

Horizons du droit



Revue de l'Association française des docteurs en droit, Bulletin n°11, janvier 2020

Directeur scientifique : professeur Jacques Mestre, Agrégé des Facultés de droit, Doyen de la Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, Président de l'Association française des docteurs en droit.

Comité scientifique :

Hugo Barbier, professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Patrick de Fontbressin, avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich, professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Marie-Eve Pancrazi, professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance, professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

Sylvio Quincey, Inspecteur Général de la Banque de France.

Rédacteur en chef :

Sabrina Dupouy, maître de conférences à l'Université de Clermont-Auvergne.

Droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges et l'exigence de transparence

Akono Adam Ramsès, Docteur en droit, Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun.

Résumé

La transparence apparaît de nos jours comme une des grandes exigences contemporaines qui touche tous les domaines de la vie sociale. Elle est à la fois une idéologie et une rhétorique qui, ne connaît *a priori* aucune limite. Sans être à proprement parler un terme juridique, la transparence est la qualité de ce qui laisse apparaître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer. Erigée en vertu cardinale, elle a pénétré la matière des modes alternatifs de règlement des litiges. L'arbitrage, la médiation ou la conciliation, conçus ontologiquement comme des modes privés et confidentiels de régulation sociale doivent désormais composer avec les obligations de révélation et de divulgation. Le droit OHADA n'est pas resté indifférent à cette tendance. Un examen méticuleux de nouveaux textes OHADA sur les modes alternatifs de règlement des litiges laisse apparaître que l'exigence de transparence émerge. Mais cette émergence est relative, parce qu'elle risque d'être obstruée par la subsistance certaine de quelques obstacles liés à la nature même de ces mécanismes.

Mots clés : Transparence, Arbitrage, Médiation, Conciliation, Obligation de révélation, Obligation de divulgation, Confidentialité.

1-Il est incontestable aujourd'hui de considérer la norme juridique comme un outil au service du développement économique, mieux un levier indispensable pour faciliter l'attrait des investisseurs. Le droit « s'instrumentalise dans la course à la capture des capitaux mobiles »¹. Le droit OHADA, n'échappe guère à ce constat², il est bel et bien dans cette perspective³. La lecture du préambule du Traité de Port Louis instituant l'OHADA⁴ et celle de son article 1^{er} le

¹ Muir Watt (H.), « Le droit comparé et l'internationalisation du droit », in *Le devenir du droit comparé en France*, (s./ dir. de J. du Bois de Gaudusson), PUAM, 2005, p. 99 ; « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », RIDC, Vol. 55, n°1, janv.- mars 2003, p. 7 ; « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », RIDE 2013, p. 59 ; Harnay (S.) et Bergé (J. S.), « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », RIDE, 2011/2, p. 165.

² Youmsi (J.), « L'OHADA : un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire », *Juridis Périodique*, n°30, 1997, p. 98 ; Paillusseau (J.), « Le droit de l'OHADA, un droit très important et original », *JCP E, Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5 supplément à la Semaine Juridique, n°44, octobre 2004, p. 1 ; « Une révolution juridique en Afrique : l'OHADA », in *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 93.

³ V. Ces ouvrages : Diffo Tchunkam (J.) (s./dir.), *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013), Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, Collection Journées de recherche du CREDO, [http : // www. credo-multimedia. com/20.ans-ohada/](http://www.credo-multimedia.com/20.ans-ohada/), CCLA, JUTA 2015 ; Cadiet (L.) (s./dir.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, Travaux de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice (AEDJ) dans l'espace OHADA, IRJS Editions, Tome 48, 2013.

⁴ Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, elle comporte actuellement 17 Etats membres. On peut lire au niveau du préambule du Traité notamment que les Hautes parties contractantes au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, sont déterminées « à accomplir de nouveaux progrès sur la voie

confirmés. Il s'agissait pour les promoteurs de cette organisation⁶ de placer au centre de la règle de droit secrétée les exigences d'attractivité économique⁷, de sécurité juridiques et judiciaire⁸. Cette dernière désignerait la certitude, la confiance qu'ont les investisseurs vis-à-vis des juridictions appelées à appliquer le droit et à connaître des procédures auxquelles ils peuvent faire face. L'un des grands apports de l'OHADA, pour résoudre la problématique de l'insécurité judiciaire qui prévalait sur le territoire des Etats, actuels membres de cette organisation a consisté à la création de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)¹⁰. Son rôle est de garantir la lettre et l'esprit du droit OHADA, en assurant « l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions »¹¹. Sans se limiter à la seule instauration de cette Cour régulatrice,

de l'unité africaine et à établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique (...) ».

⁵ L'article 1^{er} du Traité de l'OHADA dispose que « Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

⁶ Selon le professeur P. G. Pougoué, « l'intégration telle qu'incarnée par l'OHADA constitue une véritable rupture épistémologique en Afrique. Avec l'OHADA, on ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration pour promouvoir les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises », v. « OHADA, Instrument d'intégration juridique », *Revue Africaine des Sciences Juridiques (RASJ)*, vol. 2, n°2, 2001, p. 11 ; « OHADA et intégration économique », Communication au colloque Ngango, Yaoundé 26-27-28 février 2001.

⁷ Akam Akam (A.), « Attractivité et efficacité du droit OHADA », in *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013), Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, Collection Journées de recherche du CREDO, [http : // www. credo-multimedia. Com/20.ans-ohada/](http://www.credo-multimedia.com/20.ans-ohada/), CCLA, JUTA 2015, p. 63 ; Issa-Sayegh (J.), « Sécurité juridique et attractivité du droit OHADA », in *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013), Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, Collection Journées de recherche du CREDO, [http : // www. credo-multimedia. Com/20.ans-ohada/](http://www.credo-multimedia.com/20.ans-ohada/), CCLA, JUTA 2015, p. 39 ; Du Marais (B.), « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale », *Droit et Patrimoine* n°170, mai 2008, p. 38 ; Lagarde (X.), « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *D. 2005*, n°39, p. 2745.

⁸ Sur les différents contours de la sécurité juridique, v. Pougoué (P. G.), « Les figures de la sécurité juridique », *Revue Africaine des Sciences Juridiques (RASJ)*, vol. 4, n°1, 2007, p. 1 et s.

⁹ Pougoué (P. G.), « Leçon inaugurale : L'OHADA entre son passé et son avenir », in *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013), Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, Collection Journées de recherche du CREDO, [http : // www. credo-multimedia. Com/20.ans-ohada/](http://www.credo-multimedia.com/20.ans-ohada/), CCLA, JUTA 2015, p. 39 ; « Présentation générale du système OHADA », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, (s./dir. de A. Akam Akam), L'harmattan, 2009, p. 13 ; Sawadogo (F. M.), « Présentation de l'OHADA : Les organes de l'OHADA et les Actes uniformes », OHADATA D-06-32 ; « Les 20 ans de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : bilan et perspectives », in *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, Travaux de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice (AEDJ) dans l'espace OHADA, IRJS Editions, Tome 48, 2013, p. 31.

¹⁰ Pour toute étude sur cette Cour, v. notamment : Levoa Awona (S.-P.), *Les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009 ; « Cour commune de justice et d'arbitrage », in *Encyclopédie du droit OHADA* (s./dir. de P. G. Pougoué), Lamy 2011, p. 585 ; « La Cour commune de justice et d'arbitrage et l'effectivité du droit de l'Ohada », *Journal du droit international (Clunet)*, n°3, juillet 2019, Var. 6 ; Issa Sayegh (J.), « La fonction juridictionnelle de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », *Ohada. com*, Ohadata D-02-16 ; Fometeu (J.), « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la CCJA de l'OHADA et les Juridictions nationales de cassation », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, (s./dir. de A. Akam Akam), L'Harmattan 2009, p. 37 ; Assie (E. A.), « La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada : un troisième degré de juridiction ? », *RIDC*, 4, 2005, pp. 1-11 ; Boumakani (B.), « Les juridictions communautaires en Afrique noire : La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, les Cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC », *Annales de la FSJP de Dschang*, Tome 3, 1999, p. 67 ; Yaya (B.), « La Cour commune de justice et d'arbitrage et son originalité », *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, LGDJ, Lextenso éditions* 2019, p. 113.

¹¹ V. l'article 14 du Traité de l'OHADA.

le législateur OHADA, pour mieux rassurer les investisseurs a diversifié à leur intention l'offre de justice en les encourageant à recourir à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. Cependant, l'arbitrage n'étant plus considéré, de nos jours comme l'unique mécanisme alternatif de règlement des litiges, il était de nécessité impérieuse que le législateur OHADA enrichisse sa boîte à outils, en complétant l'édifice par d'autres mécanismes plus amiables et consensuels. Les réformes intervenues respectivement le 10 septembre 2015 à Grand Bassam en Côte d'Ivoire¹² et le 23 novembre 2017 à Conakry en Guinée¹³ ont exaucé les vœux et les appels de plus en plus pressants de la doctrine¹⁴ suggérant l'institution en droit OHADA d'autres modes de régulation des conflits comme la conciliation et la médiation. Dans le droit positif OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges, actuellement en vigueur, figurent, d'une part l'arbitrage et la médiation, d'autre part la conciliation dont le régime juridique a été prévu par l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC).

2. Les modes alternatifs de règlement des litiges désignent des mécanismes de résolution des différends qui se sont développés parallèlement au mécanisme étatique avec pour objectif avoué de désengorger les tribunaux¹⁵. Le pouvoir de juger, prérogative régaliennne, n'appartient plus exclusivement à l'Etat, il est éclaté s'ouvrant à la justice alternative. Le coût élevé de la justice étatique, son caractère public, les lenteurs, les contraintes liées à la complexité des procédures, la corruption des magistrats, leur manque de spécialisation ont conduit à la recherche progressive d'un modèle de justice désétatisée plus apte à répondre aux défis imposés par la mondialisation. Aussi peut-on constater que « l'existence d'une justice privée est ressentie comme un besoin par la conscience collective. On est tenté de parler de droit naturel »¹⁶. Sous réserve de l'existence des modèles de justice privée qui émanent de la pratique des affaires¹⁷, l'arbitrage, la conciliation et la médiation se présentent aujourd'hui comme les principaux

¹² Pour plus d'éclaircissements sur la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) intervenue le 10 septembre 2015, v. Dossier spécial, *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Droit et Patrimoine n°253, décembre 2015, 29 ; l'auteur de ces lignes, « Regard sur les innovations introduites par la réforme du 10 septembre 2015 dans les procédures collectives de l'OHADA », Revue congolaise de droit et des affaires, n°22, octobre-novembre-décembre 2015, p. 4 ; RRJ 2015-4, p. 1842 ; Penant n°897, octobre-décembre 2016, p. 449 ; Berard (P. Y.), « DROIT DE L'OHADA-PROCÉDURES COLLECTIVES, Le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », Banque, Avril 2016, n°795, p. 75 ; Les différentes contributions du colloque international sur *La réforme des procédures collectives d'apurement du passif OHADA : Approche comparée Droit français et Droit OHADA* des 5 et 6 octobre 2016, Cité des sciences et de l'industrie à Paris, sous le parrainage de l'Ersuma-OHADA et de Planet-plutonic, 57p.

¹³ Sur la réforme des modes alternatifs de règlement des litiges des 23 et 24 novembre 2017, v. Ngoumtsa Anou (G.), « Brèves notes sur la réforme des Modes alternatifs de règlement des litiges dans les pays de l'OHADA », JCP E, n°50, *Actualités Affaires* 896, 14 décembre 2017, p. 9 ; Tchakoua (J. M.), Aka (N.), Fénéon (A.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, Collection Droits africains, LGDJ, 2018, 372p.

¹⁴ Ibii Otto, « Médiation et OHADA », Revue de l'Ersuma, n°4, septembre 2014, p. 237 ; Delebecque (Ph.), « L'état de la perception de la sécurité juridictionnelle dans l'espace OHADA : Regard à partir des modes (alternatifs) non juridictionnels de règlement des litiges », in *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, Travaux de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice (AEDJ) dans l'espace OHADA, IRJS Editions, Tome 48, 2013, p. 129.

¹⁵ Komi Tsakadi, « Quelle place pour les MARC dans l'harmonisation du droit OHADA des contrats », Revue de droit uniforme 2008, p. 511.

¹⁶ Motulsky (H.), « Ecrits », T. 2, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, (Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard), Dalloz, 1974, n°8, p. 14.

¹⁷ On peut citer entre autres : les *Dispute Boards*, la négociation, la transaction, le *partnering*, le *mini-trial*, l'expertise d'un conseiller neutre, la prévention etc ; v. Bakam (N.), « Les modes alternatifs de règlement des différends dans l'espace OHADA : vers une nouvelle avancée ? », Cahiers de l'arbitrage, 2017, n°3, p. 499.

modes alternatifs de règlement des différends. Ils occupent une place majeure dans le système de justice alternative organisé par les pouvoirs publics de l'OHADA.

3. L'arbitrage est communément défini comme un mode privé de règlement des différends fondé sur la convention des parties, se caractérisant par la soumission d'un litige à de simples particuliers choisis par les parties, directement ou indirectement¹⁸. Une doctrine entend par l'arbitrage « l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »¹⁹. De cette définition, il ressort que l'arbitrage repose sur un accord de volonté destiné à conférer à un tiers le pouvoir de trancher un litige²⁰. En droit OHADA, depuis mars 1999, le système de l'arbitrage repose sur un régime dualiste²¹. Il existe, d'une part l'arbitrage traditionnel ou de droit commun qui comprend l'arbitrage *ad hoc* organisé dans l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage (AUA). A cet arbitrage, on ajoute les arbitrages qui se tiennent sous les auspices des institutions d'arbitrage d'émanation privée²² qui existent dans plusieurs Etats de l'espace OHADA. D'autre part, l'arbitrage institutionnel réalisé sous l'égide de la CCJA, organisé par le titre IV du Traité OHADA et les dispositions du Règlement d'arbitrage de la CCJA (RACCJA) du 11 mars 1999. La CCJA est un centre permanent d'administration de l'arbitrage, qui ne tranche pas elle-même les différends, mission réservée au tribunal constitué sous son égide ; elle nomme ou confirme les arbitres, veille au bon déroulement de l'instance et examine les projets de sentence. Elle est investie également d'une mission juridictionnelle importante. Dans cette perspective, elle fait office de juge d'appui dans l'arbitrage qu'elle administre. Elle contrôle la légalité des décisions rendues par les juridictions étatiques en matière d'arbitrage *ad hoc*. En ce sens, elle connaît des voies de recours dirigées contre les décisions des juges des Etats membres. De plus, elle statue, sur les recours en annulation dirigés contre les sentences rendues dans l'arbitrage qu'elle administre, son président est compétent pour en accorder l'exequatur.

Dans l'ensemble, le droit OHADA de l'arbitrage, dans sa version originelle, a offert aux investisseurs désireux d'échapper aux difficultés de fonctionnement des juridictions étatiques des solutions adaptées à leurs besoins et compatibles avec les principes de l'arbitrage internationalement reconnus²³.

¹⁸ Tchakoua (J. M.), « Arbitrage selon l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », in *Encyclopédie du droit OHADA* (s./dir. de P. G. Pougoué), Lamy 2011, p. 236 ; « Arbitrage CCJA », in *Encyclopédie du droit OHADA* (s./dir. de P. G. Pougoué), Lamy 2011, p. 293.

¹⁹ Jarrosson (Ch.), *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 372 ; J. Robert et B. Moreau entendent par arbitrage : « institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être rendus par des individus, revêtus pour la circonstance de la mission de juger », v. leur ouvrage, *L'arbitrage, droit intermédiaire privé*, 5^e éd., Dalloz, 1987, n°1.

²⁰ Racine (J. B.), *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, p. 4.

²¹ Pougoué (P. G.), Tchakoua (J. M.), Fénéon (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Collection Droit Uniforme, PUA, Yaoundé 2000, p. 13 et s. ; Pougoué (P. G.), *L'arbitrage dans l'espace OHADA*, RCADI, t. 380, 2016, p. 109.

²² On a par exemple l'arbitrage qui se tient sous l'égide du Centre d'arbitrage du Groupement inter patronal du Cameroun (GICAM) ; du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture de Dakar ; la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire ; du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou au Burkina Faso.

²³ Ainsi, l'efficacité de la convention d'arbitrage était garantie par la consécration de sa double autonomie (sur l'autonomie de la convention d'arbitrage, v. l'article 4 de l'AUA, l'article 10.4 du RACCJA. Sur les applications jurisprudentielles de cette autonomie, v. ces arrêts de la CCJA qui admettent la validité de la clause compromissoire malgré la résiliation du contrat qui la contient, CCJA, 2^{ème} ch., Arrêt n°082/2014, 22 mai 2014 ; CCJA, ass. plén., Arrêt n°160/2016, 1^{er} déc. 2016, in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de procédure et d'arbitrage, Jurisprudence annotée*, Code Bleu, Juriafrica, 5^{ème} éd. 2018, art. 4 de l'AUA, p. 1118. Sur la question, v. Bayo Bybi (B.), « L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA », Cahiers juridiques et politiques (Revue

Nonobstant la grande qualité et l'attrait des solutions contenues dans les dispositions de l'AUA et du RACCJA du 11 mars 1999, il est apparu certaines insuffisances dans leur mise en œuvre, lesquelles, ont nécessité une actualisation de ces textes. La réforme du droit OHADA de l'arbitrage a eu lieu à Conakry en Guinée lors de la quarante-cinquième (45^{ème}) session du conseil des ministres des 23 et 24 novembre 2017. Un nouvel AUA, se substituant à l'AUA du 11 mars 1999 a été adopté. L'ambition de cette réforme est de renforcer la transparence, la célérité et l'efficacité des procédures arbitrales dans l'espace OHADA. Le RACCJA du 11 mars 1999, a été révisé. L'objectif poursuivi est de renforcer l'indépendance et la compétitivité du centre d'arbitrage de la CCJA à travers un meilleur alignement du Règlement sur l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et sur les meilleures pratiques internationales, dans le respect du contexte spécifique des Etats Parties à l'OHADA²⁴. De manière globale, la réforme de ces textes vise à rendre plus attractif l'arbitrage au sein de l'espace OHADA²⁵.

Bien que considéré comme le principal mode alternatif de règlement des litiges, l'arbitrage tend comme partout dans le monde à être victime de la crise née de son succès avec les problèmes liés désormais aux délais de plus en plus longs, aux coûts assez élevés, au manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres. Il est devenu contentieux et même très contentieux, exposé à d'incessants recours. Parfois, la sentence rendue de type gagnant/perdant ne permet pas la poursuite de la relation économique, d'où sans doute les appels de pied aux modes alternatifs à l'arbitrage que sont la médiation et la conciliation. Ces deux modes non juridictionnels de règlement des litiges permettent aux parties de renouer la relation, d'être en dialogue permanent, au lieu de s'enfermer dans une logique de confrontation dont sortira un vainqueur.

4. La médiation est une pratique millénaire qui vise à assurer l'harmonie, la cohésion et la paix sociales. Elle a un solide enracinement culturel sur le continent africain. Elle y est pratiquée depuis la nuit des temps, parfois autour de référents de la société diversement désignés comme les patriarches, les anciens, les sages. L'arbre à palabre est une pratique courante²⁶. La médiation, en tant qu'un mode privilégié de règlement pacifique, volontariste, consensuel, souple, pragmatique et extrajudiciaire des différends, ne pouvait laisser le législateur OHADA

de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré), 2012, p. 156. Le domaine de l'arbitrage était rationalisé, en ce sens, v. A. Foko, « La rationalisation du domaine de l'arbitrage (Une étude à la lumière des droits français et de l'OHADA) », *Penant* n°889, Octobre-Décembre 2014, p. 425. Le principe de compétence-compétence était institué (sur le principe de compétence -compétence en droit OHADA, v. l'article 11 de l'AUA, les articles 10.4 et 21 du RACCJA) ainsi que son corollaire qu'est l'incompétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage (v. l'article 13 de l'AUA ; CCJA, 1^e ch., 29 juin 2006, n°009/2006 ; CCJA, 3^e ch., 07 juillet 2016, n°129/2016, in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de procédure et d'arbitrage, Jurisprudence annotée*, Code Bleu, Juriafrica, 5^{ème} éd. 2018, art. 13 de l'AUA, p. 1127 ; CCJA, 3^e ch., 7 juin 2018, n°152/2018, LEDAF janvier 2019, n°111w6, p. 2, note Akodah Ayewouadan ; CCJA, 2^e ch., 29 novembre 2018, n°244/208, LEDAF juin 2019, n°112e8, p. 3, note l'auteur de ces lignes). Les principes d'imparité, (v. l'article 5 de l'AUA et l'article 3 du RACCJA) ; de l'exigence de la qualité des arbitres (v. les articles 7 et 8 de l'AUA, article 4 du RACCJA) ; de loyauté et d'égalité des parties (v. les articles 9 et 14 de l'AUA) ; du contradictoire (v. les articles 9 et 14 de l'AUA ; CCJA, ass. plén., Arrêt n°160/2016, 1^{er} déc. 2016 in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de procédure et d'arbitrage, Jurisprudence annotée*, Code Bleu, Juriafrica, 5^{ème} éd. 2018, art. 14 de l'AUA, p. 1131 ; CCJA, 1^e ch., n°220/2018, 29 novembre 2018, ATDA (Actualité trimestrielle de droit des affaires) n°03, novembre 2019), obs. l'auteur de ces lignes etc, étaient visibles dans les textes OHADA de l'arbitrage.

²⁴ V. Communiqué final de la 45^{ème} session du Conseil des Ministres de l'OHADA du 25 novembre 2017, <http://www.ohada.com/actualite/3856/communiqué-final-de-la-45e-session-du-conseil-desministres-de-ohada.html>.

²⁵ En ce sens, v. Loquin (E.), « L'accélération de la procédure d'arbitrage à l'intérieur de l'espace OHADA », *JDI* (Clunet), n°2, avril 2019, doct. 4.

²⁶ Corrêa (J. L.), « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire », *Bulletin de droit économique* 2017 (2), p. 3.

indifférent. Ce dernier a adopté le 23 novembre 2017 un Acte uniforme sur la médiation (AUM)²⁷. Ce texte qui, s'inspire de plusieurs instruments juridiques nationaux²⁸ et internationaux « tient lieu de loi relative à la médiation dans les Etats Parties »²⁹. Il propose un cadre sécurisé et flexible aux justiciables et professionnels favorables à une résolution amiable des litiges³⁰. L'article 1^{er} de l'AUM définit la médiation comme « tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats ». Cette définition est large et englobe la notion de « conciliation » qui apparaît dans l'AUPSRVE ainsi que dans la loi-type de la CNUDCI³¹. Le choix des rédacteurs de l'AUM d'utiliser un terme général pour couvrir les deux notions participe d'une volonté de simplification³² qui remet en cause la distinction artificielle fondée sur le degré d'implication du tiers qui avait souvent été faite³³. Malgré l'assimilation des deux notions par l'AUM, l'on ne saurait perdre de vue que l'AUPC révisé a institué une procédure amiable de prévention des difficultés des entreprises appelée la conciliation³⁴. Elle est définie à l'article 2 de ce texte comme « *une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue, par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur* ». Cette procédure vise à trouver un accord amiable entre le débiteur, ses principaux créanciers et cocontractants en vue de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. La conciliation dont le régime juridique est prévu aux articles 5-1 à 5-14 de l'AUPC révisé rentrera dans le périmètre de cette étude. La médiation et la conciliation se distinguent de l'arbitrage, en ce que le conciliateur ou le médiateur, contrairement à l'arbitre, n'ont pas le pouvoir juridictionnel de trancher le litige, l'un ou l'autre accompagne les parties dans la résolution de leur différend, sans rien imposer.

5. L'arbitrage, la conciliation et la médiation sont des procédures confidentielles. Une des raisons du choix de ces modes alternatifs de règlement des litiges est leur confidentialité parce que, quand la discrétion est de mise, le secret des affaires est préservé. Le droit OHADA des

²⁷ Sur le commentaire de cet Acte uniforme, v. Bühler (M. W.) et Anne-Sophie, « Le 10^{ème} Acte Uniforme de l'OHADA sur la médiation », Lexbase édition Ohada n°13 du 12 juillet 2018 ; Cuperlier (O.), « L'Acte Uniforme du 23 novembre 2017 relatif à la médiation dans l'espace OHADA », Cahiers de l'arbitrage 2018, n°2, p. 241.

²⁸ V. Loi n°52-2012 du 17 décembre 2012 pour le Burkina Faso ; Loi n°2014-389 du 20 juin 2014 pour la Côte d'Ivoire ; décret n°2014-1653 du 24 décembre 2014 pour le Sénégal.

²⁹ Article 17 de l'AUM.

³⁰ Cuperlier (O.), « L'Acte Uniforme du 23 novembre 2017 relatif à la médiation dans l'espace OHADA », op. cit., p. 241.

³¹ Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international.

³² Par ce choix, le législateur OHADA s'aligne sur le modèle des meilleures pratiques internationales dont l'objet n'est pas de limiter les initiatives du médiateur qui pourraient favoriser le règlement pacifique du différend. En ce sens, v. Bühler (M. W.) et Anne-Sophie, « Le 10^{ème} Acte Uniforme de l'OHADA sur la médiation », op. cit., p. 2.

³³ Certains auteurs P. Lavigne, « L'intérêt de la médiation et de la conciliation en tant que mode de règlement des litiges », LPA, 30 mai 2012, n°108, p. 51 ; C. Peulve, « Médiation et Conciliation. Des jumeaux...Vrais ou faux ? », Gaz. Pal., 28 juin 2011, n°179, p. 17) distinguent la médiation de la conciliation en considérant que le médiateur ne propose pas des solutions aux parties, il les aide seulement dans leur réflexion et fait émerger les décisions, ce qui n'est pas le cas du conciliateur qui est plus aviseur.

³⁴ Pour toute étude sur la procédure de conciliation organisée par l'AUPC révisé du 10 septembre 2015, v. L'auteur de ces lignes, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », RRJ 2015-4, p. 1850 ; Reille (F.), « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté OHADA », LPA 2016, n°49, p. 7.

modes alternatifs de règlement des litiges a fait de la confidentialité, un de ses atouts majeurs. Certaines dispositions des Actes uniformes³⁵ en ont érigé en un principe³⁶. Cependant, ce principe n'est pas absolu. La confidentialité peut faire l'objet de dérogation conventionnelle ou légale. Elle est de plus en plus éprouvée par la transparence³⁷ qui, apparaît comme une des grandes exigences contemporaines qui touche tous les domaines. Qu'il s'agisse d'affaires politiques, économiques, sociales, juridiques, il n'est pas de domaine où la transparence ne soit présentée comme une solution ultime aux dysfonctionnements structurels dès lors qu'on lui reconnaît des valeurs par rapport à sa finalité d'objectivité et de rationalité. Elle est à la fois une idéologie et une rhétorique.

6. La transparence n'est pas à proprement parler un terme juridique. Malgré ses multiples usages, la notion n'a fait l'objet d'aucune définition juridique³⁸ car il s'avère difficile de poser des critères permettant de la considérer comme une norme et lui conférer une réelle justiciabilité³⁹. Elle se présente davantage comme un principe directeur à fonction régulatrice⁴⁰, un standard juridique qui se caractérise par sa plasticité conférant au juge un rôle très important. Sans qu'il soit nécessaire de remonter à ses racines, le terme « transparence », fait de deux composantes *trans* et *parens*, correspond dans le langage courant à un phénomène physique qui permet la visibilité des objets. En ce sens, la transparence est définie comme « la propriété d'un corps transmettant la lumière essentiellement par réfraction et au travers duquel les objets sont visibles avec netteté »⁴¹. « C'est la qualité de ce qui peut être vu et connu de tous »⁴². Sous un angle plus intellectuel, la transparence traduit la lisibilité parfaite d'un comportement ou d'une situation⁴³. C'est la qualité de ce qui laisse apparaître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer⁴⁴. A première vue, la transparence renverrait à la publicité, mais au vrai, les deux notions ne sauraient se confondre⁴⁵. Si la publicité est « passive », la transparence est, quant à elle, plus « active » en ce qu'elle postule une implication, voire une immixtion, dans un processus ou une organisation⁴⁶. Avec la transparence, il ne s'agit pas de simplement délivrer une information, mais de permettre aussi l'exercice d'une vigilance ainsi que d'offrir les

³⁵ L'article 18 de l'AUA révisé dispose, d'une part que « Les délibérations du tribunal sont secrètes » ; d'autre part l'article 14 du RACCJA dans sa version revue et corrigée précise que « La procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité (...) ». S'agissant de la médiation et de la conciliation, l'AUM dispose d'abord dans son article 10 que « Toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles (...) » ; l'article 5-1 de l'AUPC révisé, énonce que « (...) Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité ».

³⁶ L'article 8 de l'AUM fait de la confidentialité un principe directeur de la médiation.

³⁷ V. Moktar Adamou, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°38, avril 2017, p. 5.

³⁸ Selon Ch. Lequesne (« transparence : vice ou vertu des démocraties ? », in J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'union européenne. Mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, p. 11), c'est une forme de « notion molle ».

³⁹ En ce sens, v. Racine (J. B.), « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », *Mélanges Pierre Mayer*, Lextenso Editions 2015, p. 728.

⁴⁰ Barroche (J.), « Transparence et notions voisines : quel rapport ? », in *la transparence en politique*, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 79, cité par J. B. Racine, « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », op. cit., note n°16.

⁴¹ *Grand dictionnaire Larousse*, t. X, cité comme tel par Voudwe (B.), *L'exigence de transparence des sociétés commerciales dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de Ngaoundéré, 2012, p. 5, note n°22.

⁴² *Dictionnaire Maxipoche*, Larousse 2012, p. 1405.

⁴³ Voudwe (B.), *L'exigence de transparence des sociétés commerciales dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 5.

⁴⁴ *Dictionnaire le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2009, p. 2605.

⁴⁵ Selon E. Garaud (v. sa thèse, *La transparence en matière commerciale*, Université de Limoges 1995, p. 3), la transparence en droit bénéficie d'une acception plus large que celle de la publicité, parce qu'elle peut exister même quand la publicité n'est pas requise.

⁴⁶ Racine (J. B.), « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », op. cit., p. 729.

moyens d'infléchir éventuellement une décision. La transparence a un aspect positif et dynamique. Au-delà de la simple fourniture d'informations, elle est associative et inclusive, elle s'oppose à l'opacité.

7. Erigée en vertu cardinale⁴⁷, la transparence a pénétré la matière des modes alternatifs de règlement des litiges. Le droit de l'arbitrage a fait l'objet d'une attention particulière, en raison de scandales que ce mode de justice a souvent connus⁴⁸. Les arbitres, au nom de l'exigence de transparence sont tenus, avant d'accepter leur mission et pendant le déroulement de celle-ci de révéler toute circonstance susceptible d'affecter leur indépendance ou leur impartialité. En matière d'arbitrage d'investissement, l'exigence de transparence se pose avec acuité en raison de la présence de l'Etat dans le procès, ce dernier représente et défend l'intérêt public. La CNUDCI a adopté le 16 décembre 2013 un règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités. Ce texte a fait de la transparence un véritable principe procédural. L'arbitrage, conçu ontologiquement comme un mode de règlement confidentiel des différends doit désormais composer avec des obligations de révélation et de divulgation qui procèdent de l'exigence de transparence.

Le droit OHADA de l'arbitrage n'est pas resté indifférent à cette nouvelle tendance. L'AUA révisé, poursuivant l'objectif de transparence pose clairement à l'article 7 (nouveau) l'obligation de révélation de l'arbitre. Le RACCJA s'inscrit aussi dans cette perspective, son article 4 contient des dispositions qui permettent d'éviter les conflits d'intérêts et garantissent l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Le législateur OHADA, ne s'est pas arrêté uniquement à l'arbitrage, parce que les conflits d'intérêts pourraient aussi exister dans le cadre des procédures de médiation et de conciliation. Ainsi, l'article 5 de l'AUM impose à toute personne sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, de signaler toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. En des termes différents, l'article 5-4 de l'AUPC révisé met aussi à la charge du conciliateur l'obligation de révélation.

8. Une autre innovation qui suscite la curiosité et renforce l'intérêt de cette étude est l'ouverture de l'arbitrage OHADA aux différends relatifs aux investissements. En effet, l'article 3 de l'AUA révisé et celui 2.1, alinéa 2 du nouveau RACCJA prévoient que l'arbitrage peut être fondé, soit sur une convention d'arbitrage, soit sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements. Cet ajout enrichit le fondement de l'arbitrage OHADA qui, peut résulter d'une convention d'arbitrage ou d'un instrument relatif aux investissements. En élargissant son champ de compétence aux litiges relatifs aux investissements, il convient de considérer que les principes de l'arbitrage d'investissement comme la transparence vont s'appliquer dans l'arbitrage de l'OHADA.

9. De ce qui précède, force est de relever, à l'analyse des réformes intervenues les 23 et 24 novembre 2017, la volonté du législateur OHADA de s'arrimer sur les meilleures pratiques internationales qui promeuvent la transparence et la lutte contre la fraude dans le règlement alternatif des litiges.

S'il est vrai que l'exigence de transparence émerge en droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges, il convient néanmoins d'admettre que cette émergence est relative. L'exigence de transparence ne paraît pas absolue. Dès lors, l'on est en droit de se poser la question centrale de savoir quelle considération le droit OHADA des modes alternatifs de

⁴⁷ Marchand (J.), « Réflexions sur le principe de transparence », RDP, 2014, n°3, p. 677.

⁴⁸ V. par exemple l'affaire Bernard Tapie en France (Civ. 1^{re}, 30 juin 2016, nos 15-13.755, 15-13. 904 et 15-14.145, D. 2016. 1505).

règlement des litiges accorde-t-elle à la transparence ? Autrement dit, l'exigence de transparence est-elle suffisamment prise en compte dans le droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges ? On peut poursuivre en se demandant s'il n'y aurait pas quelque imposture de la part du législateur qui entend promouvoir la transparence tout en érigeant la confidentialité comme un principe majeur et directeur du droit des modes alternatifs de règlement des litiges.

10. La réponse à ce questionnement s'articulera autour de deux constats relevés à la suite de la lecture des nouveaux textes organisant les modes alternatifs de règlement des litiges dans l'espace OHADA. D'une part, il apparaît une certaine émergence de l'exigence de transparence dans le droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges (I), d'autre part cette émergence risque d'être évincée par la subsistance certaine de quelques obstacles qui persistent encore, faute d'avoir été levés lors de la réforme des 23 et 24 novembre 2017 (II).

I- Une certaine émergence de l'exigence de transparence dans le droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges

11. Telle une pieuvre, la transparence, appréhendée comme une des grandes exigences contemporaines, étend ses tentacules dans tous les domaines du droit. Elle est devenue une vertu qui se substitue à la vérité ou à l'idée d'intérêt général dans un monde marqué par les incertitudes. Le droit des modes alternatifs de règlement des litiges, ontologiquement conçu comme une discipline dont les piliers reposent sur les règles de confidentialité et de secret s'ouvre de plus en plus à la transparence. L'examen du nouveau droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges laisse apparaître quelques manifestations de la transparence. Leur présentation (B) sera précédée de la recherche des raisons qui pourraient expliquer la relative émergence de ce principe en droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges (A).

A- Les raisons à une certaine émergence de l'exigence de transparence

12. Ces raisons sont à rechercher aussi bien en dehors de la matière des modes alternatifs de règlement des litiges (1), qu'à l'intérieur de celle-ci (2).

1- Les raisons externes au droit des modes alternatifs de règlement des litiges

13. La transparence est omniprésente dans toutes les disciplines. Le discours sur la transparence est invasif, il ne connaît *a priori* aucune limite⁴⁹. Elle est érigée en idéologie, c'est-à-dire en mode de pensée ou du moins en une politique devant guider toutes les actions d'intérêt public et privé. Les manifestations de la transparence sont nombreuses. Sur le plan politique⁵⁰, la transparence est un critère de la démocratie, de légitimité du pouvoir, de contestation du pouvoir absolu caractérisé par le secret d'Etat et l'arbitraire⁵¹. Certains hommes politiques en ont fait un programme de gouvernement⁵², un moyen pour répondre aux dysfonctionnements de la vie

⁴⁹ Racine (J. B.), « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », op. cit., p. 729.

⁵⁰ Droin (N.) et Forey (E.), *La transparence en politique*, Institut Universitaire Varenne, 2013.

⁵¹ Rideau (J.), « Jeux d'ombres et de lumières en Europe », in J. Rideau (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, p. 6 ; Lequesne (Ch.), « transparence : vice ou vertus des démocraties ? », op. cit., p. 11 ; Rainaud (J. M.), « La transparence en droit comparé », in J. Rideau (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, p. 237 ; Marchand (J.), « Réflexions sur le principe de transparence », RDP, op. cit., p. 678.

⁵² V. La *Glanost* (c'est une politique basée sur la transparence de la gestion des affaires publiques, caractérisée par la publicité des débats et qui visait à promouvoir la démocratie par la suppression des reliquats de Stalinisme) de Mikhaïl Gorbatchev en 1985 ; dans le programme présidentiel de Barack Obama, il s'est engagé par voie de circulaires à promouvoir le règne d'un gouvernement plus transparent, participatif et collaboratif, v. Fouquette (L.)-L'Anglais, « De la transparence aux Etats-Unis. Tyrannie ou vertu : la transparence politique est-elle une

publique, sociaux et démocratiques. Il existe un lien fort entre la transparence et la démocratie, les gouvernés en étant suffisamment informés de la gestion des affaires publiques pourraient exercer un contrôle sur leurs gouvernants. Le principe de transparence recouvre l'idée d'éthique, de connaissance, de participation et de contrôle de pouvoir. Elle est porteuse d'une signification plus transcendante liée à l'idée de *démocratie de surveillances*⁵³ et d'État de droit ou de la *rule of law*. Un pouvoir non démocratique ou faiblement démocratique se situe aux antipodes de la transparence. De tous les idéaux hérités de la période des Lumières, la transparence apparaît probablement le seul à ne pas avoir été profondément remis en cause à l'époque contemporaine. Inscrite dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dont l'article 15 dispose que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », la transparence devient une sorte de valeur suprême qui s'impose comme un idéal dans la vie politique. Elle s'applique au champ économique. Il est important de rendre l'offre et la demande transparentes et ainsi diffuser de l'information auprès des acteurs du marché de manière à leur permettre d'exercer des choix rationnels de telle sorte que la concurrence atteigne son optimum. L'obligation est par exemple faite à chaque fournisseur ou prestataire d'une technologie, d'un bien ou d'un service de fournir au consommateur une information juste, suffisante, claire et lisible concernant les biens et services offerts afin de lui permettre de faire des choix adéquats et raisonnables avant la conclusion d'un contrat⁵⁴. Sur le plan juridique, les manifestations de la transparence sont tout aussi perceptibles. En droit public, par exemple, il est reconnu un principe de transparence administrative en faveur des citoyens qui leur donne un libre accès aux documents administratifs⁵⁵. La constitution consacre le principe de la transparence du patrimoine des élus et des membres du gouvernement, obligeant ces derniers de faire une déclaration de leurs biens et avoirs au début et à la fin de leur mandat ou de leur fonctions⁵⁶. En droit minier, la transparence occupe une place centrale⁵⁷, elle est portée par une association : Initiative pour la Transparence des Industries Extractives (ITIE)⁵⁸. Les Etats, pour rendre leurs législations minières attractives, s'engagent souvent à respecter un ensemble de normes destinées à garantir la divulgation des informations sur les ressources pétrolières, gazières et minières. Le droit privé, n'est pas resté indifférent à l'exigence de transparence. En droit de la famille par exemple, on reconnaît à l'enfant, dans la mesure du

garantie d'une meilleure démocratie ? », Fondation Jean-Charles Bonenfant, juin 2010. Lors du sommet d'Evian de juin 2003, le G8 réaffirmait sa volonté d'améliorer la transparence et sa lutte contre la corruption. Selon les membres de cette institution, « la transparence freine la corruption et encourage la bonne gouvernance », v. Déclaration du G8, « Lutter contre la corruption et améliorer la transparence », Evian, juin 2003, <http://www.g8.fr>, consulté le 16 avril 2012.

⁵³ Rosanvallon (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, éd. Du Seuil, 2014, p. 35.

⁵⁴ V. Par exemple, l'article 13 de la Loi-Cadre n°2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

⁵⁵ V. Curapp, *Information et transparence administratives*, PUF, 1988 ; Devolve (P.), « La transparence administrative », in *La transparence*, Colloque de Deauville, RJ com., 11/1993, n° spécial, p. 23. La tendance au Cameroun est d'obliger l'administration à motiver certaines de ses décisions, v. Keutcha Tchapgna (C.), « L'obligation de motiver certaines décisions administratives au Cameroun », *Juridis périodique*, n°31, juillet-août-septembre 1997, p. 60.

⁵⁶ V. Par exemple l'article 66 de la Constitution en vigueur au Cameroun.

⁵⁷ V. Ngnintedem (J. C.), « La transparence dans les nouvelles législations minières des pays de la CEMAC : entre idéologie et rhétorique », à paraître à la RDAI 2020/1.

⁵⁸ Article 4, loi n°2016-17 du 14 décembre 2016 portant code minier du Cameroun. L'initiative de transparence dans les industries extractives (ITIE) a été lancée par le premier ministre britannique, Tony Blair, lors du sommet mondial sur le développement durable à Johannesburg, en septembre 2002. Son objectif est d'accroître la transparence sur les paiements effectués par les entreprises et les recettes que tirent les gouvernements des industries extractives. L'ITIE soutient l'amélioration de la gouvernance dans les pays riches en ressources par le biais de la publication complète et la vérification des paiements des compagnies et les recettes publiques provenant du pétrole, du gaz et de l'exploitation minière.

possible, le droit de reconnaître ses parents⁵⁹. En droit du travail, elle désigne un rapport ouvert et un dialogue. Il est exigé de l'employeur d'indiquer clairement dans la lettre de licenciement de l'employé les motifs de licenciement quelle qu'en soit la cause⁶⁰. Le travail clandestin est interdit⁶¹. En droit commun des contrats⁶², l'exigence de transparence participe de la sincérité, de la justice et du civisme contractuel. Avec la transparence, le contrat est perçu davantage comme un instrument de collaboration et de rapprochement⁶³. En droit commercial⁶⁴, matière qui plaçait autrefois au centre de ses préoccupations fondamentales le secret des affaires, s'ouvre de plus en plus à la transparence. La transparence a le vent en poupe, la pratique du *tiroir fermé* cède la place à la *maison de verre*. L'opacité des échanges est supplantée par la clarté des transactions ; les fortunes obscures deviennent des patrimoines transparents ; la clandestinité des comptes cède le pas à la publicité des écritures ; des sûretés occultes se transforment en garanties révélées aux tiers ; les délibérations sociétaires prises dans l'ombre font place à des processus décisionnels contrôlés ; l'enrichissement obtenu par l'exploitation en bourse d'informations privilégiées est pourfendu depuis l'institution du délit d'initié⁶⁵. En droit des affaires, la transparence agit métaphoriquement comme une « glace sans tain »⁶⁶, c'est la vitre par laquelle les personnes intéressées peuvent obtenir des informations sur une entreprise. Le principe de transparence se présente comme un outil de bonne gestion de l'entreprise dans le sens où il constitue, d'une part, un élément de séduction vis-à-vis des consommateurs et des investisseurs et, d'autre part, un moyen de se protéger contre l'extérieur. Le droit OHADA, qui met au centre de ses objectifs, la promotion et la protection de l'entreprise a accordé une place non négligeable à l'exigence de transparence⁶⁷. Elle apparaît dans ce droit, non seulement comme un outil de gouvernance des entreprises, mais aussi comme un élément de leur attractivité⁶⁸.

14. Nonobstant quelques réserves formulées par certains auteurs⁶⁹, il est acquis que la transparence est élevée aujourd'hui au rang de nouveau principe de droit. Chez les juristes, la

⁵⁹ Toute action en recherche de ses origines par un enfant est autorisée, v. l'article 7 de la Convention des Nations-Unies relative aux Droits de l'Enfant du 26 janvier 1990, repris aux articles 30-34 nouveaux de la loi camerounaise n° 2011/011 du 6 mai 2011 modifiant et complétant certaines dispositions de l'ordonnance n°81/02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques. V. aussi cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, Arrêt du 7 juillet 1989, Gaskin contre Royaume-Uni, cité par E. Garaud, *La transparence en matière commerciale*, Thèse, Université de Limoges 1995, p. 11).

⁶⁰ V. L'article 34 alinéa 1 du Code de travail camerounais ; Tchakoua (J. M.), « Pour le droit des travailleurs à l'information : le nécessaire inflexibilité des droits du propriétaire employeur », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 1, n°3, 2003, p. 20 ; Tacquet (F.), « De l'absence de motivation de la lettre de licenciement », *JCP E* 1993. I. 227.

⁶¹ Bancarel (M.), « La lutte contre le travail clandestin et la généralisation de la déclaration préalable à l'embauche », *Droit social*, 1994, p. 534.

⁶² V. Vignal (N.), *La transparence en droit privé des contrats* (approche critique de l'exigence), PUAM 1998.

⁶³ Mestre (J.), « Transparence et droit des contrats », in *La transparence*, Colloque de Deauville, *RJ com.*, op. cit., p. 77.

⁶⁴ V. Garaud (E.), *La transparence en matière commerciale*, Thèse, Université de Limoges 1995.

⁶⁵ V. L'article 36 de la loi n°99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier au Cameroun qui, réprime le délit d'initié.

⁶⁶ Propos du doyen J. Carbonnier, in P. Catala, « L'information légale dans les affaires », *JCP E*, 1994, I 387, p. 448.

⁶⁷ V. Voudwe (B.), *L'exigence de transparence des sociétés commerciales dans l'espace OHADA*, Thèse, op. cit. ; Tchouambia Tomtom (J. B. L.), *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse, Université de Dschang 2012 ; Bekono Nkoa (W.), *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, Thèse, Université de Ngaoundéré 2017.

⁶⁸ V. Moussa Samb, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés dans l'espace OHADA : perspectives de droit dur (*hard law*) et de droit souple (*soft law*) », *BDE*, 2017/1, p. 1.

⁶⁹ V. Par exemple, Vignal (N.), *La transparence en droit privé des contrats*, op. cit., p. 189. L'auteur prône « la négation d'un droit à la transparence ».

transparence est devenue, selon qu'on est détracteur ou laudateur, une exigence au point de se transformer en injonction, obsession, vertu cardinale ou même une menace. Ce mouvement en faveur de la transparence s'est accéléré grâce au pouvoir des médias et des nouvelles technologies de l'information et de la communication. De *facto*, elle est devenue un objet de recherche juridique⁷⁰. Il est dès lors tout à fait naturel et normal que l'on articule l'exigence de transparence avec le droit des modes alternatifs de règlement des litiges. L'application de l'exigence de transparence aux modes alternatifs de règlement des litiges n'est qu'une manifestation, parmi de très nombreuses d'une véritable idéologie. Il faut de la transparence en toute chose, car elle est bonne en elle-même et par elle-même. Il s'en infère un effet d'entraînement dont la déferlante n'a guère épargné les modes alternatifs de règlement des litiges. Certes, les modes alternatifs de règlement des litiges sont une forme de justice privée, confidentielle, amiable, mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'abord d'une justice qui, lorsqu'elle est rendue, devrait être au-dessus de tout soupçon. Les justiciables et les citoyens devraient avoir le sentiment que cette forme de justice, tant exaltée dans les milieux d'affaires est fondée sur l'éthique et inspire la confiance. Toutes choses qui participent de sa légitimité.

2- Les raisons internes au droit des modes alternatifs de règlement des litiges

15. Ces raisons sont d'abord communes à l'arbitrage, la conciliation et la médiation, ensuite particulières à l'arbitrage.

16. S'agissant des raisons communes, l'exigence de transparence procède de la volonté d'accroître la légitimité et la crédibilité des modes alternatifs de règlement des litiges. La légitimité et la crédibilité d'une justice, bien qu'elle soit privée se mesurent non seulement à la qualité des décisions rendues, mais aussi à la confiance qu'elle inspire aux justiciables. L'intervention du tiers dans le litige, qu'il soit appelé arbitre, médiateur ou conciliateur devrait être saine, immaculée et translucide. La privatisation du contentieux des affaires avec le développement des modes alternatifs de règlement des litiges n'exonère pas les acteurs d'observer les règles d'éthique⁷¹ et de compliance⁷². La discrétion qui caractérise le système de justice basé sur les modes alternatifs de règlement des litiges pourrait susciter chez certains justiciables de la méfiance⁷³. L'application des préceptes de la transparence pourrait dès lors les rassurer et légitimer le processus. La transparence servirait ainsi à assurer la légitimité des modes alternatifs de règlement des litiges et aurait pour effet par la mise en confiance des utilisateurs potentiels de favoriser son développement. Elle est un moyen de créer de la confiance, de manière générale, on parle à son propos de « dispositif crédogène », c'est-à-dire générateur de confiance⁷⁴. Il n'est nullement question ici d'imposer la transparence de manière absolue et démesurée, surtout lorsqu'on est en présence des modes alternatifs à l'arbitrage qui, sont ontologiquement des procédures discrètes, confidentielles et amiables, mais de considérer que cette forme de justice qui est rendue par des personnes privées est sous le contrôle du droit et de la société. Dès lors, la transparence entre les justiciables doit exister. Ces derniers, au nom des principes de loyauté et du contradictoire ont l'obligation d'échanger mutuellement les

⁷⁰ Kerleo (J. F.), *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, éd. Mare & Martin, 2015, p. 41.

⁷¹ V. Mafongo Kamga (A. S.), « L'éthique dans l'arbitrage OHADA : Etude à la lumière de la pratique internationale », Numéro spécial *Arbitrage et Médiation*, Penant, Janvier- Mars 2016, n°894, p. 71.

⁷² Il arrive souvent que le contentieux sur la compliance soit porté devant les arbitres, pour cela, ils doivent eux-mêmes être exemplaires et au-dessus de tout soupçon de corruption sous peine de voir leurs sentences annulées ou faire l'objet d'un refus d'exequatur, v. Dargham (C.), Feigher (J.), Fontmichel (M.) et Siino (B.), « Arbitrage et compliance : au cœur de la lutte contre la corruption en matière civile et commerciale », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des affaires*, n°6, décembre 2019, dossier 192.

⁷³ En ce sens, v. Racine (J. B.), « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 729.

⁷⁴ Karpik (L.), *L'économie des singularités*, Gallimard, 2007, cité par J. B. Racine, « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », *op. cit.*, note n°69.

documents, pièces et autres éléments de procédure utiles au règlement du litige. La transparence entre le tiers chargé de régler le litige et les justiciables doit également exister. A ce sujet, l'article 9 de l'AUM qui régit les échanges entre le médiateur et les parties prévoit que lorsque le médiateur souhaite rencontrer ou s'entretenir avec l'une des parties et/ou son conseil séparément, il en informe l'autre partie et/ou son conseil au préalable ou dès que possible après sa rencontre ou communication unilatérale avec l'une des parties. Lorsqu'il reçoit d'une partie des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur à toute autre partie à la médiation. Concernant la transparence qui doit prévaloir entre le tiers chargé de régler le litige et les parties, l'obligation de révélation figure en bonne place. Celle-ci a été prévue en droit OHADA, non seulement dans l'arbitrage, mais aussi dans la conciliation et la médiation. Elle exerce une double fonction⁷⁵. D'une part, elle concourt à garantir l'indépendance des tiers appelés à trancher ou à trouver une solution au différend. Le droit des modes alternatifs de règlement des litiges doit offrir au plaideur les garanties d'une bonne justice en garantissant que les arbitres ou les médiateurs sont des juges indépendants et impartiaux. D'autre part, elle concourt à préserver le lien de confiance entre les tiers chargés de régler le litige et les parties. Ainsi, doivent être révélées toutes les circonstances de nature à affecter dans l'esprit des parties, l'indépendance et l'impartialité du tiers dont la mission a été confiée de trancher le litige ou de réconcilier les parties.

17. S'agissant des raisons particulières à l'arbitrage, comme relevé à l'introduction, le droit OHADA révisé de l'arbitrage prévoit désormais que « l'arbitrage peut être fondé (...) sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements »⁷⁶. Par cette prévision, le législateur OHADA qui s'est fixé comme objectif dans le Traité de Port- Louis (Ile Maurice), la promotion des investissements, prend sérieusement en compte la question des différends relatifs aux investissements. La question de la légitimité de l'arbitrage se pose avec acuité dans le domaine de l'arbitrage d'investissement qui oppose les Etats aux investisseurs. L'arbitrage est ici une procédure s'appliquant à un litige entre un investisseur privé et un Etat souverain. Il est fréquent en pratique que le différend sollicite fortement l'intérêt public en ce qu'il met au centre des préoccupations des questions telles que la protection de l'environnement, la santé publique, le transport public, la distribution d'eau et d'électricité, bref le bien-être des citoyens. Il n'est dès lors pas acceptable aux yeux de certains que des litiges d'importance fondamentale pour l'intérêt public soient tranchés dans l'ombre, sans qu'il puisse exister un droit de regard de la société civile, plus largement du public. Sous couvert de légitimité démocratique et de sauvegarde de l'intérêt public, la confidentialité est évincée au profit de la transparence. En intégrant expressément les litiges relatifs aux investissements dans son domaine, il va sans dire que les règles de transparence vont s'appliquer à l'arbitrage de l'OHADA. Celles-ci s'expriment par les obligations de révélation et de divulgation.

B- Les manifestations d'une certaine émergence de l'exigence de transparence

18. Les outils d'expression de la transparence dans le droit des modes alternatifs de règlement des litiges paraissent nombreux⁷⁷, mais la révélation et la divulgation occupent une place centrale et indéniable. En raison de l'intérêt avéré qui leur a été accordé par de récents textes

⁷⁵ Loquin (E.), « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Dalloz 2013, p. 487.

⁷⁶ V. Les articles 3 de l'AUA révisé et 2-1, alinéa 2 du nouveau RACCJA.

⁷⁷ Selon une doctrine (J. B. Racine, « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », op. cit., p. 729), le champ d'application de la transparence est *a priori* extrêmement large : l'existence de barèmes d'honoraires et de frais administratifs élaborés par les institutions d'arbitrage vise à garantir une forme de transparence sur les coûts de l'arbitrage. On a aussi, le principe de la contradiction, l'obligation de motivation de la sentence imposée à l'arbitre.

de l'OHADA en matière des modes alternatifs de règlement des litiges, il est judicieux que les développements qui vont suivre puissent être réservés à leur étude. L'examen des textes révèle que la consécration de l'obligation de révélation est explicite (1). Ce qui n'est pas le cas de l'obligation de divulgation dont la consécration est tantôt implicite, tantôt exceptionnelle (2).

1-La consécration explicite de l'obligation de révélation

19. L'obligation de transparence impose aux arbitres, médiateurs ou conciliateurs, de révéler avant d'accepter leur mission ou au cours de celle-ci toute circonstance susceptible d'affecter leur indépendance ou impartialité. Le droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges, en s'inspirant des instruments juridiques internationaux⁷⁸ a posé l'obligation de révélation respectivement dans l'AUA, le RACCJA et l'AUPC révisé. Une meilleure compréhension du contenu de cette obligation nécessite que l'on examine respectivement des dispositions des textes y afférents. Un détour au droit comparé, surtout français permettra tout aussi de mieux comprendre les différentes évolutions intervenues dans le droit OHADA.

20. Dans le droit OHADA de l'arbitrage, l'alinéa 2 de l'article 7 de l'AUA originel disposait que « si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit ». Cette disposition est une reprise *mutatis mutandis* des dispositions de l'article 1452 alinéa 2 du Code de procédure civile français dans sa rédaction antérieure au décret du 11 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage. L'alinéa 2 de l'article 1452 énonçait que « l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord des parties ». Telles que rédigées, les deux dispositions liaient intimement l'obligation de révélation à l'indépendance requise de l'arbitre. En ce sens, l'obligation de révélation apparaissait comme un instrument au service de l'obligation d'indépendance de l'arbitre. A l'instar du juge, l'arbitre doit demeurer indépendant et impartial⁷⁹ en toutes circonstances à l'égard des parties. Il s'agit d'un « principe de justice universelle »⁸⁰, une exigence supérieure de l'idéal de justice qui relèverait d'un ordre procédural transnational⁸¹. Selon la Cour de cassation, l'indépendance d'esprit est en effet, indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, et constitue l'une des qualités essentielles de la

⁷⁸ V. Entre autres, l'article 12 de la CNUDCI ; l'article 11 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ; l'article 5.4 du Règlement de la London Court of International Arbitration ; l'article 7.1 du Règlement international d'American Arbitration Association ; l'article 4 du Code éthique de l'International Bar Association ; l'article 12 du Code d'arbitrage commercial du Canada.

⁷⁹ La doctrine (v. Clay (Th.), « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », in J. Van Compernelle et G. Tarzia (dir.) : *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 245 ; Ferrier (D.) et Magendie (J. C.), « La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre ? », D. 2015, p. 29), distingue souvent la notion « d'indépendance » de celle « d'impartialité ». En effet, l'indépendance est caractérisée par l'absence de soumission de l'arbitre aux pressions qui seraient exercées par des tiers ou des parties. Elle est appréciée selon une approche objective. En revanche, l'impartialité est caractérisée par l'absence de préjugé ou de parti pris qui serait susceptible d'affecter le jugement de l'arbitre. Elle est appréciée à travers une approche subjective. A la vérité, l'indépendance peut s'apprécier subjectivement et objectivement. De manière objective, un arbitre ne doit pas être affecté par l'existence de liens matériels (relations d'affaires), affectif (amitié ou inimitié) avec une partie ou les conseils des parties à l'arbitrage. Subjectivement, l'indépendance est appréciée en fonction de l'effet que produit la situation de dépendance de l'arbitre (doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre), v. Adamou Moktar, « La récusation de l'arbitre en droit OHADA », RLDC, décembre 2016, Supplément au n°143, p. 48.

⁸⁰ Cass. civ., 25 mai 1948, Lautour, Rev. crit. DIP 1949. 89, note Batiffol ; Cohen (D.), « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », Rev. arb. 2011. 611.

⁸¹ Mantilla-Serano (F.), « Towards a Transnational Procedural public policy », Arb. Int'l, 2004, Vol. 20, n°4, p. 333 et s.

fonction arbitrale⁸². L'obligation de révélation concourt à garantir l'indépendance des arbitres⁸³, à tel point qu'un auteur avait affirmé qu'« elle est un moyen quand l'indépendance et l'impartialité sont une fin »⁸⁴. La sentence ne peut être annulée ou l'arbitre récusé que si le silence de l'arbitre a masqué l'existence d'une cause de récusation. Sur le fondement de l'ancien article 1452 du Code de procédure civile précité, l'obligation de révélation se voyait confinée aux « causes de récusation » de l'article 341 du même Code applicables aux magistrats de l'ordre judiciaire. C'est d'ailleurs, en ce sens que la Cour de cassation avait d'abord jugé en considérant que « seules les causes de récusation prévues par l'article 341 du Code de procédure civile pour les juges des juridictions officielles pouvaient être invoquées pour caractériser de liens de dépendance détruisant l'indépendance requise de l'arbitre »⁸⁵. Ainsi, seules les causes préétablies de récusation créaient une obligation de révélation, laquelle interdisait à l'arbitre d'accepter sa mission. Cette conception jurisprudentielle de l'obligation de révélation a été critiquée⁸⁶. La Cour de cassation a revu sa position en s'affranchissant de la lettre du texte de l'article 1452 pour retenir une conception générale de l'obligation de révélation. Le 28 avril 1998, la haute juridiction française de l'ordre judiciaire avait jugé que l'article 341 du Nouveau Code de procédure civile « n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction »⁸⁷. En suivant cette logique, il est dès lors possible d'admettre que certains faits doivent être révélés bien qu'ils ne constituent pas une cause de récusation légale puisque l'arbitre peut être considéré comme dépendant de l'une des parties. Cette conception large permet de fonder l'obligation de révélation sur le critère de l'existence d'un conflit d'intérêts ou sur celle d'un courant d'affaires existant entre l'arbitre et l'une des parties ou son avocat ou encore la structure à laquelle appartient l'arbitre.

21. Une partie de la jurisprudence française lie intimement l'obligation de révélation au contrôle *stricto sensu* de l'indépendance de l'arbitre. L'obligation de révélation doit permettre aux parties de vérifier si l'indépendance de l'arbitre est objectivement affectée et dès lors exercer leur droit de récusation. La Cour de cassation, en suivant la logique qui précède, dans un arrêt rendu le 20 octobre 2010, avait cassé un arrêt d'une cour d'appel, qui avait jugé que l'arbitre avait satisfait à l'obligation de révélation en indiquant être régulièrement désigné pour régler des différends opposant, en matière de sous-traitance, des sous-traitants à diverses sociétés d'un même groupe, tout en gardant le silence sur le fait que ce même groupe l'avait désigné comme arbitre dans cinquante et un arbitrages. La Cour de cassation juge en effet que « le caractère systématique de la désignation, sa fréquence, et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure, de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette

⁸² Cass. civ. 2e, 13 avril 1972, Ury c/ Galerie Lafayette, JCP, 1972. II. 17189, note P. Level ; D. 1973. 2, note J. Robert ; Rev. arb. 1975. 235, obs. E. Loquin. La Cour d'appel de Paris avait précisé que « L'indépendance d'esprit est de l'essence de la fonction juridictionnelle de l'arbitre en ce sens qu'il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance, notamment avec les parties », Paris, 23 février 1999, RTD Com. 1999. 371, obs. E. Loquin.

⁸³ V. Loquin (E.), « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », op. cit., p. 491 ; « Les garanties de l'arbitrage », LPA, 2 octobre 2003, n°19.

⁸⁴ Marc Henry, note Rev. arb. 2012. 122, cité par E. Loquin, « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », op. cit., p. 491, note n°18.

⁸⁵ Civ., 2e, 14 déc. 1990, Rev. arb. 1991. 75, note Jarrosson ; RTD com. 1990, obs. Dubarry et Loquin.

⁸⁶ V. Par exemple Gaillard (E.) et Lapasse (P.), « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », Cahiers de l'arbitrage, 1er avril 2011, n°2, p. 263.

⁸⁷ Bull. civ. I, n°155 ; RTD com. 1999. 371, obs. Loquin. V. aussi Cass. civ. 1re, 16 mars 1999, *Creighton c/ État du Qatar*, n° 96-12748, D. 1999.497, note P. Courbe ; RTD com. 1999.850, obs. E. Loquin. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait déclaré qu'« il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités ».

situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation »⁸⁸. La sentence est annulée, car le silence gardé par l'arbitre a interdit à l'une des parties de le récuser, ce qui aurait été le cas si l'information avait été donnée. La cour d'appel de Paris a également jugé dans le même esprit que « l'obligation d'information, qui pèse sur l'arbitre, doit s'apprécier au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l'arbitre ». La cour d'appel constate alors que « les liens d'intérêt unissant l'arbitre et le cabinet d'avocats de l'une des parties ne sont ni occasionnels ni éloignés dans le temps et qu'une telle circonstance est de nature à faire raisonnablement douter les demandeurs de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre »⁸⁹. Ces décisions s'inscrivent dans la perspective qui suggère de considérer l'obligation de révélation comme un outil de garantie de l'indépendance de l'arbitre. Ainsi, l'existence de liens, entre l'arbitre et l'une des parties ou l'avocat de l'une d'entre elles, ne doit être révélée que si ces liens risquent d'avoir une incidence sur la décision de l'arbitre. L'obligation de révélation doit dès lors permettre aux parties d'exercer leur droit de récusation. Le juge d'annulation ou d'appui doit juste vérifier si le défaut d'information porte sur des faits susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de l'arbitre et auraient justifié sa récusation. La Cour d'appel de Paris l'affirme sans ambages dans un arrêt en date du 29 janvier 2004 : « Les effets d'une éventuelle réticence doivent être appréciés par le juge d'annulation pour mesurer si, à elle seule, ou rapprochée d'autres éléments de la cause, elle constitue une présomption suffisante du défaut d'indépendance alléguée »⁹⁰. On comprend dès lors pourquoi le juge d'annulation⁹¹ ou d'appui⁹², à plusieurs reprises, ont enjoint à l'une des parties, voire même à l'arbitre lui-même, de communiquer le nombre de procédures auquel il a participé en tant qu'arbitre désigné par cette partie et cela, afin de constater la réalité du courant d'affaires susceptible d'altérer son indépendance. Il en découle que le juge de l'annulation doit rechercher, parmi les faits non révélés, s'ils en existent qui présument une atteinte à l'indépendance de l'arbitre⁹³. L'omission de révéler un fait ou une circonstance ou de répondre à une interpellation formelle adressée par une partie au tribunal arbitral sur la nature des liens de collaboration qu'un arbitre entretiendrait avec le conseil de l'autre partie n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sentence, le juge étatique doit caractériser en quoi la circonstance ou le fait non révélé porterait atteinte à l'indépendance de l'arbitre. A rebours de cette ligne jurisprudentielle qui procède de l'approche objective de l'obligation de révélation centrée sur la vérification de l'indépendance de l'arbitre, la CCJA, la haute Cour supranationale de l'espace OHADA, considère que le manquement à l'obligation d'information qui incombe à l'arbitre emporte nullité de la sentence, sans qu'on ait à rechercher si les juges du fond ont caractérisé en quoi le fait non révélé par l'un des arbitres affecterait son indépendance.

⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, n° 09-68131, *Prodim* ; JCP G, 2010.II.1306, note B. Le Bars et J. Juvénal ; D. 2010.2938, obs. Th. Clay ; JCP G, 2010.I.1286 § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; LPA 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; D. Cohen, *supra*, note 3 ; RTD com. 2012.518, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal. 6-8 févr. 2011, p. 18, obs. D. Bensaude ; Newsletter CMAP, janv. 2011, obs. I. Zakine ; JCP G, 2010. Act. 1110 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, 09-68997, *Somoclest c/ DV construction* ; D. 2010.2938, obs. Th. Clay ; JCP G, 2010.I.1286 § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; D. 2010. Act. 2589, obs. X. Delpech ; Rev. arb. 2010. 669.

⁸⁹ Paris 9 septembre 2010, Rev. arb. 2011. 686 ; Paris 29 janvier 2004, Rev. arb. 2005. 710, note M. Henry.

⁹⁰ Rev. arb. 2005. 711, note Marc Henry ; 10 mars 2011, Rev. arb. 2011. 737.

⁹¹ Paris, 16 mai 2001 et 2 avril 2002, Rev. arb. 2002. 1231, note E. Gaillard.

⁹² T. Com. Paris (réf.) 6 juillet 2004, Rev. arb. 2005. 719, note Marc Henry.

⁹³ Selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 janvier 1996 (Rev. arb. 1996. 428, note Fouchard) : L'arbitre a l'obligation d'informer les parties de l'existence de liens matériels ou intellectuels constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage. Toutefois, un manquement à cette obligation d'information n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sentence ; il appartient alors au juge étatique de mesurer les effets de cette réticence et d'apprécier si, à elle seule, ou rapprochée d'autres éléments de la cause, elle constitue une présomption suffisante du défaut d'indépendance.

22. Dans un arrêt en date du 29 juin 2017⁹⁴, la CCJA approuve un arrêt de la Cour d'appel de Douala (Cameroun) du 19 décembre 2014⁹⁵ qui avait jugé qu'« il est de jurisprudence que l'arbitre doit révéler toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont de l'essence même de la fonction arbitrale. En s'abstenant de se prononcer sur l'allégation d'absence d'impartialité soulevée par le demandeur, l'arbitre a commis un dol procédural de nature à remettre en cause non seulement son indépendance, mais aussi la sentence arbitrale à venir (...) ». Dans cette affaire, le requérant reprochait à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir considéré que la non-révélation par l'un des arbitres de ses liens avec le conseil de la partie demanderesse est un dol procédural de nature à remettre en cause non seulement son indépendance, mais aussi la sentence. Or, selon le moyen, la révélation mise à la charge de l'arbitre par l'article 7 de l'AUA originel n'est constitutive d'obligation que si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation ; qu'il s'agit de rechercher dans ces liens une situation récurrente ou notoire de nature à affecter raisonnablement le jugement de l'arbitre, en faisant apparaître un risque certain à l'égard d'une partie à l'arbitrage. En l'espèce, selon le requérant, la Cour d'appel n'a pas caractérisé en quoi le fait prétendument non révélé par l'un des arbitres portait atteinte à son indépendance. En donnant raison à la Cour d'appel d'avoir annulé la sentence arbitrale pour manquement à l'obligation de révélation pesant sur l'arbitre, la CCJA adopte une interprétation large de l'article 7 de l'AUA originel qui, n'est pas limité aux seules causes de récusation. Les circonstances de nature à affecter l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre s'étendent au-delà du périmètre des causes légales de récusation. Dans le cas d'espèce, la CCJA estime que le silence gardé par l'arbitre face à son interpellation formelle par une partie sur la nature des liens de collaboration qu'il entretient avec le conseil de l'autre partie ont créé « dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont même de la fonction arbitrale ». La non divulgation des liens entre l'arbitre et le conseil du demandeur, doublée de sa réticence à répondre à une demande explicite formulée par une partie est un motif suffisant pour cette dernière de douter légitimement de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. Ce n'est donc pas à l'arbitre d'apprécier l'opportunité des faits à révéler, mais aux parties de décider, après la révélation, d'exercer ou non leur droit à récusation⁹⁶.

Cet arrêt de la CCJA, contrairement à ce que d'aucuns⁹⁷ pensent, emporte la conviction. Il participe à renforcer l'exigence de transparence à laquelle est tenue l'arbitre à l'égard des parties. Dans cette perspective, l'obligation de révélation est un moyen qui vise à préserver le lien de confiance entre les arbitres et les parties⁹⁸. Cet arrêt emporte d'autant plus la conviction parce qu'il est de jurisprudence établie en droit comparé que c'est sur l'arbitre que pèse l'obligation de révélation et non pas sur les parties, ni sur leurs avocats⁹⁹. Quand bien même,

⁹⁴ CCJA, 2^{ème} Ch., 29 juin, n°151/2017, note B. Kamena, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : la position regrettable de la CCJA », *Actualités du droit*, Wolter Kluwer, 09 novembre 2017 ; Komlanvi Agbam, « La décision du 29 juin 2017 de la CCJA en matière d'obligation de révélation de l'arbitre : Une première déjà questionnée par la réforme du droit OHADA de l'arbitrage », *Penant* n°908, Juillet – Septembre 2019, p. 409.

⁹⁵ V. Cah. Arb., 03 novembre 2015, n°3, p. 572, note A. Ngwanza.

⁹⁶ Komlanvi Agbam, « La décision du 29 juin 2017 de la CCJA en matière d'obligation de révélation de l'arbitre : Une première déjà questionnée par la réforme du droit OHADA de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 417.

⁹⁷ V. Les observations critiques du professeur B. Kamena, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : la position regrettable de la CCJA », *op. cit.* et de Monsieur Komlanvi Agbam, « La décision du 29 juin 2017 de la CCJA en matière d'obligation de révélation de l'arbitre : Une première déjà questionnée par la réforme du droit OHADA de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 418 et s.

⁹⁸ V. Loquin (E.), « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », *op. cit.*, p. 493.

⁹⁹ V. Clay (T.), « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges. Novembre 2016-Novembre 2017 », *D.* 2017, p. 2559.

les faits à révéler seraient notoires¹⁰⁰, il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées, ni qu'elles poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale¹⁰¹. En effet, si l'arbitre a des doutes sur la nécessité de révéler certains faits ou circonstances, celui-ci doit trancher en faveur de la révélation et ce sans tenir compte du stade auquel se trouve la procédure arbitrale¹⁰². Ce n'est pas parce qu'on n'a rien à révéler qu'il faut se taire¹⁰³.

En faisant du « doute dans l'esprit des parties » le critère de la définition de ce qui doit être révélé par l'arbitre aux parties, la CCJA, à l'instar de la Cour de cassation française¹⁰⁴ a considérablement élargi le domaine de l'obligation de révélation. L'approche subjective de l'objet de l'obligation de révélation semble privilégiée. Dans cette perspective, l'obligation de révélation n'est plus fondée sur la seule exigence de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Elle peut porter sur des faits, qui ne justifient pas objectivement la récusation de l'arbitre. La nouvelle mission du juge d'appui ou du juge de l'annulation de la sentence, n'est plus de vérifier, si, de son point de vue, l'arbitre est ou n'est pas indépendant, mais de mesurer les effets de l'omission de révélation et d'apprécier si elle est de nature à susciter un doute raisonnable aux yeux des parties quant au défaut d'indépendance allégué. Cette ligne jurisprudentielle semble avoir convaincu le législateur OHADA des 23 et 24 novembre 2017.

23. Dans l'AUA révisé, l'article 7 réécrit énonce entre autres que « (...) l'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties. Tout arbitre pressenti informe les parties de toute circonstance de nature à créer dans leur esprit un doute légitime sur son indépendance et son impartialité et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties ». Cette disposition est alignée sur celle de l'article 4.1 du RACCJA révisé qui dispose que « Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis

¹⁰⁰ En principe, l'arbitre n'est pas tenu de révéler des faits qui ont un caractère notoire. Le critère de notoriété étant aléatoire et subjectif, la jurisprudence en a retenu une conception restrictive. Ce ne sont pas les parties qui devraient enquêter sur le risque de partialité de l'arbitre. L'obligation de révéler incombant à l'arbitre ne devrait pas se transformer en une obligation de s'informer des parties. En effet, un fait est notoire dès l'instant où la partie concernée peut accéder sans effort à sa connaissance. Un fait notoire est évident et public, mais il ne suffit pas qu'il soit publié pour être public, parce que la publication ne donne pas naissance à un fait notoire dès lors qu'elle est restée inconnue et que pour la connaître, celui à qui on l'oppose a dû aller la chercher, se livrer à des investigations ; En ce sens, v. Mercadal (B.), « Sur le conflit d'intérêts entre l'arbitre et une partie à l'arbitrage », RJDA 3/15, p. 163.

¹⁰¹ CA Paris, 14 octobre 2014, n° 13-13459, *SA Auto Guadeloupe Investissements « AGI » c/ Columbus Holdings France « CHF »* ; V. aussi, commentaires de Cohen (D.), « Encore l'indépendance de l'arbitre et sort de l'exequatur de la sentence », Cah. arb., 2014-4, p. 795 ; Bensaude (D.), « Obligation de révélation et charge de la recherche d'information », Gaz. Pal., 21 novembre 2014, n° 325-326, p. 18-19 ; Guyader (H.), « La cour d'appel de Paris confirme, sans ambiguïté, son interprétation extensive de l'obligation de révélation de l'arbitre », JCP G, n° 50, 8 décembre 2014, 1272 ; Mercadal (B.), « Sur le conflit d'intérêts entre l'arbitre et une partie à l'arbitrage », RJDA 3/15, p. 164.

¹⁰² Bertrou (G.) et De Margerie (Q.), « Obligation de révélation de l'arbitre : tentative de synthèse après la publication des nouvelles règles de l'IBA », Cah. arb. 01 janvier 2015, n°1, p. 29.

¹⁰³ Clay (T.), « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges. Novembre 2015-Novembre 2016 », D. 2016, p. 2589.

¹⁰⁴ Depuis un arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 mars 1999 (D. 1999. 498, note P. Courbe), l'arbitre a l'obligation de révéler tout fait de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'indépendance et d'impartialité qui sont de l'essence de la fonction juridictionnelle. V. aussi, Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, Rev. arb. 1999. 308 ; 9 septembre 2010, Rev. arb. 2011. 686 ; 10 mars 2011, Rev. arb. 2011. 737 ; 1^{er} juillet 2011, Rev. arb. 2011. 761 ; Civ. 1^{re}, 30 juin 2016, nos 15-13.755, 15-13. 904 et 15-14. 145, D. 2016. 1505 ; *Ibid.* 2025, obs. L. D'Avout et S. Bollée ; *Ibid.* 2589, obs. T. Clay ; RCDIP 2017. 245, obs. J. B. Racine.

des parties. Il doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité. Avant sa nomination ou sa confirmation par la Cour, l'arbitre pressenti révèle par écrit au Secrétaire Général toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance (...). L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétaire Général et aux parties, toutes circonstances de même nature qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la Cour et la notification de la sentence finale ». L'exégèse de ces deux dispositions fait ressortir une conception large et subjective de l'obligation de révélation. Elle porte sur tout fait ou circonstance de nature à créer dans l'esprit des parties un doute légitime. La portée *rationae materiae* de l'obligation de révélation paraît large. Elle est tout aussi large sous l'angle *rationae temporis*, l'obligation de révélation s'étend pendant toute la durée de la mission de l'arbitre, et ce jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale¹⁰⁵. Une obligation de révélation spontanée pèse sur l'arbitre de telle sorte qu'il est tenu de faire une déclaration d'indépendance complète, ne souffrant d'aucune lacune¹⁰⁶. C'est dans ce sens qu'est allée la Cour de cassation française dans un arrêt en date du 16 décembre 2015 qui a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 octobre 2014. La Cour de cassation a approuvé la position de la Cour d'appel qui a « ainsi fait ressortir que l'arbitre n'en avait pas fait état dans sa déclaration d'indépendance, que le fait n'était pas notoire pour la société AGI avant le début de l'arbitrage, qu'en cours d'instance arbitrale, l'obligation de se livrer à des investigations sur l'indépendance de M. Alvarez ne pesait pas sur cette dernière, compte tenu des garanties qu'il avait fournies lors de sa déclaration, et que celui-ci n'avait pas révélé une opération manifestement importante pour le cabinet, au regard de l'ample publicité donnée par ce dernier ». Elle conclut que « la cour d'appel en a exactement déduit que, ces circonstances ignorées de la société AGI étant de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, le tribunal arbitral était irrégulièrement constitué »¹⁰⁷.

24. Certains auteurs¹⁰⁸ pensent que le critère de l'obligation de révélation basé sur « le doute dans l'esprit des parties », ne paraît pas très sécurisant. Il est de nature à fragiliser, à vulnérabiliser l'arbitrage en exposant trop facilement la sentence à l'annulation pour toute omission ou erreur quelle qu'en soit la portée. On comprend qu'il pourrait être difficile à un arbitre de se regarder « avec les yeux » des parties afin de décider si tel fait, qui le concerne, peut détruire la confiance placée en lui, alors qu'il lui est plus aisé de conclure que ce fait porte atteinte à son indépendance en raison de l'existence d'un conflit d'intérêt qui existe objectivement¹⁰⁹. Aussi, un plaideur de mauvaise foi, pourrait trouver dans ce critère un motif spécieux pour demander l'annulation d'une sentence qui lui déplaît, alors que cette dernière a été rendue par des arbitres objectivement indépendants et impartiaux. Ce risque est tout de même limité par l'exigence du « caractère raisonnable ou légitime du doute » énoncée par la loi et la jurisprudence. L'approche adoptée par des nouveaux textes de l'OHADA, organisant l'arbitrage est donc « semi subjective ». Centrée sur l'appréciation des parties, l'obligation de

¹⁰⁵ V. Adamou Moktar, « La récusation de l'arbitre en droit OHADA », RLDC, décembre 2016, Supplément au n°143, p. 51.

¹⁰⁶ V. Cass. 1^{re} civ., 18 décembre 2014, n°14-11.085, Cah. arb. 2015, p. 95, obs. Marie Danis ; RTD com. 2015. 53, obs. E. Loquin ; Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 11-26529, *Société Tecnimont SPA c/ J & P. Avax* (« Tecnimont ») ; Gaz. Pal. 22-24 janvier 2012, p. 15, obs. D. Bensaude ; RTD com. 2012.518, obs. E. Loquin ; P. Chevalier, « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude à agir des parties », D. 2014. 1981 ; Th. Clay, « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », Cah. arb., 1^{er} octobre 2014, n° 3, p. 547.

¹⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 2015, n°14-26.279, <http://www.ohada.com/imprimer/actualite/2828/arbitrage-national-obligations-de-revelation-d-independance-et-d-impartialite-des-arbitres-arret-de-la-cour-de-cassation-du-16-decembre-2015-henri-alvarez-cabinet-fasken-martineau-dumoulin-llp.html>.

¹⁰⁸Ferrier (D.) et Magendie (J. C.), « La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre ? », op. cit., p. 29, spéc. n°13.

¹⁰⁹ Loquin (E.), « La conception subjective de l'objet de l'obligation de révélation », RTD com. 2015.53.

révélation, doit conduire l'arbitre à révéler toute circonstance qui pourrait objectivement faire naître dans l'esprit d'un tiers un doute quant à son indépendance et son impartialité, peu important que ces qualités soient ou non effectivement altérées dans la personne de l'arbitre. L'appréciation de l'arbitre consiste donc à se placer dans l'esprit d'un tiers objectif, afin de déterminer si les circonstances dont il envisage la révélation seraient ou non susceptibles de créer pour ce dernier un doute quant à son impartialité ou son indépendance. On peut dès lors comprendre et apprécier à juste titre le sens et la portée de certaines décisions de justice qui visent à éviter des risques de paralysie du déroulement de l'arbitrage. C'est le cas de cet arrêt de la Cour de cassation qui considère que le fait pour l'arbitre d'être « ami sur Facebook » de l'un des conseils, n'est pas de nature à provoquer, dans l'esprit des parties, le doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre¹¹⁰.

25. Tout compte fait, il est suggéré aux juges d'appui ou d'annulation, de faire montre de sagesse, de prudence et de réalisme dans leur travail de contrôle de la régularité et de la légalité de la procédure arbitrale. Ils devraient, à notre avis, s'inspirer de la version révisée des « lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international »¹¹¹. Celles-ci constituent un formidable outil de gestion des conflits d'intérêts dans l'arbitrage à la disposition des praticiens que l'on pourrait aussi étendre aux procédures de médiation ou de conciliation.

26. Dans le droit OHADA de la médiation, l'article 5 de l'AUM exige que la personne désignée comme médiateur soit indépendante et impartiale. L'autorité de désignation peut prendre en compte le fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties, notamment lorsque les parties sont de nationalité différente. Plus intéressant est le dernier alinéa de l'article précité qui dispose que « Lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. A compter de la date de sa nomination et durant toute la procédure de médiation, le médiateur révèle aux parties, sans tarder, toutes circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ». Cette disposition se rapproche *mutatis mutandis* des dispositions du droit OHADA de l'arbitrage précédemment analysées. On peut dès lors se référer aux développements qui y ont été consacrés. C'est vrai que la question de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre se pose avec plus d'acuité que celle du médiateur parce que l'arbitre a le pouvoir juridictionnel de trancher le litige. C'est un juge privé qui, offre *a priori* moins de garanties d'indépendance que le juge étatique, il est souvent lié au milieu des affaires. Mais, il convient de ne pas perdre de vue que l'indépendance et l'impartialité du médiateur sont essentielles au bon déroulement de la médiation et contribuent à conférer au médiateur son autorité¹¹². Les parties vont davantage coopérer avec le médiateur et l'écouter parce qu'il est indépendant et impartial vis-à-vis de chacune d'entre elles. Dans la pratique, on remarque souvent que les médiateurs sont des avocats, des anciens arbitres ou cumulent les deux fonctions, il est dès lors indiqué de transposer les règles de prévention et de gestion des conflits d'intérêts de l'arbitrage à la médiation. On comprend donc aisément la similitude rédactionnelle qui existe entre les articles 7 de l'AUA révisé et 4.1 du RACCJA révisé avec les articles 5 et 6¹¹³ de l'AUM. Telles que rédigées, ces dispositions visent à assurer la transparence.

¹¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2012, n°11-11.084, Bull. civ. I, n°14 ; CA Paris, 10 mars 2011, n° 09-28537, *Tecso c/ Neoelectra Group*, cassé sur des motifs distincts par Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-20299.

¹¹¹ Bertrou (G.) et De Margerie (Q.), « Obligation de révélation de l'arbitre : tentative de synthèse après la publication des nouvelles règles de l'IBA », op. cit., p. 29.

¹¹² Cuperlier (O.), « L'Acte Uniforme du 23 novembre 2017 relatif à la médiation », op. cit., n°18.

¹¹³ « Au moment de sa désignation, le médiateur confirme, dans une déclaration écrite, son indépendance et son impartialité ainsi que sa disponibilité pour assurer la procédure de médiation (...) ».

L'obligation de révélation qui y est imposée a pour finalité de préserver le lien de confiance légitime entre les parties et les arbitres ou les médiateurs.

27. Dans l'AUPC révisé, dans sa partie qui traite de la procédure de conciliation, l'article 5-4 prévoit que le conciliateur doit demeurer indépendant et impartial vis -à vis des parties concernées par la procédure. Il doit éviter tout fait de nature à le mettre en situation de dépendance, de subordination, de partialité et de conflit d'intérêts. Dès qu'il est informé de sa désignation, il atteste qu'il remplit à sa connaissance les conditions d'indépendance, de neutralité et d'impartialité. A tout moment, durant le déroulement de la conciliation, s'il lui apparaît qu'il n'est plus indépendant, neutre et impartial, il en informe sans délai le président de la juridiction compétente qui, s'il y a lieu, peut mettre fin à sa mission et nommer un remplaçant. On peut regretter que le législateur OHADA des procédures collectives n'ait pas donné la possibilité au débiteur ou aux créanciers, après la révélation des faits douteux par le conciliateur de décider ou non de son remplacement. L'obligation de transparence imposée au conciliateur à l'égard des parties à travers l'obligation de révélation, n'a véritablement tout son sens que si les parties, après la révélation, jugent de l'opportunité de décider ou non du remplacement du conciliateur. Tel que rédigé, l'article 5-4 de l'AUPC révisé, semble imposer une obligation de révélation du conciliateur à l'égard du président de la juridiction compétente qui, décide s'il y a lieu de le remplacer ou non. Certes, ce choix peut se comprendre, parce que le conciliateur est désigné par le président de la juridiction compétente au moment de l'ouverture de la procédure. Mais cette désignation se fait souvent sur proposition du débiteur en accord avec ses créanciers¹¹⁴.

28. Outre la révélation, la transparence se manifeste aussi par la divulgation de faits et d'informations obtenus pendant le déroulement des procédures alternatives de règlement des litiges. En droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges, contrairement à l'obligation de révélation qui est explicitement consacrée, celle de divulgation apparaît de manière implicite et exceptionnelle.

2- La consécration implicite et exceptionnelle de l'obligation de divulgation

29. La divulgation consiste à porter à la connaissance du public ce qui est secret, ignoré et confidentiel. Elle est l'une des manifestations les plus visibles de la transparence, laquelle constitue une des grandes exigences contemporaines qui dépasse très largement les sphères des modes alternatifs de règlement des litiges ou même juridiques. En droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges, la confidentialité a été érigée en principe. Est-ce donc à dire qu'aucun fait ou information portant sur les procédures d'arbitrage, de médiation et de conciliation ne pourrait être publié ?

30. La lecture des textes OHADA qui organisent les modes alternatifs de règlement des litiges permet d'observer d'une part que l'obligation de divulgation est implicite, d'autre part exceptionnelle.

La consécration de l'obligation de divulgation est implicite parce que l'extension du champ matériel de l'arbitrage OHADA aux différends relatifs aux investissements a comme conséquence indirecte, à notre sens, la transposition des préceptes de la transparence. Il est de notoriété scientifique établie que l'arbitrage d'investissement, parce que, mettant en jeu des

¹¹⁴ Le débiteur a la possibilité de proposer, à l'ouverture de la conciliation, la désignation d'un conciliateur. Cette possibilité, non directement prévue découle de la lecture du 6°) de l'article 5-2 de l'AUPC révisé. Aussi, l'article précité permet aux créanciers, par une requête conjointe de se joindre au débiteur pour saisir le président de la juridiction compétente.

questions d'intérêt public dont les enjeux dépassent les seules parties est le terrain d'élection de la transparence. L'une des spécificités de cet arbitrage réside dans la transparence des procédures ainsi que leur ouverture aux tiers par le mécanisme d'*amici curiae*¹¹⁵. L'ouverture de l'arbitrage OHADA aux différends d'investissement permettrait de réduire l'opacité, de renforcer la transparence et d'améliorer la qualité de la pratique de l'arbitrage. Les différents acteurs doivent faire montre d'innovation pour préserver l'attractivité, la compétitivité et la légitimité du système d'arbitrage de l'OHADA. Ceux-ci devraient s'inspirer des ressources du règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités adopté en juillet 2013. Cet instrument fait de la transparence un véritable principe procédural¹¹⁶. Les règles de la transparence, selon le texte de la CNUDCI, contribueraient sensiblement à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement équitable et efficace des litiges internationaux relatifs aux investissements, renforceraient le respect du principe de responsabilité et favoriseraient la bonne gouvernance. Le centre permanent d'arbitrage de la CCJA est ainsi appelé à jouer un rôle stratégique dans la mise en œuvre des règles de transparence. D'ailleurs, il est même prévu à l'article 14 du RACCJA que le Secrétaire général est autorisé à publier des extraits de sentences arbitrales sans mentionner les éléments permettant d'identifier les parties. Cette publication devrait, de notre point de vue, s'étendre aux informations concernant la composition des tribunaux arbitraux (noms des arbitres, nombre de nominations, mode de désignation, leur rôle au sein du tribunal, le nombre d'affaires pendantes auxquelles les arbitres en question participent etc).

La consécration de l'obligation de divulgation est exceptionnelle dans les procédures de médiation et de conciliation. Dans la médiation, la confidentialité est un des principes directeurs. Cependant, ce principe n'est pas absolu. Certes, toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent être marquées du sceau de la confidentialité, mais par convention des parties ou lorsque la loi l'exige, elles peuvent être divulguées. L'article 10 de l'AUM qui, envisage la dérogation à la confidentialité confirme l'idée selon laquelle la médiation est une procédure souple, volontariste et dont les règles d'ouverture et de déroulement ne sauraient aller à l'encontre des dispositions légales impératives et d'ordre public. En effet, la loi est un lien impératif posant le cadre dans lequel s'inscrivent les rapports privés et de ceux des particuliers avec l'Etat. Dans la conciliation prévue et organisée par l'AUPC révisé, l'on relève aussi que c'est une procédure qui a un fort caractère confidentiel de l'ouverture à son dénouement. Le dénouement de la conciliation peut être malheureux ou heureux. Lorsqu'il est heureux, il donne lieu à la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers, le cas échéant ses cocontractants habituels. L'accord conclu, selon l'article 5-10 de l'AUPC révisé, peut être déposé au rang des minutes d'un notaire ou homologué. L'homologation de l'accord ne lui fait pas perdre son caractère confidentiel. La décision du juge qui homologue l'accord ne fait l'objet d'aucune publicité et ne reprend pas le contenu de celui-ci qui, reste confidentiel. Cependant, la publicité de la décision d'homologation de l'accord a été prévue par l'article 5-11 de l'AUPC révisé dans l'hypothèse où le privilège de *new money* a été accordé aux personnes, qui ont apporté de nouveaux crédits

¹¹⁵ Dans le règlement d'arbitrage révisé du CIRDI du 10 avril 2006, il est expressément prévu que le tribunal peut permettre à un tiers, appelé « partie non contestante » de déposer une soumission écrite concernant une question s'inscrivant dans le cadre du différend (art. 37 (2)) du règlement d'arbitrage. Le tribunal arbitral, afin de prendre sa décision examine dans quelle mesure la soumission écrite du tiers l'assiste à trancher une question de fait ou de droit en apportant un point de vue ou une connaissance distinct de ceux des parties, v. Cabrol (E.) et Herbert Smith, *Droit des investissements internationaux. Contentieux arbitral international. Arbitrage CIRDI*, Juris Classeur Droit international, Fasc. 572-70, Mai 2009, n°54.

¹¹⁶ V. Menétry (S.), « L'évolution des fondements de la publicité des procédures judiciaires internes et son impact sur certaines procédures arbitrales internationales », *Revue de droit d'Ottawa*, 2008, p. 495, spéc., p. 534, cité par J. B. Racine, « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », *op. cit.*, note n°37.

en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité. La justification est d'éviter des privilèges occultes préjudiciables aux tiers¹¹⁷. Il s'agit de garantir la sécurité des tiers intéressés, qui doivent avoir connaissance des montants garantis. La décision d'homologation qui contient le privilège de *new money* et les montants garantis est susceptible d'opposition par tout intéressé dans les 15 jours de sa publication devant la juridiction compétente. Le cas échéant, un appel peut être formé contre la décision de celle-ci dans les 15 jours de son prononcé. La possibilité offerte par l'AUPC révisé d'exercer les voies de recours permet de faire sortir l'accord de la confidentialité, ce qui pourrait nuire à l'image et à la crédibilité du débiteur. Pour conjurer ce risque, le droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges a maintenu des règles qui apparaissent comme des obstacles à l'émergence de l'exigence de transparence.

II- Une subsistance certaine des obstacles à l'émergence de l'exigence de transparence dans le droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges

31. Il est nécessaire d'endiguer la très forte montée en puissance de la transparence¹¹⁸. Comme tout principe, il ne saurait être absolu, car l'exigence de transparence qui se généraliserait à l'excès aurait sans conteste des effets pervers. La transparence totale n'est pas souhaitable, surtout dans le domaine des modes alternatifs de règlement des litiges. Plus la justice privée et alternative tend à devenir transparente, plus elle s'éloigne des bases sur lesquelles, elle a été conçue et pratiquée depuis des siècles. Conscient des dangers qui pourraient découler d'une application excessive de l'exigence de transparence dans le droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges, le législateur, dans les nouveaux textes des 23 et 24 novembre 2017, a trouvé nécessaire de maintenir des éléments et règles qui, pourraient être considérés comme de sérieux obstacles à son émergence. Cela se vérifie aussi bien à l'examen du droit OHADA de l'arbitrage (A) que de celui de la médiation et de la conciliation (B).

A- Le maintien des obstacles à l'émergence de l'exigence de transparence dans le droit OHADA de l'arbitrage

32. De par son origine, l'arbitrage OHADA n'a pas été conçu comme un arbitrage d'investissement qui place au centre de ses principes et valeurs l'exigence de transparence (1). C'est un arbitrage assez atypique qui est à la fois commercial, civil, interne et international avec comme caractéristique principale la confidentialité (2).

1- La conception originelle de l'arbitrage OHADA

33. Le système d'arbitrage de l'OHADA est dualiste. Il repose, d'une part sur l'arbitrage traditionnel ou de droit commun qui comprend l'arbitrage *ad hoc* organisé dans l'AUA et dans les règlements des institutions d'arbitrage d'émanation privé qui existent dans plusieurs Etats de l'espace OHADA¹¹⁹. D'autre part, l'arbitrage institutionnel réalisé sous l'égide de la CCJA, organisé par le titre IV du Traité OHADA et les dispositions du RACCJA. Le droit OHADA de l'arbitrage est né dans un contexte d'insécurité juridique et judiciaire à cause d'une part de l'obsolescence du droit et, d'autre part du fonctionnement inadapté de la justice étatique. L'arbitrage, bien que prévu, avant l'avènement de l'OHADA par certaines législations

¹¹⁷ V. L'auteur de ces lignes, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », RRJ 2015-4, p. 1856, spéc. n°17 ; Sawadogo (F. M.), « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le règlement préventif », in Dossier spécial, *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Droit et Patrimoine n°253, décembre 2015, 36.

¹¹⁸ Racine (J. B.), « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », op. cit., p. 731.

¹¹⁹ V. *Supra* n°3.

nationales¹²⁰, présentait un visage peu reluisant¹²¹ et contrasté¹²². L'objectif poursuivi avec la mise en place du droit OHADA de l'arbitrage est la promotion des investissements par l'établissement d'un climat de confiance en faveur des économies des Etats parties au Traité en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique. En plaçant la promotion et la protection des investissements en première ligne de ses objectifs, la logique aurait voulu que le législateur OHADA accordât une place non négligeable à l'arbitrage d'investissement. Or telle que conçue et formulée initialement, la réglementation OHADA de l'arbitrage ne semble pas adaptée pour s'appliquer à l'arbitrage d'investissement ou mieux à l'arbitrage dans le contexte d'un investissement international.

34. Tout d'abord, l'arbitrage OHADA entend régler les différends d'ordre contractuel. C'est un arbitrage commercial à titre principal, mais qui s'intéresse aussi aux aspects civils. Le droit OHADA ne réserve, au demeurant aucun traitement particulier en considération du caractère civil ou commercial de l'arbitrage. Deux personnes non commerçantes peuvent dès lors valablement insérer dans leur contrat une clause compromissoire¹²³. Il s'applique aussi bien à l'arbitrage interne qu'international, sans considération de faveur à l'un ou l'autre. L'unification s'est faite par extension à l'arbitrage interne du régime de faveur qui, jusque-là, était réservé à l'arbitrage international. Il est vrai que l'arbitrage d'investissement est d'abord un arbitrage international, mais il renferme des spécificités¹²⁴ que l'on ne retrouve toujours pas dans le dispositif OHADA de l'arbitrage. L'une de ses spécificités réside dans le fait que la plupart des différends relatifs aux investissements internationaux ne portent pas sur l'inexécution d'un contrat mais sur l'inexécution d'une obligation souscrite par un Etat envers un investisseur étranger en vertu d'une législation interne ou d'un traité international¹²⁵. Aussi est-il admis que

¹²⁰ Dans plusieurs pays africains francophones comme le Cameroun (v. les articles 576 à 601 du Code de procédure civile et commerciale), l'arbitrage est à peine introduit avec le Code de procédure civile et commerciale français de 1806 et la loi du 31 décembre 1925 complétant les dispositions du Code de commerce français et autorisant les clauses compromissoires en matière commerciale. Seuls quelques rares Etats ont légiféré en la matière. Au Congo, v. la loi du 21 avril 1983 relative à la procédure civile, commerciale, administrative et financière. Au Tchad, l'Ordonnance du 28 juillet 1967 qui, prévoit en ses articles 370 et 383 des dispositions relatives à l'arbitrage identiques à la législation française d'avant 1980. Au Togo, la loi du 28 novembre 1989 a institué auprès de la chambre de commerce, de l'agriculture et de l'industrie du Togo, une cour d'arbitrage indépendante dotée de la personnalité civile et organise par voie d'arbitrage le règlement des différends. En Côte d'Ivoire, la loi du 9 août 1993 relative à l'arbitrage. Au Sénégal, le Code des obligations civiles et commerciales adopté en 1963 ; le Code de procédure civile de 1964 ; le Décret n°98/493 relatif à la création d'institutions d'arbitrage. Par ailleurs, à la veille de l'adoption de l'AUA, la plupart d'Etats africains ont ratifié la Convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères et celle de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

¹²¹ L'arbitrage manquait de rationalité, les commerçants étaient traités avec faveur dans la mesure où, ils disposaient du droit de faire usage des deux types de conventions : le compromis et la clause compromissoire, v. Foko (A.), « La rationalisation du domaine de l'arbitrage (Une étude à la lumière des droits français et de l'OHADA) », op. cit., p. 428, spéc. n°3.

¹²² V. Amoussou-Guenou (R.), *Le droit et la pratique de l'arbitrage international en Afrique subsaharienne*, Thèse, Paris II (Panthéon-Assas), 1995 ; « L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA », Communication au colloque international de Yaoundé des 13 et 14 décembre 1999 sur *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Actes du colloque, p. 17 ; Pougoué (P. G.), « La notion d'arbitrage », in *Encyclopédie du droit OHADA* (s./dir. de l'auteur), Lamy 2011, p. 1177.

¹²³ V. Cour d'Appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire), Arrêt n°1032 du 30 juillet 2002, OHADATA J-03-28.

¹²⁴ Le professeur E. Gaillard (« L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, n°3, p. 856) avait affirmé que la pratique de l'arbitrage d'investissement « a déjà développé des caractères propres qui ne manqueront pas d'avoir à leur tour une incidence sur le droit commun de l'arbitrage. Ces caractères sont l'affaiblissement de la confidentialité, l'usage de la procédure d'*amicus curiae* et le développement d'une véritable jurisprudence arbitrale, plus nourrie et plus cohérente que dans tout autre domaine ».

¹²⁵ Ngnintedem (J. C.), « Le juge OHADA et l'investissement international », *Juridis Périodique* n°104, Octobre-Novembre-Décembre 2015, p. 140.

l'arbitrage d'investissement qui se fait sous l'égide du CIRDI¹²⁶ procède de la théorie du consentement dissocié, c'est-à-dire que le consentement de l'Etat et celui de l'investisseur peuvent être donnés à des moments différents¹²⁷. L'Etat peut décider d'exprimer une offre générale d'arbitrage CIRDI par avance dans une loi sur les investissements¹²⁸ ou dans un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements¹²⁹. L'investisseur accepte l'offre d'arbitrage exprimée par l'Etat dans une loi ou un traité par le dépôt de la requête d'arbitrage. Toutefois, l'investisseur peut accepter l'offre de l'Etat, à tout moment, sans attendre le dépôt de sa requête, par exemple dans une lettre adressée à l'Etat.

35. L'introduction dans le droit OHADA révisé de l'arbitrage de la formule selon laquelle « l'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements (...) » vise à adapter le droit de l'arbitrage OHADA à l'arbitrage des investissements caractérisé notamment par la diversité de modalités de recours à l'arbitrage. Il s'agit de répondre aux critiques qui faisaient état de ce qu'il est douteux de considérer l'arbitrage OHADA comme un arbitrage d'investissement au même titre que l'arbitrage CIRDI¹³⁰. Une doctrine¹³¹ relève fort pertinemment que l'arbitrage est un service, et dans le marché de ce service, c'est le produit présentant le plus d'atouts qui peut le plus se vendre. Dans un monde de plus en plus marqué par la concurrence, la compétitivité juridique, le droit OHADA de l'arbitrage partait défavorisé par rapport aux systèmes d'arbitrage qui admettent expressément des modes d'accès autres que le contrat dans son régime classique. Mais suffit-il d'introduire une pareille formule pour inférer à la transmutation de l'arbitrage OHADA à un arbitrage d'investissement ? De notre point de vue, l'extension du champ matériel de l'arbitrage OHADA aux différends relatifs aux investissements va bousculer les habitudes des acteurs de l'arbitrage. Ceux-ci sont invités à intégrer les règles de la transparence dans leur pratique. Cependant, cette innovation en elle-même, bien que saluée¹³² n'entraîne pas le bouleversement général de l'architecture de base sur laquelle repose le système d'arbitrage OHADA.

36. Ensuite, l'arbitrage OHADA ne connaît pas le recours à la procédure d'*amicus curiae*, c'est-à-dire à l'acceptation de l'intervention d'un tiers neutre (l'ami de la cour) que la juridiction peut entendre dans le but de lui apporter la lumière en fournissant des éléments propres à faciliter son information, sa compréhension, sans pour autant qu'il soit possible de récuser son

¹²⁶ Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965. Il a pour objet de favoriser le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers et offre des services de conciliation et d'arbitrage spécialement conçus à cet effet.

¹²⁷ Paulsson (J.), « Arbitration Without Privity : ICSID », Rev.-FILJ 1995.232 ; Gaillard (E.), « L'arbitrage sur le fondement de traités de protection des investissements », Rev. arb. 2003, p. 853 ; Burdeau (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », Rev. arb. 1995, p. 3 ; Stern (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2000, p. 223.

¹²⁸ V. Southern Pacific Properties (Middle East) c/ Égypte (compétence), 27 nov. 1985, ARB/84/3 : ICSID Rev.-FILJ, 1993.332 ; JDI 1994, p. 218, obs. E. Gaillard. - Tradex Hellas c/ Albanie (compétence), 24 déc. 1996, ARB/94/2 : 5 ICSID Rep. p. 47 ; JDI 2000, p. 151. - Inceysa Vallisoletana c/ Salvador, 2 août 2006, ARB/03/26 : disponible sur <http://ita.law.uvic.ca/>. - Biwater Gauff c/ Tanzanie, 24 juill. 2008, ARB/05/22 : disponible sur <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> ; JDI 2009, p. 402, obs. E. Gaillard).

¹²⁹ AAPL c/ Sri Lanka, 27 juin 1990, ARB/87/3, ICSID Rev.-FILJ, 1991.526 ; JDI 1992, p. 217, obs. E. Gaillard.

¹³⁰ V. Notamment : Ngnintedem (J. C.), « Le juge OHADA et l'investissement international », Juridis Périodique n°104, Octobre-Novembre-Décembre 2015, p. 140 ; Knieper (R.), « L'arbitrage des différends relatifs aux investissements en Afrique francophone au Sud du Sahara : l'OHADA et le CIRDI », Penant n°881, p. 485.

¹³¹ Tchakoua (J. M.), Aka (N.), Fénéon (A.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, op. cit., p. 39.

¹³² *Ibid.*

intervention¹³³. C'est d'ailleurs ce mécanisme qui explique d'après B. Stern, « l'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur »¹³⁴.

Le législateur OHADA des 23 et 24 novembre 2017 aurait pu aller au bout de sa logique d'adaptation de l'arbitrage OHADA à celui d'investissement. Après avoir introduit dans l'AUA et dans le RACCJA, la formule selon laquelle « l'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements (...) », il aurait dû l'accompagner de l'institution et de la réglementation de la procédure d'*amicus curiae*. L'arbitrage CCJA, en raison de quelques points de contacts qu'il entretient avec l'arbitrage CIRDI aurait pu servir de réceptacle à cette innovation¹³⁵. Certes le RACCJA révisé prévoit le régime de l'intervention dans la procédure arbitrale, mais celui-ci obéit à d'autres objectifs. De même, l'article 19 du RACCJA révisé qui fixe le régime de l'« instruction de la cause » donne la possibilité au tribunal arbitral de décider d'entendre des témoins, experts commis par les parties ou toute autre personne, en présence des parties, ou en leur absence à condition que celles-ci aient été dûment convoquées. Ainsi, le tribunal arbitral bénéficie d'un pouvoir souverain dans le choix des mesures d'instruction¹³⁶, mais, à bien observer, ce régime, tel que formulé, ne semble pas convenir à la procédure d'*amicus curiae*. En effet, l'*amicus curiae* (l'ami de la cour), n'est ni témoin, ni expert, il n'est lié d'une manière ou d'une autre à une des parties. Il n'est soumis, non plus aux règles relatives à la récusation¹³⁷.

37. Enfin, les règles actuelles de l'OHADA même si elles donnent la possibilité aux personnes morales de droit public¹³⁸ d'y recourir, ne prennent cependant pas suffisamment en compte la dimension d'« intérêt public » que protège l'Etat dans sa relation d'investissement¹³⁹. La

¹³³ Pour toute étude sur l'*amicus curiae*, v. Woog (J. C.) et Laurin (Y.), *Amicus curiae*, Répertoire Dalloz, Juin 2017 ; Menetry (S.), *L'amicus curiae, vers un principe de droit procédural ?* Dalloz, 2010 ; Braudo (S.), *Dictionnaire du droit privé*, <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/amicus-curiae.php>.

¹³⁴ Stern (B.), « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Rev. arb.*, n°2, 2002, p. 329 ; « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n°2, p. 219 ; « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre l'Etat et investisseur », *Rev. arb.*, 2007, n°1, p. 3.

¹³⁵ C'est souvent en comparant le système d'arbitrage de la CCJA avec l'arbitrage du CIRDI qu'on faisait à l'OHADA le reproche d'avoir placé son droit de l'arbitrage dans une position défavorable dans la course au règlement des différends relatifs aux investissements. Sur la comparaison des deux systèmes d'arbitrage, v. Tamkam Silatchom (G. A.), *La contribution de l'arbitrage à la promotion des investissements : étude comparée des systèmes d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, Thèse de doctorat Ph.d, Université de Yaoundé II, 2015 ; Yahdi (C.), *La CCJA et le CIRDI*, Mémoire de Master Recherche en droit privé, Université de Ngaoundéré, 2017-2018.

¹³⁶ La CCJA reconnaît au tribunal arbitral le pouvoir souverain de procéder au choix discrétionnaire des mesures d'instruction, v. CCJA, Ass. plén., n°098/2014 du 30 octobre 2014, *SCP Pyramidion C/ Agetier Mali*, OHADATA J-15-189.

¹³⁷ V. Woog (J. C.) et Laurin (Y.), *Amicus curiae*, Répertoire Dalloz, op. cit. ; Paris, 21 juin et 6 juill. 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 2. 700, note Laurin ; D. 1989. 341 ; RTD civ. 1989. 138, obs. Perrot ; Paris, 16 octobre 1992, D. 1993. 172, note Laurin ; Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991. II. 21752, note Terré ; D. 1991. 417, rapp. Chartier, note Thouvenin.

¹³⁸ Sur l'ouverture du domaine de l'arbitrage aux personnes morales, v. Kamto (M.), « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage », in *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Actes du Colloque international de Yaoundé des 13 et 14 décembre 1999, p. 93 ; Nemedeu (R.), « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant des personnes morales de droit public », *RASJ*, Vol. 6, n°1, 2009, p. 45 ; Ben Hamida (W.), « La participation des personnes publiques subsahariennes à l'arbitrage des investissements », *Penant*, n°881, p. 464 ; Foko (A.), « La rationalisation du domaine de l'arbitrage (une étude à la lumière des droits français et de l'OHADA) », op. cit., p. 430 ; Tchakoua (J. M.), « L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA », *Penant* n°835, Janvier-Avril 2001, p. 1 ; L'auteur de ces lignes, *L'application du droit OHADA aux sociétés d'Etat*, Mémoire de Master Recherche, Université de Ngaoundéré, 2011.

¹³⁹ La CCJA a déjà eu l'occasion de rendre les arrêts qui opposent en matière d'investissements un Etat à une Société privée. Mais dans ces arrêts, la compétence du tribunal arbitral a toujours été fondée sur la convention

protection de l'« intérêt public » paraît très cruciale dans le cadre d'un arbitrage entre un investisseur et un Etat au point que l'on est souvent obligé de transcender la confidentialité pour laisser éclore la transparence. Or le principe de confidentialité occupe, encore, malgré la réforme des 23 et 24 novembre 2017 une place centrale dans le dispositif OHADA de l'arbitrage.

2- La prégnance de la confidentialité dans le droit OHADA de l'arbitrage

38. La confidentialité a été mise au centre du dispositif du système OHADA de l'arbitrage¹⁴⁰. Elle apparaît comme un principe qui gouverne toute procédure arbitrale¹⁴¹ et la distinguerait de la procédure devant une juridiction étatique où s'applique la règle de la publicité des débats. Elle est de l'essence même de l'arbitrage, sa sœur jumelle¹⁴². C'est une des raisons du choix de l'arbitrage, car quand la discrétion est de mise, l'arbitrage permet de préserver le secret des affaires¹⁴³. À une époque où l'on assiste parfois à un véritable lynchage médiatique de telle ou telle personne en raison des faits plus ou moins avérés qu'elle est censée avoir commis, l'arbitrage, en raison de ses caractères privé et confidentiel se présente comme l'un des modes privilégiés de résolution des litiges où les débats ne seront pas publics et où la sentence finale ne pourra être divulguée qu'avec l'accord des parties. Procédant au dépassement de la distinction

d'arbitrage et non sur un instrument relatif aux investissements, v. notamment : CCJA, 29 novembre 2011, n°011/2011, *Etat du Mali c/ société ABS International Corporation LTD*, RTD com., 2017, p. 755, note R. Nemedeu ; CCJA, 17 avril 2014, n°039/2014, *Etat du Mali c/ Société CFAO*, RTD com., 2017, p. 760 ; CCJA, Arrêts n°103/2015 et 104/2015 du 15 octobre 2015, *Arbitrage et médiation en Afrique*, numéro spécial, Penant n°894, Janvier- Mars 2016, p. 147, obs. A. Ogoubi et F. Delfini.

¹⁴⁰ Tsafack Djoumessi (C. C.), « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Arbitrage et médiation en Afrique*, numéro spécial, Penant n°894, Janvier- Mars 2016, p. 57.

¹⁴¹ Pour toute étude sur la confidentialité et les controverses que ce sujet suscite, v. en langue française, Remy (A.), *Arbitrage international, entre confidentialité et transparence*, Mémoire de master de droit européen comparé, 2013, 54p ; Cavalieros (Ph.), « La confidentialité de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2005, n°349, p. 6 ; Delvolvé (J. L.), « Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1996, p. 373 ; Dimolitsa (A.), « *Quid* encore de la confidentialité ? », in *Mélanges F. Knoepfler, Helbing et Lichtenhahn*, 2005, p. 249 ; Loquin (E.), « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, p. 323 ; *La confidentialité dans l'arbitrage, Commentaires sur les textes, la jurisprudence et la pratique*, Bull. CIA/CCI, numéro spécial 2009 ; Gaillard (E.), « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international », *D.* 1987, *Chron.*, p. 153 ; Bagner (H.), « L'imbroglio de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international », *Bull. CCI*, vol. 12, n°1, septembre 2001, p. 19 ; Paulson (J.) et Rawding (N.), « Les aléas de la confidentialité », *Bull. CCI*, vol. 5, n°1, mai 1994 ; Müller (C.), « La confidentialité de l'arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? », *23 ASA Bull.*, 2/2005 (juin), p. 216 ; v. en langue anglaise, Paulson (J.) et Rawding (N.), « The trouble with Confidentiality », *Bull. CIA/CCI*, mai 1994, p. 48 ; Dessemontet (F.), « Arbitration and Confidentiality », *Am. Rev. Int'l Arb.* 1996, p. 299 ; Smit (H.), « Breach of confidentiality as a ground for avoidance of the arbitration agreement », in *Mélanges J. Ghestin, LGDJ*, 2001, p. 821 ; Brown (A. C.), « Presumption Meets Reality : an Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration », *Am. U. Int'l L. Rev.* 2001, p. 969 ; Schmitz (A. J.), « Untangling the Privacy Paradox in Arbitration », *Kansas L. Rev.* 2006, p. 1211 ; Furrer (A.), « The duty of Confidentiality in International Arbitration », in *Mélanges P. Tercier, Schulthess*, 2008, p. 801 ; Hwang S. C. (M) et Chung (K.), « Defining the Indefinable : Practical Problems of Confidentiality in Arbitration », *J. Int'l. arb.* 2009, p. 609 ; Reid (G.), *Confidentiality, an algorithm*, 1 Stocklom Arbitration Report, 53 (2000) ; Lazareff (S.), « Confidentiality and arbitration : Theoretical and philosophical reflections », *ICC, Bull.* 2009, special supplement, p. 88.

¹⁴² Clay (Th.), *L'arbitre*, Dalloz, Paris, 2001, p. 595.

¹⁴³ Cavalieros (Ph.), « La confidentialité de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 6.

entre l'arbitrage international¹⁴⁴ et l'arbitrage interne¹⁴⁵, le législateur OHADA pose respectivement aux articles 14 du RACCJA et 18 de l'AUA la règle de la confidentialité. L'article 14 alinéa 1^{er} du Règlement précité, repris par l'article 5.2 du Règlement intérieur de la CCJA énonce que « La procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que toutes réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la Cour ou établis par celle-ci à l'occasion des procédures qu'elle administre ». L'alinéa 2 de cet article tel que repris par l'article 5.3 prévoit tout de même que les parties peuvent déroger à cette obligation de confidentialité qui lie « les parties, les arbitres, les experts et toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage ». L'article 18 de l'AUA dispose plutôt que « les délibérations du tribunal sont secrètes ». Avant d'analyser le contenu de ces dispositions, il est important de préciser ce qu'il faut entendre par la « confidentialité ».

39. Le vocable « confidentialité », selon le dictionnaire le « Robert » est relatif au « maintien du secret d'informations ». La « confidentialité » est appréhendée comme le caractère de ce qui est confidentiel. Est « confidentiel » tout fait communiqué par écrit ou oralement à quelqu'un sous l'interdiction pour celui-ci de le révéler à quiconque. C'est ce qui se dit, se fait en confiance ; qui ne doit pas être connu ou divulgué. La notion de confidentialité est liée à une obligation de garder le secret. On peut définir l'obligation de confidentialité comme « un lien de droit entre deux personnes dont l'objet est d'assurer la protection d'une information secrète »¹⁴⁶. A première vue, la « confidentialité » renverrait au « secret », mais, à bien y regarder, la notion de « confidentialité » a un sens beaucoup plus large que celle de « secret ». Ce qui conduit à considérer l'idée selon laquelle toutes les informations secrètes sont subordonnées aux obligations de confidentialité alors que l'inverse n'est pas tout à fait vrai. Des informations confidentielles ne peuvent fondamentalement être secrètes, puisqu'elles peuvent tout de même être divulguées, bien que cette divulgation soit restreinte¹⁴⁷. La confidentialité découlerait du caractère privé de l'arbitrage. L'arbitrage est non seulement « une justice privée mais aussi une justice rendue en privé »¹⁴⁸. Il existerait dès lors un lien très fort entre le caractère privé de l'arbitrage et son caractère confidentiel. Les deux notions seraient synonymes¹⁴⁹. Mais, la jurisprudence¹⁵⁰ et la doctrine suggèrent une différenciation des deux

¹⁴⁴ La confidentialité ne serait pas de l'essence de l'arbitrage international (en ce sens, v. Gaillard (E.), « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *le nouveau droit français de l'arbitrage*, Th. Clay (dir.), Lextenso, 2011, p. 57, spéc., p. 69. Un tribunal arbitral constitué par la Chambre de commerce internationale avait rejeté la présomption d'un principe de confidentialité en arbitrage international (Bulletin d'arbitrage international, Allen & Overy, 1^{er} Décembre 2012, *The Louis Berger Group Inc/Black & Veatch Special Projects Corp, Joint Venture v Symbion Power, LLC ICC N° 16383/VRO*).

¹⁴⁵ En droit français, la confidentialité n'est prévue par les textes qu'en matière d'arbitrage interne (article 1464 al. 4 CPC, issu du Décret n° 2011- 48 du 13 janvier 2011), v. Racine (J. B.), *Droit de l'arbitrage*, PUF, Collection Thémis, 2016, p. 430.

¹⁴⁶ Lefrançois (M.), *L'obligation de confidentialité*, Thèse Caen, 2001, p. 5.

¹⁴⁷ V. Article 39.2 du Traité ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) annexé au Traité de Marrakech ayant institué l'OMC. Des renseignements sont secrets si, « dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ». Quant à la confidentialité, cette dernière désignerait des informations communiquées, mais pour lesquelles on demande à celui qui les reçoit de ne pas les divulguer ou d'en faire un usage restreint. Ainsi, une information confidentielle, avant d'être communiquée, suppose d'abord qu'elle soit tenue secrète, v. Adamou Moktar, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », op. cit., p. 4.

¹⁴⁸ Clay (Th.), *L'arbitre*, op. cit., n°771.

¹⁴⁹ Cet arrêt va dans ce sens, *Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha*, (The « EasternSaga ») Queen's Bench Division (Commercial Court) QBD (Comm) June 26, 1984 Before Mr. Justice Leggatt.

¹⁵⁰ *Dolling-Baker v Merrett & Another* (CA 1990) [1991] 2 ALL ER 890, per Parker LJ cite dans « Confidentiality in Commercial Arbitration Ilena M. Smeureanu », 2011, Wolters Kluwer Law & Business.

notions. En effet, le concept « privé » est généralement utilisé pour désigner le fait que seules les parties et non les tiers, peuvent assister aux audiences d'arbitrage ou autrement dit participer à la procédure d'arbitrage. En revanche, la confidentialité est utilisée pour désigner l'obligation de ne pas divulguer des informations relatives à l'arbitrage à des tiers. Le caractère privé de l'arbitrage est opposable aux personnes non visées par la procédure d'arbitrage (les tiers), elles ne peuvent assister aux audiences sans le consentement des litigants. La confidentialité traite de l'obligation de non-divulgaration d'informations quant au contenu de la procédure arbitrale, à la preuve et aux documents produits lors des audiences d'arbitrage, ainsi qu'à la sentence arbitrale »¹⁵¹. Dans l'affaire *Esso*, le juge a admis l'existence du caractère privé de l'arbitrage, sans l'assimiler au caractère confidentiel. Il a considéré que « Sous réserve d'une quelconque manifestation d'une intention contraire tenant aux stipulations ou à la nature même d'une convention d'arbitrage, l'arbitrage est privé, en ce sens qu'il n'est pas accessible au public (...) L'arbitre interdira aux personnes étrangères l'accès aux audiences, sauf si les parties acceptent la présence d'un étranger »¹⁵². Il définit le caractère privé de l'audience comme inhérent à l'arbitrage plutôt que d'attribuer cette caractéristique à une obligation implicite et déduit que le caractère privé de l'audience ne rend pas pour autant confidentiels les documents et informations fournis au cours d'un arbitrage et en vue de celui-ci.

40. L'article 14 du RACCJA, pose une présomption de confidentialité¹⁵³, mais elle n'est pas irréfragable. C'est un principe qui admet la transparence comme une exception. La règle de la confidentialité a une large portée dont les contours exacts restent à fixer par la jurisprudence. Mais telle que posée à l'article 14, l'on peut envisager cette portée sous un triple angle : matériel, temporel et personnel. Sur le plan matériel, la confidentialité touche à la tenue des audiences de la procédure arbitrale. Plusieurs éléments sont visés : la confidentialité de l'existence de l'arbitrage, documents et informations produits par les litigants au cours de la procédure arbitrale. Documents, informations, témoignages reçus du tribunal arbitral sont aussi couverts par la confidentialité. Les travaux, les réunions de la CCJA en tant qu'institution d'administration de l'arbitrage, ainsi que les actes pris par cette dernière sont également soumis à la confidentialité. Sur le plan temporel, la confidentialité s'applique à chacune des étapes de l'instance arbitrale. De la saisine du tribunal arbitral, en passant par la réunion de cadrage¹⁵⁴, jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale. Sur le plan personnel, tous les acteurs concourant à la procédure arbitrale sont visés à savoir : les arbitres, les parties, leurs conseils, les témoins, les experts, les interprètes, les tiers financeurs¹⁵⁵, le centre d'arbitrage qui administre la procédure, toutes les personnes associées¹⁵⁶ d'une manière ou d'une autre à la procédure d'arbitrage. Il leur est interdit de révéler l'existence de la procédure arbitrale.

L'article 18 de l'AUA, sans faire usage du terme « confidentialité », énonce que « les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes ». Cette disposition inspirée de l'article 1469 du

¹⁵¹ Kapeliuk-Klinger (D.), Rev; arb. 1996. 545, cité comme tel par Adamou Moktar, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », op. cit., p. 15.

¹⁵² *Esso Australia Resources Ltd and others v the Honourable Sidney James Plowman and others*, f.c. n°95/014, opinion de Brennan Justice, par. 1; v. aussi, Remy (A.), *Arbitrage international, entre confidentialité et transparence*, op. cit., p.9.

¹⁵³ C'est-à-dire que la confidentialité existe même en l'absence d'accord des parties.

¹⁵⁴ Sur l'objet de la réunion de cadrage dans le cadre de l'arbitrage CCJA, v. l'article 15 du RACCJA révisé.

¹⁵⁵ Pour plus d'éclaircissements sur ce type d'acteurs de l'arbitrage, v. Pinsolle (Ph.), « Le financement de l'arbitrage par les tiers », Rev. arb., n°2, avril-juin 2011, pp. 385-414.

¹⁵⁶ Cette expression suggère une approche large du domaine personnel de la règle de la confidentialité. Le nombre de personnes couvert par la confidentialité paraît important. Ainsi, une tierce personne destinée à être recrutée pour assurer le secrétariat peut être récusée au motif que la confidentialité ne serait pas assurée, v. Adamou Moktar, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », op. cit., pp. 21-23.

Code civil français, rappelle une règle bien connue du droit processuel général : le secret du délibéré¹⁵⁷. Le secret du délibéré s'exerce vis-à-vis des tiers et des litigants. De manière plus précise, il impose l'interdiction pour toute personne¹⁵⁸, en dehors des arbitres d'assister au délibéré et l'obligation pour ces derniers, de ne pas divulguer ultérieurement le contenu de leur délibération.

A s'en tenir au seul contenu de l'article 18 de l'AUA, on serait tenté de se poser la question de savoir si la confidentialité s'épuiserait qu'à la phase du délibéré arbitral ? Les autres phases de la procédure arbitrale ne seraient-elles pas visées par le principe de confidentialité, comme c'est le cas dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA ? La réponse à cette question commande de rappeler que l'arbitrage repose sur la volonté des parties. Ce qui implique que les parties ont la possibilité de prévoir expressément l'obligation de confidentialité dans la convention d'arbitrage, laquelle peut prendre la forme de clause compromissoire ou de compromis. L'article 3 de l'AUA, prévoit aussi la convention d'arbitrage par référence. La convention d'arbitrage peut être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant. La convention d'arbitrage par référence désigne une convention arbitrale qui n'est pas contenue dans le contrat litigieux mais dans des conditions générales ou dans un autre acte (par exemple, le contrat principal auquel le contrat litigieux se rapporte ou un contrat antérieur). On en vient à penser que cette disposition admet la confidentialité par référence. Ce qui signifie qu'une obligation de confidentialité, non explicitement stipulée dans le contrat litigieux est valable, par référence écrite à un autre document liant les parties qui la contient. Il s'agit bien d'une convention de confidentialité par référence à un document la stipulant. Il est de principe qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire de confidentialité par référence écrite¹⁵⁹ à un document qui la contient est valable. Sur la question de la validité de la clause d'arbitrage par référence, deux approches s'affrontent¹⁶⁰ : celle large ou libérale et celle restrictive. L'approche large ou libérale admet la présomption de consentement en cas de connaissance de la clause compromissoire par référence. Dans un premier temps, la CCJA semble avoir adopté cette approche. Dans un arrêt en date du 24 février 2005, elle avait observé que la clause arbitrale est « applicable dès lors que la situation ou les activités d'une partie font présumer qu'elle a eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage »¹⁶¹. Dans un deuxième temps, elle a imposé la preuve de la connaissance de la teneur du document contenant

¹⁵⁷ Bredin (J. D.), « Le secret du délibéré arbitral », in Etudes offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec 1991, p. 73 ; « Retour au délibéré arbitral », in *Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 43.

¹⁵⁸ Tous les intervenants à la procédure arbitrale sont concernés, y compris le secrétaire général de la CCJA et même le dactylographe.

¹⁵⁹ Boucobza (X.), « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998-3, p. 495 ; Poudret (J. F.), « La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 CIA », in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, p. 523 ; Oppetit (B.), « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990-3, p. 551.

¹⁶⁰ Le débat s'est posé au niveau de la jurisprudence et de la doctrine française : Alors que la première Chambre civile de la Cour de cassation française (Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1993, *Rev. arb.* 1994-1, p. 108, note C. Kessedjian ; *JDI* 1994-3, p. 690, note E. Loquin) posait une présomption de consentement dès lors que la convention d'arbitrage par référence était connue au plus tard lors de la conclusion de l'acte, la chambre commerciale en matière maritime (Cass. com., 29 novembre 1994, *CDF Chimie North America et a. c/ Tolt Nielsen et a. DMF* 1995, p. 218, obs. Y. Tassel) exigeait la preuve de l'acceptation de ladite clause. Pour la doctrine, Delebecque (Ph.), « Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006 », *DMF* 2007, p. 404 ; Cachard (O.), « La force obligatoire vis-à-vis des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissements. Plaidoyer pour un renouveau des considérations maritimes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 189 ; Kpoahoun Amoussou (A.), *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, PUAM 2002 ; Kagou Kenna (P. H.), *Le destinataire dans le contrat de transport de marchandises par mer*, Thèse de doctorat Ph.d en droit privé 2014.

¹⁶¹ CCJA, arrêt n°012/2005, 24 février 2005, OHADATA J-05-357.

la clause d'arbitrage par référence et de son acceptation par la partie à laquelle elle est opposée. Dans un arrêt rendu le 08 avril 2010 dans l'affaire *Atlantique Telecom contre Planor Afrique*, la CCJA a indiqué que « la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a accepté l'incorporation du document ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel de Ouagadougou, après avoir examiné les diverses transactions intervenues entre les parties, a, souverainement relevé, par une décision motivée, que la clause d'arbitrage contenue dans le pacte d'actionnaires du 10 février 2004 n'est pas opposable à *Planor Afrique* parce qu'il ne ressort nulle part du dossier qu'elle ait eu connaissance de ladite clause et qu'elle ait manifesté la volonté d'être liée par la convention d'arbitrage »¹⁶². Ainsi, la validité d'une clause par référence est admise lorsque le consentement d'aucune des parties n'est douteux. Cette approche plus juridique (protection du consentement des parties) qu'économique participe de la fragilisation de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

La clause de confidentialité pourrait aussi figurer dans l'acte de mission de l'arbitre¹⁶³ ou résulter de la référence à un règlement d'arbitrage¹⁶⁴. L'avantage de procéder ainsi est que la portée de l'obligation de confidentialité prise par les parties leur apparaîtra clairement, puisque les grandes lignes de la procédure d'arbitrage seront déjà dessinées et les enjeux du dossier apparents.

41. Quoique bien établie en droit OHADA de l'arbitrage, la confidentialité apparaît de plus en plus comme « un colosse aux pieds d'argile »¹⁶⁵. Outre la transparence qui émerge plus ou moins en droit OHADA de l'arbitrage telle qu'illustrée dans ce qui précède, la confidentialité subit des inflexions qui la fragilisent¹⁶⁶. Ces inflexions, sans toujours poursuivre l'objectif de transparence, visent à protéger tantôt l'ordre public de fond, tantôt l'ordre public procédural. S'agissant de l'ordre public de fond ou substantiel, les obligations résultant des lois de police, pénales, fiscales, financières, de défense de l'intégrité du territoire peuvent faire sauter le parapluie de la confidentialité. D'ailleurs, la CCJA avait affirmé qu'une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international lorsqu'elle statue sur la validité d'un acte réglementaire, lequel relève des prérogatives régaliennes d'un Etat¹⁶⁷. S'agissant de l'ordre public procédural, il impose le respect des principes de justice liés à un procès équitable (droits de la défense, principe du contradictoire, égalité de traitement des parties, possibilité d'exercice des voies de recours etc). Face à ces principes supérieurs de justice, une confidentialité absolue est généralement difficile à réaliser. Par exemple, l'éventualité de l'exercice des voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale, ainsi que celle de la mise en œuvre de l'exécution forcée rendent *ipso facto* publics le litige et son résultat.

42. Tout compte fait, un constat se dégage : il est difficile de réaliser une confidentialité absolue, de même qu'une transparence démesurée. Les deux notions sont en situation de dialectique permanente. Elles ont vocation à s'accorder. La confidentialité est susceptible de se concilier

¹⁶² CCJA, 1^{ère} ch., n°41, 10-06-2010, OHADATA J-11-85, J-12-38, note Achille Ngwanza, rev. arb. 2012-3, p. 615.

¹⁶³Bühler (M.), « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RDAI/IBLJ, no 3, 2002, pp. 359-387, spéc. p. 380.

¹⁶⁴ Cavalieros (Ph.), « La confidentialité de l'arbitrage », op. cit., p. 6.

¹⁶⁵ Expression utilisée en droit français de l'arbitrage par le professeur J. B. Racine, « Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage », op. cit., p. 735.

¹⁶⁶Tsafack Djoumessi (C. C.), « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Arbitrage et médiation en Afrique*, op. cit., p. 65.

¹⁶⁷ CCJA, Arrêts n°103/2015 et 104/2015 du 15 octobre 2015, *Arbitrage et médiation en Afrique*, numéro spécial, Penant n°894, Janvier- Mars 2016, p. 147, obs. A. Ogoubi et F. Delfini.

avec la transparence. Ce constat se vérifie-t-il aussi à la lecture et à l'examen du dispositif organisant les procédures de conciliation et de médiation, deux procédures essentiellement confidentielles ?

B- Le maintien des obstacles à l'émergence de l'exigence de transparence dans le droit OHADA de la conciliation et de la médiation

43. Les mérites et les attraits attachés aux procédures de médiation et de conciliation, n'ont pas laissé le législateur OHADA indifférent. Annoncée d'abord à l'article 1-2 de l'AUPC révisé¹⁶⁸, la médiation, en tant que mode alternatif de résolution des litiges a enfin fait l'objet d'un Acte uniforme adopté le 23 novembre 2017 (AUM) (2). En revanche, la conciliation¹⁶⁹, a été réglementée de manière détaillée par les dispositions des articles 5-1 à 5-14 de l'AUPC révisé (1). Dans l'ensemble, ces procédures renvoient à une conception souple, confidentielle, consensuelle, volontariste, pragmatique et négociée de règlement des litiges. Autant de caractéristiques qui paraissent aux antipodes de l'exigence de transparence.

1- Le maintien des obstacles à l'émergence de l'exigence de transparence dans le droit OHADA de la conciliation

44. Le législateur OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 met un accent particulier sur la sauvegarde des entreprises. Celle-ci ne passera que par une anticipation et une prévention en amont des difficultés de l'entreprise débitrice. Il est raisonnable de penser que des mesures d'assistance aux blessés de la compétition économique seront d'autant plus efficaces qu'elles seront précoces¹⁷⁰. Aussi, a-t-il prévu un titre (Titre II) spécialement réservé aux procédures préventives. De celles-ci¹⁷¹, se trouve la conciliation. Cette dernière est définie à l'article 2 de l'AUPC révisé comme « *une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue, par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur* ». Elle vise dès lors à trouver un accord amiable entre le débiteur, ses principaux créanciers et cocontractants en vue de mettre fin aux difficultés d'une entreprise débitrice. Telle que conçue et organisée par l'AUPC révisé, la procédure de conciliation a des caractères qui paraissent l'éloigner des exigences liées à l'impératif de transparence.

45. Premièrement, la conciliation est une procédure libérale, volontariste, non contraignante, mais fermée. Son ouverture est laissée à la seule initiative du débiteur. L'AUPC, comme c'est le cas en droit français, n'impose rien au débiteur, qui est libre de solliciter une conciliation ou de ne pas le faire. La demande adressée par le débiteur au président de la juridiction compétente

¹⁶⁸ « Sans préjudice de l'application des procédures visées à l'article 1 ci-dessus, toute entreprise a la faculté de demander, avant la cessation de ses paiements, l'ouverture d'une procédure de médiation selon les dispositions légales de l'État partie concerné ».

¹⁶⁹ Pour toute étude sur la conciliation de l'AUPC révisé, v. les travaux rappelés à la note n°12 ; REILLE (F.), « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté OHADA », LPA, n°49, mars 2016, p. 7.

¹⁷⁰ LUCAS (F. X.), « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », BJS, novembre 2005, n°11, p. 1181.

¹⁷¹ L'autre procédure préventive prévue par l'AUPC, à côté de la conciliation est le règlement préventif. Ces deux procédures ont un lien commun, en ce qu'elles interviennent avant la cessation des paiements. Contrairement au droit français (Dans ce droit, les débiteurs, déjà en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq (45) jours peuvent bénéficier de la procédure de conciliation, v. article 611-4 du Code de Commerce), le droit OHADA des entreprises en difficulté, continue à concevoir la cessation des paiements comme la frontière nécessaire entre la prévention et le traitement des difficultés des entreprises

qui ouvre la conciliation, ne constitue qu'une faculté pour ce dernier qui n'encourt aucune sanction à n'y avoir pas recours. C'est vrai que l'article 5-2 de l'AUPC révisé donne la possibilité aux créanciers, par une requête conjointe de se joindre au débiteur pour saisir le président de la juridiction compétente. Mais, tout laisse penser que l'initiative officielle de la saisine viendrait toujours du débiteur. Une place importante est laissée à l'autonomie de la volonté du débiteur. La requête ne saurait être admise par le juge, sans une volonté expresse du débiteur. Toute possibilité de saisine contre la volonté du débiteur, susceptible de rendre l'ouverture de la procédure publique est écartée. Ainsi, les salariés et le ministère public ne sont autorisés à demander l'ouverture de la conciliation. De même que le président de la juridiction compétente ne pourrait s'auto-saisir.

Le débiteur est l'acteur central de la procédure de conciliation. Il a en effet, la possibilité de proposer, à l'ouverture, la désignation d'un conciliateur. Cette possibilité, non directement prévue découle de la lecture du 6° de l'article 5-2 de l'AUPC révisé. Le choix d'un conciliateur par le débiteur, qu'il soumet à la désignation du président de la juridiction compétente, inspiré de la loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 paraît justifié au regard du caractère souple et contractuel de la conciliation. Le débiteur, étant l'acteur central de la procédure de conciliation, sa réussite passe, avant tout par une collaboration volontaire, active et sincère de ce dernier. Si le débiteur décide ne plus collaborer en refusant par exemple de transmettre au conciliateur certaines informations nécessaires, aucune sanction n'est prévue à son encontre. L'ensemble du dispositif repose sur la liberté du débiteur de mener la conciliation à son terme ou d'y mettre fin. C'est ainsi que l'article 5-8 de l'Acte uniforme prévoit qu'« à tout moment, en l'absence de cessation des paiements, le débiteur peut demander à ce qu'il soit mis fin à la mission du conciliateur et à la conciliation, auquel cas le président de la juridiction compétente y met fin sans délai ».

46. Deuxièmement, le dispositif qui encadre le déroulement de la conciliation repose sur la liberté et l'aspect amiable de la procédure. En effet, l'ouverture de la conciliation n'affecte pas les droits du débiteur et ceux des créanciers. L'ouverture de la conciliation ne dessaisit pas le débiteur de la gestion de ses affaires. Le conciliateur ne s'immisce guère dans la gestion de l'entreprise. Il a juste pour mission de favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. De même, les droits des créanciers ne sont pas affectés, l'ouverture de la conciliation, à la différence du règlement préventif n'entraîne pas la suspension des poursuites individuelles¹⁷². Le règlement préventif est une procédure publique, certes volontariste et libérale à l'ouverture, mais dirigiste lors de son déroulement. Ce qui n'est

¹⁷²Cependant, une forme particulière de suspension des poursuites existe à l'article 5-7 de l'AUPC révisé (En ce sens, CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés », in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier spécial, Droit et Patrimoine n°253, décembre 2015, 64). Selon cet article, un créancier appelé à la conciliation pendant la période de recherche de l'accord qui met en demeure ou poursuit le débiteur verra le paiement de ses sommes réclamées, reporté et les poursuites engagées, suspendues par le président du tribunal, à la demande du débiteur, après avis du conciliateur. A rebours du législateur français, celui OHADA du 10 septembre 2015, ne fait pas mention des délais de grâce des articles 1244-1 et suivants du Code civil, susceptibles d'être accordés au débiteur en cas de poursuites individuelles exercées pendant la recherche de l'accord. Cette non référence aux délais de grâce judiciaires est à saluer, parce qu'en les visant, le législateur OHADA allait autoriser l'imposition aux créanciers des délais judiciaires qui peuvent s'avérer plus longs que ceux probablement négociés dans le cadre de l'accord amiable. Il est intéressant d'observer que l'article 5-7 de l'AUPC révisé indique que cette forme particulière de suspension des poursuites prend fin de plein droit lorsque la conciliation prend fin et, en tout état de cause, à l'expiration de la durée maximale prévue pour la conciliation (quatre (04) mois). Cette solution de l'AUPC révisé est normale, rien ne justifie que l'on paralyse indéfiniment les droits des créanciers.

pas le cas de la conciliation, qui ne saurait être qualifiée de procédure collective de paiement¹⁷³. La suspension des poursuites individuelles, bien que profitant au débiteur, pourrait entraîner comme conséquence l'ébrulement de ses difficultés. Mises dans la place publique, les partenaires et fournisseurs du débiteur pourraient se décourager à continuer à lui faire confiance.

47. Troisièmement, la confidentialité est au cœur du dispositif OHADA de la conciliation. Elle participe de la sécurité économique du débiteur en ce sens que le règlement amiable de ses difficultés vise à le protéger. Sa situation économique pourrait s'aggraver et conduire à la cessation des paiements à cause de la divulgation de ses difficultés aux partenaires économiques qui pourraient paniquer et perdre confiance.

Le principe de confidentialité est affirmé à l'article 5-1 de l'AUPC révisé portant sur l'ouverture de la conciliation en ces termes « (...) Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité ». La confidentialité apparaît comme un impératif, un principe directeur qui irrigue toutes les phases de la procédure, de son ouverture à son dénouement en passant par son déroulement. Pour ce qui est de l'ouverture de la conciliation, la compétence est accordée au président de la juridiction et non à la juridiction elle-même. Ce dernier statue à huis clos. La décision d'ouverture ou de rejet de la conciliation n'est pas publiée comme c'est le cas avec les procédures de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Pour ce qui est du déroulement de la conciliation, il y a lieu de relever que le principe de confidentialité oriente cette phase de la procédure. Le conciliateur est tenu de garder confidentiels les informations, documents obtenus des parties durant sa mission de bons offices. Les partenaires du débiteur qui ne sont pas appelés à la conciliation doivent être tenus à distance de la connaissance des difficultés de l'entreprise pour éviter, que dans un mouvement rapide et massif de préservation par chacun de ses intérêts propres, soit définitivement scellé le sort de l'entrepreneur et, avec lui, de son activité¹⁷⁴. Pour ce qui est de l'issue de la conciliation, la décision d'homologation ou de refus de celle-ci, ne fait l'objet d'aucune publicité et ne reprend pas le contenu de l'accord qui reste confidentiel. Cette décision, n'est pas susceptible de recours. On sait que l'éventualité de l'exercice d'une voie de recours ouverte contre un accord amiable rend *ipso facto* public le litige et son résultat.

48. En attendant que les juges de l'espace OHADA et surtout la CCJA se prononcent, peut-être, un jour sur la portée de l'obligation de confidentialité dans la procédure de conciliation, il conviendrait de mobiliser la jurisprudence de la Cour de cassation française. Celle-ci, fait de la confidentialité des procédures préventives du livre VI du Code de commerce (mandat *ad hoc* et de la conciliation) visant à protéger les difficultés d'une entreprise, un élément essentiel à leur réussite. Par un arrêt du 15 décembre 2015, la Cour de cassation a fait prévaloir le principe de confidentialité sur la liberté de la presse¹⁷⁵. Selon elle « la diffusion d'informations relatives

¹⁷³On s'étonne de ce que le législateur OHADA du 10 septembre 2015 n'ait pas modifié l'intitulé de l'AUPC. L'introduction des procédures amiables de traitement précoce des difficultés des entreprises en droit OHADA aurait pu s'accommoder de l'intitulé : « *Acte uniforme portant prévention des difficultés des entreprises et procédures collectives d'apurement du passif* » que de celui actuel « *Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif* ». Le législateur OHADA, semble avoir une conception large de la notion de « *procédures collectives* ». Une approche, qui, au demeurant, n'emporte pas entière conviction. Si l'on peut admettre, à la rigueur, le règlement préventif comme une procédure collective, il en est autrement des procédures de médiation et de conciliation. Mais, ce qui reste vrai est que le législateur du 10 septembre 2015 n'a pas voulu bousculer les habitudes, les praticiens et autres usagers de l'AUPC étaient déjà habitués avec l'actuel intitulé.

¹⁷⁴ REILLE (F.), « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté OHADA », op. cit., p. 11.

¹⁷⁵ Cass. com., 15 déc. 2015, n°14-11.500 : Juris Data n°2015-028245; JCP G, 2016, 216, G. Loiseau ; JCP E 2016, 1085, note Stefania ; Act. proc. coll. 2016, n°14, Y. Chaput ; Rev. proc. coll. 2016, comm.1, Ch. Delattre ;

à une procédure de prévention des difficultés des entreprises, couvertes par la confidentialité, sans qu'il soit établi qu'elles contribuent à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général constitue à elle seule un trouble manifestement illicite ». Par cet arrêt, le juge suprême français fait de la confidentialité un principe important qui restreint la liberté de la presse dans la mesure de ce qui est nécessaire dans une société démocratique pour protéger les droits d'autrui et empêcher de divulguer des informations susceptibles de compromettre la restructuration d'une entreprise en difficultés. Cependant, on peut déroger au principe de confidentialité édicté par la loi lorsque les informations à divulguer sont conformes à « l'objectif légitime d'informer le public sur une question d'intérêt général ». L'expression de conformité à « l'objectif légitime d'informer le public sur une question d'intérêt général », comme limite au principe de confidentialité relève de l'appréciation souveraine des juges de fond, laquelle est tout de même contrôlée par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 13 février 2019, la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁷⁶ affirme qu'une Cour d'appel a fait une juste application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lorsqu'elle juge que les informations diffusées par une société éditrice d'un site d'informations financières en ligne sur l'ouverture et le déroulement exact d'une procédure préventive couverte par la confidentialité, n'étaient pas de nature à nourrir un débat d'intérêt général sur les difficultés des sociétés en cause, mais tendaient principalement à satisfaire les intérêts de ses abonnés, public spécialisé dans l'endettement des entreprises, et que leur publication risquait de causer un préjudice considérable. Ces deux arrêts confirment l'idée selon laquelle, il est difficile de réaliser une confidentialité absolue. Cette dernière est susceptible de se concilier avec la transparence. Un compromis est naturellement possible entre les deux impératifs. La confidentialité, bien qu'établie en principe directeur des procédures préventives amiables, peut être restreinte lorsque les informations diffusées tendent à satisfaire l'intérêt général et non un groupe de personnes précis. Cette conciliation est-elle possible en matière de médiation ?

2- Le maintien des obstacles à l'émergence de l'exigence de transparence dans le droit OHADA de la médiation

49. Les reproches faits à la justice étatique touchent déjà l'arbitrage. On reproche à l'arbitrage d'être aussi long, coûteux, contentieux, rigide, de plus en plus transparent. Une doctrine avait même parlé à juste titre de la procéduralisation et l'institutionnalisation croissantes de l'arbitrage¹⁷⁷. La voie de contournement à ces difficultés semble être la médiation. Celle-ci est un mode souple, extrajudiciaire de règlement amiable des litiges par un tiers désigné par les parties. Elle constitue de nos jours un mode de régulation parfaitement adapté aux relations économiques. Le législateur OHADA, n'a pas résisté aux attraits et charmes de la médiation. Telle que conçue et organisée par l'Acte uniforme du 23 novembre 2017, la procédure de médiation a des traits qui paraissent l'éloigner des exigences liées à l'impératif de transparence. Premièrement, la médiation est une procédure volontariste, laissée à l'entier pouvoir des parties. Elles sont libres d'y recourir ou pas, rien ne les en oblige. Même lorsque la médiation est judiciaire, la volonté des parties est au centre du processus. Le rôle du juge est tellement mineur dans le processus que la distinction entre médiation conventionnelle et médiation judiciaire est de faible portée. L'accord des parties conditionne en effet l'entier déroulement de la médiation

D. 2016, p. 5, obs. A. Lienhard ; D. 2016, p. 1895, obs. F. X. Lucas ; Rev. soc. 2016, p. 193, obs. Ph. Roussel Galle ; RTD Com. 2016, p. 191, obs. F. Macorig-Venier.

¹⁷⁶ Cass. com., 13 février 2019, n°17-18.049 : Juris Data n°2019-001961 ; Rev. proc. coll. n°6, nov. 2019, Comm. 157, obs. Ch. Delattre ; JCP G, n°13, avril 2019, 343, obs. Ph. Roussel Galle.

¹⁷⁷ Oppetit (B.), « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », Rev. Justices, 1995, n°1, Justice et économie, p. 53.

dite judiciaire que le juge ne peut imposer et dans laquelle son rôle se limite en définitive à désigner le médiateur. D'ailleurs, le droit OHADA a une conception différente des autres droits de la médiation judiciaire¹⁷⁸. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de l'AUM définit la médiation judiciaire comme une médiation « mise en œuvre (...) sur demande ou invitation d'un juge ». La volonté est un principe directeur de la médiation. Les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite¹⁷⁹. Le médiateur aide les parties à trouver un accord, il n'impose pas aux parties une solution au différend. En Afrique, continent dans lequel, la médiation a un solide enracinement culturel, le médiateur jouit souvent d'une position sociale lui conférant une certaine autorité sur les médiés, ce qui pourrait conduire à ce qu'il impose une solution à une voire aux deux parties. Le risque est d'autant plus grand que dans la justice coutumière, le chef coutumier est à la fois conciliateur et juge de sorte que s'il ne parvient pas à rapprocher les parties, il tranchera le différend dans le sens qui lui paraîtra le plus conforme à la cohésion du groupe. C'est pour éviter ce risque qu'il est demandé au médiateur et au centre de médiation dans l'article 8, consacré aux « principes directeurs de la médiation » de « garantir le respect de la volonté des parties »¹⁸⁰. Quand bien même, il juge nécessaire au vu des circonstances du différend de faire des propositions en vue de son règlement, c'est en fonction des demandes des parties. Ainsi, les initiatives prises par le médiateur sont encadrées par la volonté des parties. Ce sont elles qui ont l'initiative et qui décident de la manière par laquelle va se régler le différend.

50. Deuxièmement, la confidentialité, comme dans la procédure de conciliation, est au cœur du dispositif OHADA de la médiation. Elle participe de la sécurité des parties qui ne verront pas leurs difficultés ou litiges apparaître au grand jour. La confidentialité est un rouage essentiel du succès de la médiation, ce qui explique que les systèmes juridiques dans lesquels elle n'est pas totalement garantie donnent de mauvais résultats. L'ouverture de la médiation, son déroulement ainsi que sa clôture ne font pas l'objet de publicité. Les voies de recours contre l'accord issu de la médiation n'ont pas été prévues, sauf dans des hypothèses limitativement prévues à l'article 16 de l'AUM.

La confidentialité est énoncée comme un principe directeur du processus de médiation à l'article 8 de l'AUM. Une lecture combinée des articles 9, 10 et 11 de l'AUM, qui encadrent le principe de confidentialité, fait ressortir, d'une part que l'obligation de confidentialité a un double visage ; d'autre part, elle n'est pas absolue.

S'agissant du premier postulat, l'on a ce qu'on pourrait appeler une confidentialité externe, opposable à tous. Les personnes impliquées dans le processus de médiation ne doivent pas divulguer aux tiers les éléments et informations portant sur la médiation. Aussi, des tiers n'ayant pas participé au processus de médiation sont interdits de révéler au public des informations éventuellement reçues d'une personne impliquée dans la procédure. La portée de l'obligation de confidentialité paraît large. Ainsi, l'information confidentielle le demeure une fois qu'elle a circulé et que, portée à la connaissance d'un tiers, elle ne peut pas plus être révélée, le tiers dépositaire de ce secret se trouvant alors tenu de le préserver. L'autre visage de la confidentialité suggère une confidentialité que l'on pourrait qualifier d'interne, elle est opposable *inter partes*. Ainsi, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation¹⁸¹. Le

¹⁷⁸ Le cas du droit français et du droit ivoirien qui traitent séparément la médiation conventionnelle et la médiation judiciaire.

¹⁷⁹ V. L'article 7 de l'AUM.

¹⁸⁰ En ce sens, v. Cuperlier (O.), « L'Acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif à la médiation dans l'espace OHADA », op. cit., p. 3, n°10.

¹⁸¹ V. L'article 10 de l'AUM.

principe de confidentialité est d'autant bien établi dans l'AUM que l'article 11 détaille avec précision tous les éléments se rapportant à la médiation ne pouvant pas être évoqués dans une procédure arbitrale, judiciaire ou analogue, que celle-ci « se rapporte ou non au différend qui fait ou a fait l'objet de la procédure de médiation ».

S'agissant du deuxième postulat, il est à relever que l'obligation de confidentialité n'est pas absolue. Elle peut être dérogée par une convention contraire ou alors par une prescription légale. Sous ce prisme, le constat fait à propos de l'arbitrage et de la conciliation reste le même pour la médiation. Il est difficile de réaliser une confidentialité absolue, de même qu'une transparence démesurée. Les deux principes sont en situation de dialectique permanente. Ils ont vocation à s'accorder. Cependant, l'examen des nouveaux textes OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges laisse apparaître que le principe de confidentialité l'emporte sur celui de transparence qui émerge tant bien que mal.