<sup>16</sup> J.M. TCHAKOUA et F.T. KOLLOKO, DROIT DE L'ARBITRAGE, l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Collection précis de droit uniforme africain, op. cit., p. 139.

<sup>17</sup> Ph. Fouchard, « qu'il règne une vive concurrence entre les cabinets juridiques, entre les places d'arbitrage, entre les lois et les États eux-mêmes ». Rapport de synthèse in Philippe FOUCHARD, p.244.

<sup>18</sup> G.A.T. SILATCHOM, « La contribution de l'arbitrage à la promotion des investissements : étude comparée des systèmes d'arbitrage de la CCJA et du CIRDI », p.254 et s.

<sup>19</sup> G.R. DELAUME, *direct route et d'indirect route*. « How to Draft an ICSID Arbitration clause », ICSID Review, 1992, vol.7, n°1, p.168 et s.

<sup>20</sup> Voir affaire n° ARB/72/1 ; *Holiday Inns and Occidental Petroleum corporation c/ Royaume du Maroc*, CIRDI.

<sup>21</sup> D.KHAYAT, « La notion d'investissement devant CIRDI », p.41.

Il faut préciser que malgré l'adaptabilité de l'arbitrage au traitement des difficultés des affaires en Afrique des défis restent néanmoins à relever :

**Les difficultés d'ordre économique et financier.** L'arbitrage n'est pas gratuit, elle est une procédure onéreuse, car en principe les arbitres et les centres d'arbitrage doivent être payés. Certains jugent excessif l'ensemble de ces coûts. En effet, une étude de la Chambre de Commerce International (CCI) a montré que le coût de l'arbitrage tient moins aux honoraires des arbitres et aux sommes qui reviennent aux centres d'arbitrage qu'aux honoraires des Conseils des parties<sup>22</sup>. Cette étude révèle en effet qu'en moyenne, les dépenses faites par les parties pour présenter leur dossier et payer leurs conseils représente 82% du total des frais d'un arbitrage, alors que les honoraires et frais des arbitres représentent 16% et les frais administratifs de la CCI, 2%.

**Les difficultés d'ordre institutionnel.** Si les dépenses faites pour présenter sa cause, dont notamment les honoraires des conseils, pèsent si lourd dans les frais d'arbitrage, c'est parce que les parties viennent dans l'arbitrage avec un esprit qui ne convient pas beaucoup à l'institution. Des conseils sont pratiquement collectionnés pour défendre la même cause, et chacun d'entre eux y met son énergie, parfois purement de la chicane, pour perturber le cours de la justice arbitrale. La procédure arbitrale « devient d'une lourdeur effrayante : plusieurs échanges de mémoires interminables, accompagnés de kilos de pièces ou de mètres de dossiers, une ou plusieurs expertises, des audiences de plusieurs semaines, où sont interrogés et contre-interrogés non seulement des témoins, mais les experts et juristes consultés »<sup>23</sup> Est-il raisonnable de solliciter des experts lorsque les arbitres investis sont des experts du sujet à traiter ?

Les parties auront parfois, de leur propre initiative ou écoutant leurs conseils, opté pour un tribunal arbitral collégial dans des affaires qui auraient pu se régler par un arbitre unique. Au bout de ce choix, c'est la multiplication des frais et honoraires d'arbitres pour des affaires mineures.

Tout cela confine à l'idée que le coût de l'arbitrage est sous la maîtrise des parties, et peut être anticiper<sup>24</sup>.

La célérité qu'on vante au sujet de l'arbitrage pourrait être perdue si les parties et leurs conseils n'abandonnent pas l'esprit de chicane. Bien souvent, celui-ci apparaît dès la phase de constitution du tribunal arbitral, avec un penchant à s'opposer, sans raison, la confirmation de l'arbitre désigné par l'autre partie. Les institutions d'arbitrage ont parfois laissé prospérer ces manœuvres en donnant suite à des oppositions à investiture peu sérieuses. Rien de plus étonnant que dans la pratique naissante de l'arbitrage dans les États africains, la phase de mise en place du tribunal arbitral soit en général trop longue. Les dérives qu'on observe ici pourrait se prolonger dans le succès trop facile des demandes de récusation. Elles pourraient en fin se prolonger dans la phase post-arbitrale, avec la résistance à exécuter les sentences arbitrales.

La souplesse qu'on attendra de la justice arbitrale se perdra si les procédures arbitrales sont trop rigides ou trop techniques<sup>25</sup>.

Il ne faut pas oublier le péril qui pourrait provenir des arbitres ou des juges étatiques. Le fait que ces derniers soient désignés par les parties crée le risque de collusion. La sentence arbitrale pourrait être annulée, et sa responsabilité engagée.

Le juge étatique intervient pour, éventuellement aider à la tenue des arbitrages *ad hoc*, ou pour traiter les demandes qui pourraient lui être soumises dans la phase post-arbitrale<sup>26</sup>. Un dernier péril est spécifique à l'arbitrage *ad hoc*. Il tient aux incertitudes qui entourent les rapports juridiques des arbitres et les parties et, plus généralement, les conditions matérielles de l'arbitrage : frais personnels et honoraires des arbitres, frais du tribunal arbitral. Ainsi, pour éviter tout contentieux à la sortie du contentieux arbitral, les questions matérielles devraient être réglées dès la constitution du tribunal arbitral entre les parties.

<sup>22</sup> Commission de l'arbitrage de la CCI, *Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage*, ICC, 2007.

<sup>23</sup> Ph.FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international ? », Rev.dr . McGill, 1989, p.435.

<sup>24</sup> V. E. CAROIT, p.16.

<sup>25</sup> J. BAPTISTE, *Les dérives procédurales de l'arbitrage*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 229.

<sup>26</sup> R. M. DIFFO, *Le juge étatique et l'arbitrage dans l'espace OHADA*, thèse Université de Dschang, 2015 ; J.M. TAGHEU, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, thèse, Université de Yaoundé II, 2018.



## L'AGENCE DE REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS AU CAMEROUN UN CENTRE D'ARBITRAGE D'UNE NATURE PARTICULIERE

**Jasmine Diane SILABING OUETHY**

Docteur en droit des affaires  
Avocat associé - ATHENA LEGIS

### Résumé

La Procédure de règlement des différends opposant les opérateurs de communications électroniques au Cameroun prévoit, en premier, la saisine de l'Agence de Régulation des Télécommunications (ART). Cette dernière devra tenter de concilier les parties. Si cette tentative de conciliation échoue, alors le dossier sera transmis au Comité de Règlement des Différends (CRD) qui devra trancher le litige. Au cas où la décision intervenue est contestée par une des parties, elle pourra saisir soit les juridictions de droit commun, soit l'arbitre. Cependant, le législateur de 2010 n'a pas résolu toutes les questions relatives à l'intervention de cet arbitre. Par exemple, qui le constitue ? Quelles règles gouvernent la procédure et sur la base de quelles normes doit-il trancher ? Où aura lieu l'arbitrage ? L'examen de la loi de 1998 qui a été abrogée par celle de 2010, plus explicite sur la question, nous livre un régime qui tantôt rapproche le régulateur d'un centre d'arbitrage sur certains aspects, tantôt l'éloigne sur d'autres.

### Introduction

Les travaux philosophiques de plusieurs auteurs<sup>1</sup> ont eu à souligner le caractère dangereux de l'homme pour son semblable. Ils ont ainsi pu prouver que l'homme est prêt à tout s'il pense que son bien-être passe par le malheur de son frère. La plupart du temps, celui qu'on veut éliminer se défend, s'en suivent des guerres qui causent des pertes de tous ordres : en vies humaines, en moyens financiers, et bien d'autres. C'est sur ce postulat que les philosophes du siècle des lumières<sup>2</sup> ont fondé la théorie du pacte social, en vertu de laquelle les citoyens conviennent d'abandonner une partie de leur souveraineté à une instance qui devra veiller au respect de la paix et organiser un moyen moins dévastateur pour résoudre les conflits qui s'élèveraient entre les citoyens. Cette instance devra ainsi établir un ordre à travers l'édition des lois, veiller à son respect et donner la possibilité à ceux qui auraient été lésés dans leurs droits d'obtenir réparation.

On peut donc affirmer sans risque de se tromper que la résolution des litiges est une science incontournable. La réalité se vérifie chaque fois que des personnes, physiques ou morales doivent travailler ensemble, que ceci se fasse dans le cadre du secteur commercial, de l'électricité, ou alors celui des télécommunications.

Les télécommunications constituent, avec d'autres secteurs d'infrastructures, un secteur caractérisé par des rendements puissants<sup>3</sup>. Elles ont longtemps été gérées sous le régime du

monopole public national, exploité en régie directe par le ministère des postes et télécommunications. Bien qu'au début des années 1990 ce mode de gestion ait été abandonné ou en voie de l'être par la quasi-totalité des Etats du monde, le législateur camerounais, lui, y est demeuré fidèle<sup>4</sup>. Cependant, il a été contraint par la crise économique et l'évolution internationale, à changer d'idéologie<sup>5</sup>.

En effet, grâce à l'évolution internationale, les progrès technologiques et la mondialisation des domaines ôteront aux télécommunications leur caractère de « service protégé »<sup>6</sup>. Le monde devenant un village planétaire, chacun pourra s'offrir, moyennant un peu d'argent, des services des télécommunications.

Par ailleurs, la crise économique va pousser l'Etat à se mettre sous ajustement structurel, avec pour conséquence principale son désengagement des secteurs clés de l'économie, et la libéralisation de ces secteurs. L'Etat camerounais devait ainsi se dessaisir de la gestion du secteur des télécommunications et y promouvoir l'implication des exploitants privés.

Néanmoins, cette ouverture ne signifie pas l'abandon du service public<sup>7</sup>. Ayant été pendant longtemps tutélaire, régulateur, opérateur de réseau et commerçant des services dans le cadre d'un monopole dont la gestion était confiée à Intelcam pour la gestion des télécommunications internationales, et au ministère des postes et

<sup>1</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, tiré de l'Encyclopédie numérique libre Wikipédia, consulté le 3 Mars 2010 à 04h.

<sup>2</sup> Idem, avec en plus John LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*.

<sup>3</sup> Il se présente ainsi comme un moteur clé de promotion de la croissance : A. AYISSI, « Forcés et faiblesses d'une restructuration qui n'en finit pas », in *Nouvelles de l'ART, éd spéciale, Décembre 2008, p22 et s.*

<sup>4</sup> P. NDAM, « La réforme du secteur des postes et télécommunications au Cameroun », in *RASJ*, Vol 1, 2000, p97-104.

<sup>5</sup> R. MVOGO BELIBI, *La libéralisation du secteur des télécommunications au Cameroun : chronique juridique d'un processus*

complexe, mémoire de D.E.A., Université de Yaoundé II, Décembre, 2004, p. 6.

<sup>6</sup> J. CHEVALIER, « La nouvelle réforme des télécommunications, ruptures et continuités », *RFD. Administratif*, 12(5), Septembre-Octobre 1996, p. 912 cité par Richard MVOGO, *op. cit.*, p6.

<sup>7</sup> E. ROLIN, « Les règlements des différends devant l'autorité de régulation des télécommunications », in *numéro spécial des Petites affiches "Régulateurs et juges"*; Forum de la régulation sous la direction scientifique de Marie FRISON ROCHE et Jean MARIMBERT, n°17 du 23 janv. 2003, p. 26-37.



télécommunications pour les télécommunications à l'intérieur du territoire national<sup>8</sup>, l'État se retire ainsi du secteur au point de n'en être plus que le réglementateur, laissant l'exploitation aux opérateurs privés qui devront agir sous l'œil vigilant d'un régulateur, l'Agence de Régulation des Télécommunications. L'ambition de l'État était ainsi de « mettre en place un cadre législatif et réglementaire et une politique de régulation qui favorisent l'exercice d'une concurrence effective, loyale et transparente, susceptible d'attirer de plus en plus d'investisseurs privés nationaux et étrangers dans notre pays ». La réforme est ainsi fondée sur un arsenal juridique dense ayant comme socle, la loi N°98/014 du 14 Juillet 1998 régissant les télécommunications au Cameroun, abrogée par la loi N°2010/013 du 21 Décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun. Cette loi prévoit un mode de résolution des différends assez particulier, surtout lorsque les parties au litige sont des opérateurs de télécommunications.

Cette question est traitée par le législateur au 1<sup>er</sup> chapitre du titre 6 de la loi de 2010 suscitée, en ses articles 65 et suivants. L'arsenal de résolution prévoit ainsi, dans certaines conditions<sup>10</sup>, le recours obligatoire à l'Agence de Régulation des Télécommunications pour la résolution du litige, ceci avant la saisine de toute instance judiciaire<sup>11</sup>. L'Agence saisie pourra tenter une conciliation en vue de résoudre le litige. En cas d'échec de cette procédure, l'Agence devra commettre un organe prévu à l'article 65 al. 3 pour instruire et trancher le litige.

Les décisions de l'organe sont susceptibles de recours soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun. Cette disposition, prévue par l'article 65 al. 8 est suivie par une autre disposition qui apporte plus de précisions sur la mission de l'arbitre et dont la teneur suit : « Les décisions motivées rendues par les arbitres précisent les conditions d'ordre technique et financier qui les justifient. Elles s'imposent aux parties qui doivent s'y conformer dans un délai de 30 jours, et sont communiquées à l'Agence qui peut les publier ».

Il faut remarquer que le législateur de 2010 a été assez succinct, tellement succinct que plusieurs questions demeurent non résolues s'agissant de l'intervention des arbitres dont voici quelques-unes : Qui constitue les arbitres ? Quelles règles gouvernent la procédure et sur la base de quelles normes les arbitres doivent-ils trancher ? Où aura lieu l'arbitrage ?<sup>12</sup> Il faut examiner la loi de 1998 qui a apporté quelques précisions sur ces aspects, pour être plus fixé sur les modalités de l'intervention des arbitres. Plus précisément, l'article 37 al 2 de ce texte énonce : « En cas de contestation par l'une ou l'autre des parties de la décision rendue par l'Agence, cette dernière commet immédiatement

un ou plusieurs arbitres, en informe les parties concernées et leur fixe un délai pour faire valoir leurs droits »<sup>13</sup>.

Comme on peut le constater, le rôle de l'Agence ici s'assimile à celui d'un centre d'arbitrage ce qui fait présumer qu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel. Pour être fixé sur la question, nous examinerons son rôle dans la 1<sup>ère</sup> comparution des parties au litige (I), et sa place dans le déroulement de la procédure (II). Nous ferons à chaque fois une étude comparative par rapport à l'arbitrage institutionnel « ordinaire », ce qui permettra à terme de dire si oui ou non il s'agit de l'arbitrage qui se fait sous l'égide d'un centre d'arbitrage. Le but de la manœuvre étant de compléter le régime de résolution des différends de télécommunications par le tribunal arbitral.

### I. Le rôle de l'agence dans la 1<sup>ère</sup> comparution des parties

L'Agence de régulation des télécommunications joue un rôle déterminant dans la première comparution des parties devant le tribunal arbitral. Mais il convient de garder à l'esprit qu'en matière arbitrale, et comme dans toute procédure contentieuse, pour qu'on parle de 1<sup>ère</sup> comparution (B), le tribunal doit d'abord être constitué (A).

#### A. L'agence dans la constitution du tribunal arbitral

Malgré la diversité de leur structure et de leurs activités, les rôles des centres d'arbitrage ne diffèrent pas tellement d'un centre à un autre, aussi bien pour ce qui est de la composition initiale du tribunal arbitral (1), que pour la résolution les différends affectant la composition de celui-ci en cours de procédure (2).

##### 1. La constitution initiale du tribunal arbitral

Comme dans le cas de l'Agence, les centres permanents d'arbitrage prévoient dans leurs règlements un mécanisme de désignation des arbitres, dans lequel ils occupent une place de choix. Pourtant, leur intervention sera plus ou moins active, et sera soit à titre principal, soit à titre subsidiaire.

Dans presque tous les règlements des centres d'arbitrage les plus connus dans l'espace OHADA, il est laissé aux parties le soin de fixer le nombre d'arbitres, mais leur choix se limite à un ou trois. Ceci se déduit du fait qu'il est précisé comment la désignation devra se faire en cas d'arbitre unique et lorsqu'il s'agira d'un collège arbitral de 3 arbitres<sup>14</sup>.

S'agissant des modalités de désignation, l'arbitre unique est désigné d'un commun accord. C'est le cas de l'arbitrage CCJA où « Les parties peuvent désigner leur arbitre d'un

<sup>8</sup> CAMTEL, « Regard sur la décennie de régulation du secteur des télécommunications », in *Nouvelles de l'ART, éd. Spéciale*, Décembre 2008, p16.

<sup>9</sup> M. BELLO BOUBA, alors ministre d'État en charge des postes et télécommunications, discours prononcé à l'occasion des 10 ans d'exercice de l'ART, paru dans *les nouvelles de l'ART, op. cit.* p. 7.

<sup>10</sup> Les faits dont il s'agit ne doivent pas être constitutifs d'une infraction pénale, auquel cas le juge pénal est compétent (article 65 al 2 de la loi).

<sup>11</sup> Cf. Article 65 al.1 de la loi.

<sup>12</sup> Le bienfondé de ces interrogations vient de ce que le secteur des télécommunications est assez sensible et l'État à travers l'Agence est particulièrement vigilant à tout ce qui s'y passe, ce qui n'est pas le cas lorsque le litige oppose deux entrepreneurs privés relevant du droit OHADA par exemple.

<sup>13</sup> Contrairement à cette formule plus précise, le texte de 2010 se contente d'indiquer que « Les décisions de l'organe sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun. » Article 65 alinéa 8.

<sup>14</sup> Art. 8 du Règlement d'arbitrage du GICAM.

commun accord »<sup>15</sup>. En réalité, le verbe pouvoir dans ce bout de phrase devrait être remplacé par le verbe devoir. Car en réalité, dans un souci de respect des droits de la défense et de l'égalité des parties, il est la règle que l'arbitre désigné par une partie ait l'assentiment de l'autre partie. La même formule légère se retrouve dans le RA de la Chambre de Commerce Internationale<sup>16</sup> où l'article 2 alinéa 3 dispose que « lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord... »<sup>17</sup>. Cet état des choses pourrait s'expliquer par le fait qu'en pratique une partie peut renoncer à son droit d'avoir son mot à dire quant à la désignation de l'arbitre unique, et décider de s'en remettre au choix de son adversaire. Mais cette hypothèse est très rare en pratique puisqu'au vu de l'enjeu du litige, les parties courront rarement le risque d'organiser ou de participer à la perte de leur procès. Cette formule peut en outre vouloir préciser que si l'arbitre unique n'est pas désigné ou ne peut être désigné d'un commun accord, un tiers préconstitué se chargera de la question de sorte que le tribunal soit bel et bien constitué. La formule du RA de la Chambre d'Arbitrage de Côte d'Ivoire se montre à cet égard plus impérative. En effet, aux termes de son article 11.1, « Lorsque le litige est soumis à un arbitre unique, les parties le désignent d'un commun accord ».

Les parties peuvent décider que leur litige sera tranché par 3 arbitres. Ainsi les RA prévoient qu'en pareil cas, chaque partie désigne un arbitre, et le troisième est désigné sur commun accord des 2 premiers<sup>18</sup>. La formule du RA de la Chambre de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture de Dakar est quelque peu différente. L'article 12.2 2<sup>ème</sup> dispose que « Le Président du tribunal arbitral est nommé par les parties d'un commun accord... » En pratique, cette solution est source de difficultés, et il aurait été plus aisé d'inscrire la 1<sup>ère</sup> formule. Mais ici encore, les parties peuvent s'entendre et décider d'approuver l'arbitre que les 2 premiers auront désigné. Mais il peut arriver que le litige mette en cause plus de 2 parties ayant des intérêts distincts. Deux ou plusieurs parties co-défenderesses pourraient ainsi se refuser à désigner conjointement le 2<sup>ème</sup> arbitre. Au nom du principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres, ce refus a été jugé légitime par la Cour de cassation française<sup>19</sup>.

La désignation se fait dans la demande d'arbitrage et dans la réponse à celle-ci<sup>20</sup>. Dans l'hypothèse d'un arbitre unique ou du collège arbitral, si les parties n'arrivent pas à désigner d'un commun accord un arbitre, le centre à travers son organe permanent interviendra pour suppléer la partie défaillante dans la désignation de l'arbitre unique ou du troisième arbitre<sup>21</sup>.

Ainsi, le centre d'arbitrage n'intervient qu'à défaut de désignation par les parties dans le délai convenu. Ceci n'est pas vraiment le cas, en matière de télécommunications, du moins sous l'empire de la loi de 1994. Ici en effet, il revenait à l'Agence de désigner en priorité et exclusivement l'arbitre devant connaître du litige<sup>22</sup>. L'on ne pouvait parler de confirmation des arbitres<sup>23</sup>. Le centre nommait l'arbitre dans ce cas sans recours et ses actes étaient purement administratifs<sup>24</sup>. Pourtant le législateur de 2010 est resté silencieux sur le mode de désignation de l'arbitre, se contentant d'indiquer que « Les décisions de l'organe sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun. »<sup>25</sup>. La suite de ce texte donne les modalités de la procédure une fois que la décision de l'arbitre est intervenue. Ce silence du législateur laisse un grand vide dans le régime de résolution des litiges opposant les opérateurs de ce secteur. C'est la raison pour laquelle nous proposons qu'elle soit complétée. La solution retenue par le législateur de 1994 pourra ainsi être adoptée, mais en partie. Le régulateur pourra ainsi constituer une liste d'arbitres sur la base des compétences techniques, qu'ils proposeront aux opérateurs qui souhaitent poursuivre le règlement de leurs litiges par la voie arbitrale. Elles auront ainsi la possibilité de constituer un tribunal arbitral suivant la procédure suivie en droit de l'arbitrage, avec le consentement des parties au cœur des démarches.

Examinons à présent le rôle de l'Agence en cas de modification du tribunal arbitral.

## 2. Règlement d'incidents ultérieurs affectant la constitution du tribunal arbitral

En matière arbitrale, il est très fréquent que des incidents ultérieurs à la constitution initiale du tribunal viennent en modifier la composition. Par exemple, un arbitre peut décevoir, démissionner, et il s'avère important de prévoir comment il faudra procéder pour que le procès ne s'en trouve pas pénalisé. En la matière, il est de règle que le centre d'arbitrage jouera un rôle incontournable. Après avoir expliqué comment se fait ce règlement des incidents ultérieurs, nous verrons si, en matière de télécommunications, l'Agence joue un rôle similaire.

L'une des conditions les plus importantes que doit remplir l'arbitre est qu'il doit être indépendant et impartial. Dans l'hypothèse donc où un potentiel arbitre ne remplit pas ces conditions, il peut être récusé. Certains règlements d'arbitrage<sup>26</sup> donnent la possibilité aux arbitres qui voient en eux des causes de récusation d'en informer la Cour. Mais le plus souvent, c'est une partie qui soulèvera le problème de récusation d'un arbitre. En pareil cas, ladite partie doit

<sup>15</sup> Art. 22 du traité OHADA.

<sup>16</sup> Il s'agit de la version du 1<sup>er</sup> Janvier 1998 modifiée en Septembre 2011. Les modifications n'ont entamé ni l'esprit, ni la structure du texte.

<sup>17</sup> La même formule se retrouve dans le règlement d'arbitrage du GICAM, art. 92, dans celui du CCIAD, art. 11.

<sup>18</sup> Art. 2. 4. 2<sup>ème</sup>ement du Règlement d'arbitrage de la CACI, art. 93 du règlement d'arbitrage du GICAM, art. 11 al.4 du Règlement d'arbitrage de la CCIAD, art. 2 du traité OHADA.

<sup>19</sup> Aff. DUTEO c/ B. K. M. I. et Siemens qui opposait 3 parties à un même contrat de consortium, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Janvier 1992.

<sup>20</sup> Art.11 al.2 du Règlement d'arbitrage de la CCIAD, 9.3 du Règlement d'arbitrage du GICAM, art. 2.4 du Règlement d'arbitrage de la CCI.

<sup>21</sup> Art. 11 du Règlement d'arbitrage de la CCIAD, 9.3 et 9.2 Règlement d'arbitrage du GICAM, art. 2.3 et 2.2 Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 12.1 al.2, 12.2 al.3 Règlement d'arbitrage de la CACI, art. 22 du traité OHADA.

<sup>22</sup> Art. 37 al.2 de la loi de 1994 sur les télécommunications.

<sup>23</sup> En droit de l'arbitrage, les arbitres désignés par les parties doivent être confirmés par le centre d'arbitrage après la vérification de sa qualification et de son indépendance, entre autres conditions.

<sup>24</sup> Art. 4.6 RA/CCJA, 14.1 RA/CACI, art. 11 RA/CIAD, 106 RA/GICAM, 2.3, 2.4, 2.5 RA/CCI.

<sup>25</sup> Art. 65 alinéa 8 de la loi sur les communications électroniques.

<sup>26</sup> Règlement d'arbitrage de la CCJA art. 4.1, Règlement d'arbitrage de la CCI art. 2.7.

introduire une demande par l'envoi au secrétaire général du centre d'une déclaration précisant les faits et circonstances sur lesquels est fondée la demande. Il appartiendra au centre d'aviser les autres parties et les autres membres du tribunal arbitral pour qu'ils fassent leurs observations. Si la récusation n'est pas acceptée par l'autre partie et que l'arbitre ne se déporte pas, la partie intéressée devra adresser une requête au centre pour qu'il décide<sup>27</sup>. Après l'étude des observations des parties donc, le centre d'arbitrage devra se prononcer « sur la recevabilité, en même temps que s'il y a lieu, sur le bien-fondé de la demande de récusation... »<sup>28</sup>. La décision du centre ne peut faire l'objet de recours. Ainsi, si le centre récuse l'arbitre, celui-ci devra être remplacé.

De même, la constitution du tribunal peut être affectée en cas de démission de l'arbitre. Mais celle-ci peut donner lieu à difficulté si elle est intempestive et a un but dilatoire. C'est pourquoi il appartiendra au centre d'accepter ou non cette démission<sup>29</sup>. Cependant, en cas de révocation de l'arbitre d'un commun accord par les parties, le centre devra juste être informé.<sup>30</sup> Par ailleurs, un des arbitres peut décéder ou être empêché en cours de procédure.

Dans toutes ces hypothèses, il appartiendra souvent au centre d'apprécier l'opportunité d'un remplacement, surtout si l'arbitre empêché n'était pas le président du tribunal arbitral, et ceci compte tenu de l'état d'avancement de la procédure<sup>31</sup>. En tout cas, toutes les parties intervenant dans la procédure arbitrale doivent être informées de la cause d'une potentielle modification de la composition du tribunal arbitral, et devront être en mesure de faire des observations, orales ou écrites. S'il y a finalement lieu à remplacement, celui-ci devra se faire suivant la procédure de nomination. C'est ainsi que la partie qui avait désigné l'arbitre à remplacer en désignera un autre<sup>32</sup>.

Qu'en est-il en matière de télécommunications ?

Une fois de plus, devant le mutisme du législateur de 2010 sur la question, on se trouve obligé de recourir à la loi de 1998. L'étude de cette loi, en ses articles 37 à 38, permet de voir que ce texte aussi reste muet sur les incidents susmentionnés pouvant modifier la constitution initiale du tribunal arbitral. Que ce soit la récusation, le décès, la démission ou le remplacement, rien n'est prévu. On peut tenter de résoudre ce problème. En cas de décès de l'arbitre, ou de démission dont la solution est le remplacement, il est très logique que ce soit à l'Agence, auteur de la nomination des arbitres, de pourvoir un autre arbitre<sup>33</sup>.

Ce qui est inquiétant par contre est qu'il ne soit pas prévu de procédure de récusation. Le législateur veut-il dire qu'en tout état de cause l'arbitre que peut commettre l'Agence ne sera

jamais partial ni dépendant vis-à-vis d'une partie ? Il est assez difficile d'admettre pareille hypothèse, tant il est vrai que l'Agence ne peut pas tout savoir sur celui qu'elle nomme arbitre. Il ne sera donc pas étrange que l'une des parties trouve en l'arbitre des motifs de récusation. Dans ce cas, quelle procédure devra-t-elle suivre pour obtenir la récusation de cet arbitre ? A l'analyse, on peut observer que rien a priori ne s'oppose à ce que la procédure de récusation prévue dans les règlements d'arbitrage communs soit suivie. Ainsi, la partie qui voit en l'arbitre des causes de récusation devra, le plus rapidement possible, faire une déclaration contenant les motifs de récusation à l'organe compétent de l'Agence. Après avoir entendu les parties et l'arbitre en cause, l'Agence pourra prendre une décision. Une telle adoption du mécanisme de la procédure arbitrale s'avère incontournable si la justice rendue sous l'égide de l'Agence se veut crédible. En effet, s'il n'y a pas de mécanisme de garantie devant assurer l'impartialité du tribunal arbitral, la décision rendue ne sera probablement que pure mascarade, venant à l'encontre de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui dispose que chacun a droit à un procès équitable.

Ainsi, en cas d'intervention d'incidents ultérieurs à la constitution du tribunal arbitral, rien dans le texte ne s'oppose à ce que l'Agence joue le rôle dévolu à un véritable centre d'arbitrage en décidant de l'opportunité d'un remplacement. Et puisqu'elle est l'auteur de la désignation des arbitres, c'est elle qui devra les remplacer.

A ce niveau de notre étude, on peut remarquer que dans la constitution du tribunal arbitral, l'Agence joue le 1<sup>er</sup> rôle en « commettant immédiatement » les arbitres sans même consulter les parties, et sans qu'elles n'aient eu la possibilité de désigner elles-mêmes leur arbitre. De ce point de vue, le rôle de l'Agence va au-delà de celui dévolu à un centre d'arbitrage ordinaire qui doit se contenter d'« organiser... la résolution par voie d'arbitrage des différends »<sup>34</sup> tout en laissant la 1<sup>ère</sup> place à la volonté des parties dans le choix des arbitres. Ainsi, en cours de procédure, en cas d'incidents affectant la constitution du tribunal arbitral, il lui reviendra de juger de l'opportunité d'un remplacement d'un arbitre et d'y pourvoir.

Si le tribunal arbitral est constitué, c'est pour que l'instance arbitrale puisse avoir lieu, laquelle instance ne pourra se faire que difficilement sans une 1<sup>ère</sup> comparution.

## B. L'agence dans la 1<sup>ère</sup> comparution proprement dite

La particularité de la 1<sup>ère</sup> comparution en matière d'arbitrage institutionnel vient de ce que c'est au cours de celle-ci que les parties, en présence de l'arbitre, s'entendent sur les modalités de la procédure qui reposent sur leur volonté. Ceci

<sup>27</sup> La procédure ainsi décrite est celle du Règlement d'arbitrage de la CCJA art 13. Les procédures similaires sont prévues par les autres Règlements d'arbitrage : Règlement d'arbitrage de la CCJA art 4.2 2<sup>ème</sup>, Règlement d'arbitrage de la CACI art 13.1, Règlement d'arbitrage du GICAM art 10.2, Règlement d'arbitrage de la CCI art 2.8 et 9.

<sup>28</sup> Art. 10.2 Règlement d'arbitrage du GICAM. Voir également : Règlement d'arbitrage de la CCJA art 4.2, Règlement d'arbitrage /CCIAD art 13 al 7, Règlement d'arbitrage de la CCI art 2.9.

<sup>29</sup> Règlement d'arbitrage du GICAM art 10.3.

<sup>30</sup> Ceci se comprend par le primat de la volonté des parties en la matière, car ce qu'elles ont fait, elles peuvent le défaire.

<sup>31</sup> Art. 10.3 al3 Règlement d'arbitrage du GICAM, art 15.2 al 2 du Règlement d'arbitrage de la CCIAD.

<sup>32</sup> Ceci se déduit de la lecture analytique de l'article 14 al.3 Règlement d'arbitrage de la CCIAD, disposition relative au remplacement art. 15.2 du Règlement d'arbitrage CCIAD, art. 12. 2 Règlement d'arbitrage de la CCI, art.10.4 du Règlement d'arbitrage du GICAM.

<sup>33</sup> Ce d'autant plus qu'en arbitrage en général, la procédure de remplacement de l'arbitre suit exactement celle de sa désignation et de sa nomination.

<sup>34</sup> Art. 1 du Règlement d'arbitrage de la CACI.

dit, la question à laquelle nous essaierons de répondre dans cette partie est la suivante : au regard du rôle de l'Agence dans la 1<sup>ère</sup> comparution des parties et des modalités de cette 1<sup>ère</sup> comparution, peut-elle être assimilée à un centre d'arbitrage ? Cette étude nous impose d'examiner au préalable comment se fait la première comparution des parties dans la procédure arbitrale telle qu'on la connaît. On peut ainsi remarquer que le centre d'arbitrage généralement joue un rôle important dans la préparation de la 1<sup>ère</sup> comparution (1) et un rôle presque effacé dans le déroulement de la 1<sup>ère</sup> comparution (2).

### 1. Le centre d'arbitrage et la préparation de la 1<sup>ère</sup> comparution

Les règlements d'arbitrage placent le centre d'arbitrage au cœur des préparatifs de la 1<sup>ère</sup> comparution. Il s'agit précisément de recevoir la demande d'arbitrage et la réponse à celle-ci, et de mettre les parties en contact avec le tribunal arbitral.

A cet effet, le RA/CCJA prévoit que c'est la Cour qui reçoit la demande d'arbitrage en la personne de son secrétaire général<sup>35</sup>. La partie demanderesse doit joindre au dossier qu'elle envoie au centre l'état de l'envoi un exemplaire de la demande aux autres parties. La partie défenderesse doit faire pareil en adressant une copie de la réponse au demandeur et une autre copie au centre<sup>36</sup>. C'est après réception de la demande d'arbitrage, de la réponse et des compléments s'il y en a, que la cour est saisie et peut fixer la provision et mettre les parties en contact pour la suite de la procédure<sup>37</sup>. La même formule est prévue par le RA/CACI mais à quelques nuances près.

Ici en effet, si c'est à la cour de recevoir la demande d'arbitrage<sup>38</sup>, il n'est pas exigé qu'il y soit joint une preuve qu'un exemplaire de la demande a été adressé à la partie défenderesse. On peut retenir 2 choses : il se pourrait que le législateur du Règlement d'arbitrage de la CACI ait pensé qu'il allait de soi qu'avant d'envoyer la demande au centre, le demandeur en a envoyé un exemplaire à son adversaire. Mais les choses ne sont pas aussi sûres lorsqu'on observe ce qui se passe en procédure civile : la partie qui se plaint saisit d'abord le tribunal compétent, et c'est le juge qui fixe la date de comparution, date qui sera plus tard signifiée au défendeur<sup>39</sup>. Le silence des textes de la CACI ne peut donc pas être interprété avec assurance dans ce sens. Il est en outre possible que le législateur ait pensé qu'il appartient au centre d'envoyer une copie de la demande d'arbitrage à la partie défenderesse. Cela supposerait qu'il lui appartiendrait (au centre) de faire une copie qu'elle enverrait au défendeur. Cette interprétation nous paraît plus évidente, ce d'autant plus que le RA/CCIAD adopte un système similaire. Ainsi, aux termes de l'article 4 alinéa 1 du RA/CCIAD, c'est le secrétaire général du centre qui reçoit la demande d'arbitrage

du demandeur en autant d'exemplaires qu'il y a de parties, plus un pour le secrétaire général et un pour chaque arbitre. Puis le secrétariat notifie au demandeur la réception de la demande et communique copie de ladite demande à l'autre partie<sup>40</sup>. S'agissant de la réponse à la demande d'arbitrage, le défendeur doit l'adresser au secrétariat dans les 30 jours à compter de la réception de la demande d'arbitrage envoyée par le secrétariat du centre, et ceci en autant d'exemplaires que la demande. Le centre devra faire parvenir les copies de la réponse et des pièces annexées aux demandeurs dans les 7 jours qui suivent. Le rôle du centre ici s'avère être plus accentué qu'à la CCJA car ici tout passe par le centre. La même formule est prévue par le Règlement d'arbitrage de la CCI, article 3.1, 3.3, 4.5 et 8.

Pour la suite de la procédure, après réception de la demande d'arbitrage, de la réponse et éventuellement de la note complémentaire, le RA/CCJA prévoit que le secrétaire général saisit la cour pour la fixation de la provision, pour les frais de l'arbitrage, pour la mise en œuvre de celui-ci, et s'il y a lieu, la fixation du lieu d'arbitrage. Après quoi le dossier de procédure devra être remis au tribunal arbitral par la cour<sup>41</sup>. Le RA/CCI se montre plus précis. L'article 10 dispose en effet : « sous réserve des dispositions de l'article 9 –relative aux provisions–, le secrétariat saisit l'arbitre du dossier de l'affaire dès réception de la réponse du défendeur à la demande d'arbitrage... ».

S'agissant des télécommunications, dans le silence de la loi de 2010, il faut encore se tourner vers la loi de 1998 pour avoir un début de réponse à cette question. La disposition de la loi de 1998 relative au rôle de l'Agence dans la préparation de la comparution est l'article 37 alinéa 2. Suivant cette disposition, l'Agence a pour rôle de commettre immédiatement un ou plusieurs arbitres, d'informer les parties concernées et de leur fixer un délai pour faire valoir leurs droits. Cette disposition appelle 3 observations au moins.

D'abord, c'est l'Agence qui choisit le ou les arbitres qui vont juger ou connaître de l'affaire. Ceci n'arrive qu'exceptionnellement en droit de l'arbitrage, comme mentionné plus haut<sup>42</sup>.

Ensuite, après avoir commis les arbitres, l'Agence « en informe les parties concernées ». Dans le silence du texte, on peut penser que l'information ici a pour objet de faire connaître aux parties que leur affaire sera tranchée par les arbitres commis. En droit de l'arbitrage, cette information n'est pas nécessaire puisque ce sont les parties, ou alors l'une d'elle, qui déclenche la procédure arbitrale. Puisqu'en télécommunications ce ne sont pas les parties qui déclenchent la procédure arbitrale, il est normal que ce soit l'Agence qui les informe de la suite probable de la procédure<sup>43</sup>. Mais on doit savoir qu'en cas de litige tombant

<sup>35</sup> Art. 5.

<sup>36</sup> art. 6 1<sup>er</sup>ement. Voir aussi Règlement d'arbitrage du GICAM art. 11 et 12.

<sup>37</sup> Art. 8.

<sup>38</sup> Art. 4.1 du Règlement d'arbitrage de la CACI.

<sup>39</sup> Art. 19 et s. du Code de procédure civile et commerciale.

<sup>40</sup> Art. 4 al. 2.

<sup>41</sup> C'est la même chose dans le Règlement d'arbitrage du CCIAD dont l'article 17 dispose que le secrétariat du centre transmet au tribunal

arbitral le dossier dès que celui-ci est constitué et sous réserve que la provision réclamée... ait été versée ». Voir également art 20 Règlement d'arbitrage du GICAM.

<sup>42</sup> Voir supra, 1<sup>ère</sup> partie, chapitre 2, sect. 1, para 1.

<sup>43</sup> L'arbitrage semble n'être qu'une probabilité parce que la loi réserve aux parties le droit de saisir les juridictions de droit commun après la décision de l'agence : art 37 al 2.

dans le domaine de la loi de 2010, après la décision de l'Agence et si celle-ci est contestée, ce sera à l'Agence de commettre les arbitres<sup>44</sup>. Pour que l'ensemble soit harmonieux, il semble important de préciser que l'Agence doit être mise au courant de ce que l'une ou l'autre partie conteste sa décision. Ce n'est qu'après cette formalité qu'elle devra contacter les arbitres. Dans le silence des textes une fois de plus, on peut penser qu'une simple note de la partie contestataire à laquelle a été jointe la décision de l'Agence et les références de l'affaire, suffira et ceci dans un délai raisonnable.

Enfin, la loi précise que l'Agence doit fixer aux parties un délai pour faire valoir leurs droits. Il ne fait pas de doute ici que les parties doivent faire valoir leurs droits devant le ou les arbitre(s)<sup>45</sup>. On comprend donc que c'est à l'Agence de fixer le délai pour que les parties informent le tribunal arbitral de leurs prétentions. Le texte ne nous dit pas s'il s'agira d'une première comparution devant l'arbitre ou si elles sont libres de transmettre leurs conclusions. Dans la 1<sup>ère</sup> hypothèse, on peut déduire qu'il appartient à l'Agence de fixer la date de la première comparution devant l'arbitre. Ceci serait différent de ce qui se passe en droit de l'arbitrage où le centre se contente de remettre le dossier à l'arbitre et c'est à ce dernier que revient la tâche de convoquer « les parties ou leurs représentants ... à une réunion » qui se trouve être la 1<sup>ère</sup> comparution nommée souvent conférence préparatoire<sup>46</sup>. Dans cette hypothèse, l'Agence ferait plus qu'un centre d'arbitrage ordinaire.

Dans la 2<sup>ème</sup> hypothèse, on comprendra que les parties devront envoyer leurs conclusions au tribunal, qui sera libre d'établir, à partir de l'état des derniers dires des parties, un acte précisant sa mission<sup>47</sup>, ou convoquer les parties à une conférence préparatoire.

Rien dans le texte ne nous permet de pencher pour l'une ou l'autre hypothèse. Cependant, vu l'enjeu que peut revêtir l'affaire, il serait important que tout se passe avec précaution et minutie, et dans l'établissement de sa mission par l'arbitre, il serait intéressant qu'il y ait une comparution avec cela pour objet. Ainsi nous pensons que l'hypothèse à retenir devrait comprendre la comparution.

Par ailleurs, on peut toujours se dire que les télécommunications étant une mission de service public, il est de l'intérêt de l'État et des consommateurs que tout se fasse dans la procédure de l'urgence. Si on veut tenir compte de ce dernier détail, on admettra que ce soit l'Agence qui convoque les parties à la première comparution, ce qui traduira le cas échéant un dépassement par l'Agence des pouvoirs habituels d'un centre d'arbitrage.

Des précisions doivent encore être faites s'agissant de cette première comparution.

## 2. Les acteurs et l'objet de la 1<sup>ère</sup> comparution

Notons à titre de rappel qu'en matière d'arbitrage institutionnel, la première comparution des parties est capitale. Cette comparution dénommée "réunion" dans certains RA, est la toute 1<sup>ère</sup> de la procédure arbitrale et met en présence les parties et le tribunal arbitral. C'est ainsi que le RA/GICAM dispose<sup>48</sup>, relativement à cette première comparution, qu'« après réception du dossier par le tribunal arbitral, celui-ci convoque les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils à une réunion qui doit se tenir aussi rapidement qu'il est possible... ». La formule est quasiment la même dans le RA/CCJA<sup>49</sup>. Celle du RA/CACI est plus sommaire. L'article 18 alinéa 1 du RA/CACI dispose en effet que « Dès réception du dossier le tribunal arbitral convoque les parties et leurs conseils à une réunion qui doit être tenue dans les plus brefs délais ». Mais la formule de la CCIAD s'avère être plus explicite en ce qu'elle ne laisse subsister aucune ambiguïté sur le moment où doit avoir lieu la 1<sup>ère</sup> comparution, et l'objet de celle-ci. L'article 20 du RA/CCIAD dispose en effet : « A la réception du dossier et avant de procéder à l'instruction de la cause, le tribunal arbitral convoque toutes les parties à une conférence préparatoire qui doit se tenir dans les 15 jours ». Il devient aisé de comprendre que cette 1<sup>ère</sup> comparution n'est pas encore l'instance, mais ne constitue que les préparatifs de ladite instance. La particularité du RA/CCI est de définir la comparution par son objet. L'article 13.1 pose ainsi qu'« Avant de commencer l'instruction de la cause, l'arbitre établit sur pièces ou en présence des parties en l'état des derniers dires de celles-ci, un acte précisant sa mission ». On retient donc qu'en arbitrage institutionnel la réunion pour la fixation de la mission des arbitres se fait devant le tribunal arbitral.

Lorsqu'on examine l'état des choses en télécommunications, on ne peut s'empêcher de s'interroger. Ici en effet, la loi de 2010 suscitée dispose clairement que « L'Agence est compétente pour connaître des différends entre opérateurs de télécommunications »<sup>50</sup>, et c'est dans l'hypothèse où sa décision est contestée que la procédure arbitrale sera envisagée.

Puisque les parties comparaissent pour la 1<sup>ère</sup> fois devant l'Agence, on ne peut que déduire que c'est différent de ce qui passe en arbitrage où le centre d'arbitrage n'est qu'une sorte de "facilitateur". Cependant, remarquons qu'il n'est mentionné nulle part dans la loi que c'est au centre de connaître du litige en premier. Ainsi, lorsque l'Agence connaît en premier de l'affaire, cela n'entre à notre avis pas dans la procédure arbitrale qui n'est déclenchée que lorsque l'Agence a déjà rendu sa décision. Les acteurs de la première comparution doivent donc être cherchés après que l'Agence ait commis les arbitres.

<sup>44</sup> Aux termes de la loi, l'Agence n'a pas vraiment de pouvoir d'appréciation, vu la présence de l'adverbe « immédiatement ».

<sup>45</sup> En effet, l'Agence connaît déjà l'affaire et connaît les prétentions des parties et surtout celles de la partie défaillante ou de celle qui se plaint. En plus, les motifs de contestation doivent déjà être parvenus à sa connaissance, puisque ces motifs doivent être dans le dossier qui fait connaître à l'Agence que sa décision est contestée. Enfin, ce n'est plus l'Agence qui doit connaître du litige pour exiger que les parties à ce stade fassent valoir leurs droits devant elle.

<sup>46</sup> Art. 20 Règlement d'arbitrage de la CCIAD. Art. 20.1 Règlement d'arbitrage du GICAM, art 18 Règlement d'arbitrage de la CACI, art 20 Règlement d'arbitrage de la CCIAD, pour ne citer que ceux-là.

<sup>47</sup> Cette formule est présente dans le Règlement d'arbitrage de la CCI art 13.1. Ici donc il n'y aura pas de conférence préparatoire et la 1<sup>ère</sup> comparution sera déjà une instruction de la cause.

<sup>48</sup> Art. 20.1

<sup>49</sup> Art. 15.1.

<sup>50</sup> Art. 65 al 1.

Penchons-nous à présent sur l'objet de la réunion.

Les RA s'accordent sur l'existence d'une 1<sup>ère</sup> comparution des parties devant le tribunal arbitral qui aura pour objet de constater la saisine de l'arbitre et les demandes sur lesquelles il doit se prononcer, de constater si les parties se sont entendues sur les modalités majeures de la procédure arbitrale, de fixer un calendrier prévisionnel de la procédure arbitrale<sup>51</sup>, bref, de fixer la mission de l'arbitre. La loi sur les communications électroniques ne fait pas littéralement usage de la terminologie « conférence préparatoire ». Cependant, la loi de 1998 en parle en son article 38 *in fine* en ces termes : « Il fixe, en accord avec les parties, le lieu de l'arbitrage... ». Bien que ce bout de phrase soit incrusté dans les dispositions relatives aux modalités générales de la juridiction de l'arbitre<sup>52</sup>, nous pensons que le texte envisage la tenue d'une conférence préparatoire.

Parvenus à ce niveau de notre analyse, nous constatons que le rôle de l'Agence dans la 1<sup>ère</sup> comparution ne diffère pas tellement de celui d'un centre d'arbitrage ordinaire, à cette nuance près que l'Agence « outrepassé » souvent ses fonctions en commettant d'elle-même les arbitres devant connaître de l'affaire et en fixant le délai de production par les parties de leurs prétentions. Mais cet outrepassement ne nous semble pas être de nature à faire soutenir que l'Agence ne joue pas le rôle d'un centre d'arbitrage ordinaire. Les choses demeurent-elles ainsi lorsqu'il s'agit du rôle de l'Agence dans la suite de la procédure ?

## II. La place de l'agence dans la suite de la procédure

Il est question ici de comparer le rôle de l'Agence dans le déroulement de la procédure arbitrale au rôle qu'un centre d'arbitrage joue normalement dans une procédure arbitrale. Dans cette optique, il est constant qu'une institution arbitrale est chargée des tâches d'administration de l'arbitrage relatives à l'organisation de celui-ci et à la procédure arbitrale<sup>53</sup>. Nous marquerons un temps d'arrêt sur ces différentes tâches (A). Nous examinerons ensuite la nature des actes rendus par l'Agence dans sa juridiction (B).

### A. Les différentes tâches de l'agence dans la suite de la procédure

Une 1<sup>ère</sup> lecture de la loi suscitée laisse remarquer que l'Agence, dans la procédure arbitrale, n'administre pas la procédure<sup>54</sup> arbitrale et se contente de commettre les arbitres. Pour Paul-Gérard POUGOUE et les autres<sup>55</sup>, lorsque les choses se présentent ainsi, l'arbitrage dont il est question ne devrait pas être qualifié d'arbitrage institutionnel, « puisque l'institution ne suit pas le déroulement de la procédure arbitrale. Il y a simplement un arbitrage ad hoc avec tiers préconstitué pour la désignation des arbitres ». Cette solution pourrait être adoptée pour l'arbitrage des Télécommunications, mais il y a 2 réserves.

Premièrement dans la logique de ces auteurs, ce sont les parties qui prennent l'initiative de s'adresser à l'institution pour qu'elle désigne l'arbitre, alors qu'en télécommunications, la seule contestation de la décision de l'Agence par les parties rend possible la tenue d'une procédure d'arbitrage.

Deuxièmement, une analyse plus minutieuse des tâches d'un centre d'arbitrage d'une part, et d'autre part de la loi suscitée, permet de se rendre compte que le rôle de l'Agence ne se limite pas tant que cela à la constitution du tribunal arbitral.

Les tâches habituelles d'un centre d'arbitrage concernent essentiellement, la nomination des arbitres, leur récusation, leur remplacement, la demande d'arbitrage et la réponse à la demande, l'examen *prima facie* de l'existence de la convention d'arbitrage, la fixation des provisions, la détermination du siège de l'arbitrage, et l'examen préalable par le centre des projets de sentences. Ces attributions, relevées par Pierre MEYER<sup>56</sup> à propos de l'arbitrage OHADA, ne seront pas prises en compte telles quelles. D'ailleurs, les questions relatives à la constitution du tribunal arbitral et à la 1<sup>ère</sup> comparution ont déjà été envisagées. En définitive, nous étudierons d'une part la mise en œuvre de la procédure arbitrale (1), et d'autre part la teneur des sentences arbitrales (2).

### 1. Les tâches de l'Agence relatives à la mise en œuvre de la procédure arbitrale

Il s'agit de la fixation du lieu de l'arbitrage d'une part, et d'autre part, de la notification de la sentence aux parties.

Dans la 1<sup>ère</sup> question, relative au siège de l'arbitrage, le centre d'arbitrage a un rôle prépondérant à jouer lorsque les parties n'ont rien décidé ou ne parviennent pas à se mettre d'accord. Ainsi, conformément à l'article 13 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, si les parties n'ont pas prévu de lieu, celui-ci est fixé par la cour avant transmission du dossier au tribunal arbitral. S'il s'avère que le lieu choisi par la cour ne peut abriter l'arbitrage, un autre lieu est choisi à la demande des parties ou de l'arbitre. Par ailleurs, après consultation des parties, l'arbitre peut décider de tenir les audiences en tout autre lieu. En cas de désaccord, la cour statue. La formule est presque la même dans les Règlement d'arbitrage du GICAM et Règlement d'arbitrage de la CCIAD à cette différence près que si les parties ne se sont pas entendues, celui-ci est fixé au lieu où est implanté l'institution, à savoir à Douala pour le 1<sup>er</sup> et à Dakar pour le 2<sup>nd</sup>. Le Règlement d'arbitrage de la CACI ne souffle mot sur la question, tandis que le Règlement d'arbitrage de la CCI prévoit qu'à défaut d'accord des parties la cour fixe le lieu.

En définitive donc, on peut retenir qu'il revient aux parties de fixer le lieu de l'arbitrage. Si elles ne l'ont pas fait, le centre d'arbitrage devra intervenir. Et si l'arbitre veut changer le

<sup>51</sup> Art. 51 Règlement d'arbitrage de la CCJA.

<sup>52</sup> La teneur de cet article est la suivante : « L'arbitre diligente librement la procédure, guidé par les seuls principes d'impartialité, d'équité et de justice. Il fixe, en accord avec les parties, le lieu de l'arbitrage et peut à tout moment demander à l'une ou l'autre des parties de lui soumettre des renseignements complémentaires qu'il juge nécessaires à son information ».

<sup>53</sup> P. MEYER, *OHADA : Droit de l'arbitrage*, Bruylant, collection Droit Uniforme Africain, Bruxelles 2002, p. 33.

<sup>54</sup> Art. 38 de la loi.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 14

<sup>56</sup> *Op. cit.* p. 33.

lieu initialement choisi par les parties et qu'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord, le centre statuera.

En télécommunications, l'article 38 de la loi de 1998 précise que l'arbitre « fixe en accord avec les parties le lieu de l'arbitrage ... »<sup>57</sup>. Ici donc, la fixation du siège de l'arbitrage est un problème qui concerne l'arbitre et les parties. On peut aisément comprendre cet état de choses. En effet, en théorie de l'arbitrage, l'arbitrage a un fondement conventionnel, et les parties ont la faculté de s'entendre, dans leur clause compromissoire ou à l'occasion du compromis, du lieu de l'arbitrage. Cependant, en télécommunications, le recours à l'arbitrage n'a pas pour fondement la volonté des parties, de sorte qu'on peut valablement penser qu'elles n'ont jamais pu s'entendre sur le lieu d'un éventuel arbitrage qui leur aura été imposé suite à la contestation de la décision de l'Agence. On aurait bien pu penser que le législateur puisse prévoir qu'en cas de contestation de la décision de l'Agence, cette dernière devra convoquer les parties et leur faire obligation de s'entendre sur le lieu de l'arbitrage. Mais ce serait à notre avis maladroit, dans la mesure où les parties, obligées de comparaître devant l'arbitre, multiplieront sûrement des manœuvres dilatoires, ce qui ne fera que perdre plus de temps. Or cette perte de temps serait préjudiciable à la célérité prônée par le législateur. Il n'est donc pas superflu de penser que l'entente sur le lieu de l'arbitrage ne pourra valablement se faire que par les parties devant le tribunal arbitral. Mais il faut dire que cet état de choses n'est pas très éloigné de ce qui se passe en droit de l'arbitrage ou selon les circonstances, le tribunal arbitral participe à la fixation du lieu de l'arbitrage.

Généralement le centre d'arbitrage intervient également dans la notification des sentences aux parties. Ainsi, pour le Règlement d'arbitrage de la CCIAD<sup>58</sup>, le centre communique les copies des sentences aux parties et offre son aide pour toute autre formalité nécessaire. La même solution est retenue en CCJA<sup>59</sup> et en arbitrage CACI<sup>60</sup> où il est précisé que « La sentence rendue, le secrétaire général en notifie aux parties le texte signé de l'arbitre... ». En arbitrage GICAM<sup>61</sup>, la sentence rendue est déposée en original au secrétariat général du centre et le centre prête son concours aux parties pour l'accomplissement de toute autre formalité nécessaire<sup>62</sup>. Le Règlement d'arbitrage de la CACI se fait plus catégorique lorsqu'il affirme en son article 34.1 que le secrétaire général est seul habilité à notifier la sentence aux parties.

En droit des télécommunications, il ne revient pas à l'Agence de notifier la décision de l'arbitre aux parties. Ceci est déduit de l'analyse de l'article 65 alinéa 9 de la loi N°2010/013 suscitée aux termes duquel : « Elles (les décisions rendues par les arbitres) s'imposent aux parties qui doivent s'y conformer dans un délai de trente (30) jours, et sont communiquées à l'Agence qui peut les publier. ». Il s'en déduit que la tâche de notifier la sentence aux parties n'est

pas dévolue au régulateur. En effet, une fois que celle-ci est rendue, elle doit être notifiée aux parties qui devront s'y conformer dans le délai prescrit, le régulateur ne rentrant en jeu qu'après la notification. Elle doit recevoir communication de la sentence et peut la publier<sup>63</sup>. Ainsi, s'il ne fallait s'en tenir qu'à cette tâche, on pourrait bien conclure que l'Agence ne joue pas le rôle d'un centre d'arbitrage.

## 2. Les tâches de l'Agence relatives à la teneur des sentences arbitrales

Le centre d'arbitrage a pour tâche, à ce niveau, d'examiner les projets de sentences arbitrales et de veiller à ce que la sentence rendue soit impartiale, sans erreurs et à la portée de la compréhension des parties.

S'agissant du 1<sup>er</sup> point, les RA s'accordent sur ce que le centre d'arbitrage doit vérifier les projets de sentence avant leur signature par les arbitres. Ainsi, aux termes de l'article 21 du RA/CCI, l'arbitre doit soumettre le projet à la cour avant de la signer. La cour pourra prescrire des modifications de forme. « Elle peut, en respectant la liberté de décision de l'arbitre, appeler son attention sur des points intéressants le fond du litige ». L'alinéa 3 précise qu'aucune sentence ne peut être rendue sans avoir été approuvée en la forme par la Cour ». La formule est quasiment la même en arbitrage CCIAD,<sup>64</sup> sauf qu'ici, le règlement est muet sur la possibilité laissée au centre de faire des observations sur le fond du litige. Cette précision se retrouve dans le règlement d'arbitrage de la CACI<sup>65</sup>. Par ailleurs, il est souligné ici que les observations du centre ne lient pas le tribunal arbitral. Les arbitres ne sont donc pas tenus de s'y conformer. La particularité du Règlement d'arbitrage du GICAM en cette matière<sup>66</sup> est qu'il précise le domaine des sentences à examiner. Il doit ainsi s'agir des sentences sur la compétence, les sentences définitives et les sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties. Par ailleurs, il est précisé que les modifications de forme qui intéressent le centre dans l'examen sont celles relatives au droit applicable à la procédure, les règles impératives du lieu de l'arbitrage, la motivation des sentences, leur signature et l'admissibilité des opinions dissidentes. L'article 23 RA/CCJA apporte à l'arsenal la précision que les sentences qui ne relèvent pas du domaine suscité ne sont pas soumises à un examen préalable, mais transmises à la cour pour information<sup>67</sup>.

Alors qu'en est-il en télécommunications ?

La réflexion partirait de l'article 65 alinéa 9 de la loi de 2010 aux termes duquel « Elles s'imposent aux parties qui doivent s'y conformer dans un délai de trente (30) jours, et sont communiquées à l'Agence qui peut les publier. ». Tel qu'analysé précédemment, le régulateur n'intervient pas pour notifier la sentence aux parties et ne reçoit que

<sup>57</sup> Cette disposition est absente dans la loi de 2010, mais cela nous semble être une simple omission, en l'absence des dispositions prévoyant le contraire dans ce texte.

<sup>58</sup> Art. 38.

<sup>59</sup> Art. 25.1 Règlement d'arbitrage

<sup>60</sup> Art. 23.

<sup>61</sup> Art. 35.

<sup>62</sup> On pense ainsi qu'il reviendra au secrétaire général de multiplier la sentence pour que les parties puissent en avoir les copies.

<sup>63</sup> Il y a lieu de penser que cette communication a pour but principal d'informer le régulateur de la décision intervenue.

<sup>64</sup> Art. 37.

<sup>65</sup> Art. 32.

<sup>66</sup> Art. 30.

<sup>67</sup> Art. 30 du Règlement d'arbitrage du GICAM.



communication de la sentence après que celle-ci ait été notifiée aux parties. Dans ces conditions, l'on comprend qu'il est fort improbable que la sentence passe par le régulateur avant sa notification aux parties. A fortiori, l'approbation de l'Agence n'est pas requise pour son adoption. Tout se passe donc comme si le rôle de l'Agence se résumait à recevoir les sentences définitives qu'elle pourra communiquer. A ce niveau donc, on peut penser que l'Agence ne joue pas le rôle que joue un centre d'arbitrage en matière de vérification des projets de sentences, ce qui l'éloigne du centre d'arbitrage ordinaire.

Mais en réalité, une telle solution est assez risquée. En effet, il serait assez imprudent que l'Agence ne prenne pas connaissance de la sentence avant qu'elle ne soit communiquée aux parties. Lorsqu'on se penche sur l'importance que revêt le secteur des communications électroniques pour l'économie du pays, il est acquis qu'une décision de l'arbitre pourrait créer plus de problème qu'elle n'en voulait résoudre. L'État, par l'intermédiaire de l'Agence, devrait pouvoir s'assurer que la décision rendue est en adéquation avec la politique du gouvernement sur le secteur, et n'entrave pas son développement et sa participation à l'économie nationale. Elle a donc intérêt à examiner le projet de sentence, examen qui serait stérile si elle n'a pas le droit de prescrire à l'arbitre des modifications à apporter, le cas échéant, à la sentence. A notre avis donc, cette disposition doit être modifiée pour octroyer au régulateur le droit d'examiner le projet de sentence et de faire à l'arbitre des propositions de modifications à y apporter.

C'est le lieu à présent d'examiner comment se fait en droit de l'arbitrage la rectification et l'interprétation des sentences rendues.

Le centre d'arbitrage joue souvent un rôle incontournable lorsque la sentence rendue a besoin d'être interprétée ou est entachée d'erreurs de tous ordres. C'est ainsi que le RA/CCJA pose en son article 26 que toute demande de rectification d'erreur matérielle ou en interprétation ou en complément d'une sentence rendue doit être adressée au secrétaire général du centre qui devra communiquer la requête à l'arbitre. Si, pour une raison ou une autre, le secrétaire général ne peut transmettre la demande au tribunal ayant initialement statué, la cour devra désigner, après avoir recueilli les observations des parties, un autre arbitre. La même formule est retenue dans l'arbitrage GICAM<sup>68</sup>.

Par contre, dans les règlements d'arbitrage CCIAD et CACI, la demande en interprétation ou en rectification est adressée au tribunal arbitral. On pense ainsi qu'à la suite de la procédure chaque partie rentre avec le contact de l'arbitre pour pouvoir le joindre directement en cas de besoin. Il serait donc possible de penser qu'ici la procédure de rectification et d'interprétation se fera hors de l'égide du centre.

<sup>68</sup> Il faut noter qu'il serait mieux pour les parties que le tribunal arbitral initial puisse être reconstitué. Cela leur serait bénéfique pour une issue moins longue du procès ; elles gagneraient en plus du point de vue financier puisque le Règlement d'arbitrage du GICAM pose que les parties ne devront verser les honoraires que si le tribunal arbitral initial n'a pas pu être reconstitué, les frais de la reconstitution devant être

En l'absence de dispositions implicites sur ce sujet dans la loi sur les communications électroniques, la réflexion partirait encore de la même disposition que tout à l'heure<sup>69</sup>. Ainsi, l'Agence qui occupe ici le poste de simple observateur, n'interviendra pas dans l'interprétation ou la rectification de la sentence. Dans ces conditions, les parties devront se tourner vers l'arbitre.

Au demeurant, il appert que le législateur a modifié sa position au fil des lois. En effet, alors que la loi de 1998 accordait au régulateur une plus grande place dans la procédure arbitrale, la loi de 2010 l'a relégué à la commission du tribunal arbitral, du moins par rapport aux tâches du centre d'arbitrage déjà étudiées. Cette solution comporte d'énormes risques pour la bonne marche du secteur. La solution demeurera-t-elle la même après l'examen de la nature des actes que rend l'Agence dans la procédure arbitrale ?

## **B. La nature des actes de l'agence dans la procédure arbitrale**

Le centre d'arbitrage n'intervient dans une procédure arbitrale qu'en tant que facilitateur. C'est pour cela qu'en principe, les actes qu'il rend dans le cadre d'une procédure arbitrale sont en principe des actes administratifs (1). Mais il y a lieu de se demander si ces actes sont toujours de nature administrative (2).

### **1. Les actes de l'Agence sont en principe de nature administrative**

Dans l'arbitrage institutionnel, le centre a pour rôle de remplir les tâches d'administration de l'arbitrage. Les actes posés dans ce cadre seront donc des actes d'administration. La précision est d'ailleurs donnée dans certains cas. L'article 1<sup>er</sup> RA/CCJA dispose à cet effet : « La CCJA exerce des attributions d'administration des arbitrages dans le domaine qui lui est dévolu par l'article 21 du traité.

Les décisions qu'elle prend à ce titre, en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence, sont de nature administrative ». Cette mission d'administration et plus précisément d'organisation de la procédure arbitrale s'oppose à celle qui consiste à trancher le litige au fond. La précision suivante est d'ailleurs donnée dans certains RA<sup>70</sup> : « Le centre ne tranche pas lui-même les différends, mais a pour mission d'organiser les procédures d'arbitrage ». Le RA/CCJA se veut plus explicite dans les missions d'administration<sup>71</sup> en disposant : « La CCJA ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentences... ». Cette distinction se retrouve également dans le RA/GICAM en son article 7.2 en ces termes : « Le centre ne tranche pas lui-même les différends. Il organise les procédures arbitrales et veille à leur bon déroulement ». Ainsi, donc, ces décisions de nature

supportés par l'auteur de la requête si la demande est rejetée, et par les 2 parties si elle ne l'est pas.

<sup>69</sup> Art.65 al 9 de la loi de 2010.

<sup>70</sup> Art. 2 Règlement d'arbitrage de la CCIAD.

<sup>71</sup> Art. 21al 2 du Traité OHADA.

administrative s'opposeraient aux actes juridictionnels en matière de justice<sup>72</sup>.

Cependant, la tentation demeure grande de comparer ces décisions du centre à des décisions gracieuses. Le lexique des termes juridiques de Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT<sup>73</sup> définit la décision gracieuse comme « celle que prend le juge en vertu de son pouvoir d'impérium (par opposition à ses pouvoirs de *juridicio*) en l'absence de litige pour favoriser l'instruction, protéger certaines personnes, vérifier ou authentifier certains actes, régler certains problèmes urgents ». La distinction entre la décision gracieuse et la décision de nature administrative ne laisse plus de doute lorsqu'on lit la suite de la définition : « La décision gracieuse, qui ne dessaisit pas le juge, est en principe, dépourvue de l'autorité de la chose jugée, mais elle est susceptible de voies de recours ». En effet, la décision de nature administrative en matière judiciaire, qu'on pourrait nommer ici mesure d'administration judiciaire, ne peut faire l'objet de recours. Jean VINCENT et Raymond GUILLIEN<sup>74</sup> la définissent comme « un acte relatif au fonctionnement d'une juridiction. Aucun recours n'est ouvert contre un tel acte, qui ne peut être déféré à la Cour de cassation, fût-ce pour excès de pouvoir ». Ce raisonnement se retrouve dans certains RA qui précisent : « Le centre (la cour) statue sans recours sur la nomination, la confirmation, la récusation ou le remplacement d'un arbitre »<sup>75</sup>. Ces tâches relèvent ainsi de ceux pour lesquels les actes émis sont de nature administrative. Ce qu'il y a lieu de retenir est que dans la procédure arbitrale, au moins en principe, les décisions du centre d'arbitrage sont de nature administrative.

Si on se penche à présent sur ce qui se passe en télécommunications, de prime abord on a l'impression que le législateur a donné à l'Agence le pouvoir de connaître du fond du litige. Ceci se déduirait de l'article 65 alinéa 1 de la loi de 2010 qui dispose : « L'Agence est compétente pour connaître, avant la saisine de toute juridiction étatique, des différends entre opérateurs des réseaux de communications électroniques. ». Ceci est assez révélateur de ce que le litige qui oppose les parties devra d'abord être tranché par l'Agence avant qu'une suite devant un arbitre soit envisagée. En plus de cela, l'Agence elle-même a sorti des textes réglementant les modalités de sa juridiction. Mais ne perdons pas de vue que lorsque l'Agence examine le litige au fond, il n'est pas encore envisagé qu'elle soit encore revêtue de la casquette de centre d'arbitrage dès lors que cette hypothèse ne naît qu'après qu'elle ait rendu sa décision et si les parties la contestent. Il convient ainsi de garder cette distinction à l'esprit lorsqu'il est question de voir si l'Agence peut être assimilée à un centre d'arbitrage. En définitive, il nous est permis de dire que dans le cadre de la procédure arbitrale l'Agence n'examine pas le litige au fond.

Cependant, il faut remarquer que le centre d'arbitrage peut rendre des décisions qui ne soient pas de nature administrative au sens où on l'entend.

## 2. Discussion sur la nature de certains actes du centre d'arbitrage dans le cadre de la procédure arbitrale

Nous avons relevé sur la base des différents RA des centres d'arbitrage, que les actes posés dans la procédure arbitrale sont de nature administrative. Cependant, en analysant les diverses compétences du centre d'arbitrage dans la procédure arbitrale, il est permis de se poser des questions et ainsi d'émettre des réserves.

Ainsi, pour Pierre MEYER<sup>76</sup>, « Si certaines de ces attributions ont incontestablement un caractère administratif, le doute est cependant permis pour les attributions en matière de récusation des arbitres, d'examen *prima facie* de l'existence de la convention, et plus encore pour ce qui a trait à l'examen des projets de sentence ». Mais contrairement à lui, nous pensons que la mission de la cour dans le cadre de la constitution du tribunal arbitral donne lieu à des actes de nature administrative. Par contre, la réalité est différente pour ce qui est de l'examen de l'existence de la convention d'arbitrage et de l'examen des projets de sentence.

S'agissant du 1<sup>er</sup> point, l'article 10.3 RA/CCJA dispose : « Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté *prima facie* l'existence de la convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. » Dans ce cadre, la cour a le pouvoir de trancher une contestation qui oppose les parties sur l'existence de la convention d'arbitrage. Bien que le texte précise qu'elle ne fera qu'un examen *prima facie* « dont la limite reste encore à préciser »<sup>77</sup>, ce qu'elle finira par faire, c'est dire le droit relativement à une contestation, ce qui cesse de faire de l'acte qui en est issu un acte de nature administrative.

Pour ce qui est du 2<sup>nd</sup> point, le RA/CCJA pose en son article 23.2 qu'en matière d'examen des projets de sentence, la Cour ne peut faire que des propositions de pure forme. Cependant, on sait que la distinction entre le fond et la forme n'est pas toujours certaine. A la suite de Pierre MEYER<sup>78</sup>, nous pensons que l'ambiguïté est plus dangereuse à propos de la motivation. En effet, il est possible que la cour relève des défaillances dans les motifs étayant la sentence, et les modifications qu'elle proposera seront immanquablement des modifications de fond. Par ailleurs, le Règlement d'arbitrage de la CCJA pose en son article 23.2 que la cour ne peut proposer que des modifications de pure forme. Le terme « proposer » signifie que les modifications ne pourront s'imposer au tribunal arbitral, comme le précisent d'ailleurs certains RA<sup>79</sup>. Cependant, l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CCI pose qu'aucune sentence ne peut être rendue sans l'approbation de la cour en la forme. Dès lors, il est permis de douter qu'il s'agisse toujours d'un rôle effacé du centre d'arbitrage. En plus, la cour peut attirer l'attention du tribunal sur les points intéressant le fond du litige. Nous

<sup>72</sup> Juridictionnel vient en effet de *juridicio* qui veut dire, dire le droit. Ainsi, classiquement, l'acte juridictionnel est celui qui, émanant d'une juridiction, tranche la contestation sur le fond.

<sup>73</sup> Dalloz, 2007.

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> Art. 10.6 du Règlement d'arbitrage du GICAM, 2.13 du Règlement d'arbitrage de la CCI.

<sup>76</sup> *op. cit.*, p. 33.

<sup>77</sup> P. MEYER, *op. cit.* p. 33.

<sup>78</sup> *op. cit.* p. 223, n°373.

<sup>79</sup> Art. 32 du RA/CACI.

convenons ainsi avec Pierre MEYER<sup>80</sup> qu'« il n'est d'ailleurs pas impossible que le « poids » de la cour créée pour les arbitres - spécialement ceux qui figurent sur la liste des arbitres de la cour - une sorte de contrainte telle que la proposition de modification équivaudra à l'imposition des modifications ». C'est ainsi qu'il ne sera pas étrange que finalement la sentence soit l'œuvre du centre d'arbitrage et non du tribunal arbitral, permettant de remettre en cause la nature administrative des actes du centre d'arbitrage.

Le centre peut donc avoir une influence sur la sentence finale.

### Conclusion

Au demeurant, l'Agence dans la procédure arbitrale a certaines attributions qui font d'elle un centre d'arbitrage, principalement en mettant les parties en contact avec le

tribunal arbitral qu'il aura constitué. Mais contrairement à la solution du législateur de 1998, son rôle se limite à cela, à l'exclusion de celui propre d'administrateur de la procédure arbitrale. A notre sens, cette solution est assez risquée pour le secteur, et il y a lieu de proposer qu'il soit permis au gendarme du secteur de télécommunications, d'avoir un droit de regard sur toute la procédure arbitrale à l'instar de ce que fait un véritable centre d'arbitrage.

Il faut reconnaître qu'il est assez ingénieux que le législateur camerounais ait résolu de faire intervenir un arbitre dans le règlement des différends opposant les opérateurs de communications électroniques, tant il est vrai que l'efficacité de ce mode de règlement par rapport à la procédure judiciaire n'est plus à démontrer. Il n'est plus qu'à espérer que cette solution œuvre à assainir davantage le secteur des communications électroniques et fasse ainsi de lui un solide acteur du développement économique du Cameroun.

---

<sup>80</sup> *op.cit.* n°374.