

Thématique : « Arbitrage et procédures collectives : analyses à la lisière du droit marocain et dans l'espace OHADA ». Intervention dans le cadre de la conférence sur l'arbitrage en droit marocain et dans l'espace OHADA - organisée le samedi 9 novembre 2024 à la FSJES d'Agadir – Axe développé par le Dr Bruce Harsele ILEMBI, Docteur en droit privé (Université Cadi AYYAD, Enseignant chercheur à l'Université Privée de Marrakech et Président du club OHADA Marrakech¹.

Les attraits de l'arbitrage : L'arbitrage permet à un tribunal arbitral de trancher un différend entre des parties en vertu d'une convention d'arbitrage revêtant la forme d'une clause compromissoire² ou d'un compromis d'arbitrage. Cette justice privée basée sur l'autonomie de la volonté coexiste avec la justice étatique non sans soulever de nombreuses difficultés que les États tentent d'aplanir dans le but de pacifier ces rapports, assurer une sécurité juridique aux parties à l'arbitrage et renforcer la protection des droits des parties à l'arbitrage. La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage a permis d'amplifier le succès de l'arbitrage au regard des réticences persistantes sur les immunités exorbitantes dont bénéficient ces justiciables. Les deux systèmes consacrent la participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage. Au Maroc, la loi 95-17 réformant a réaffirmé cette tendance qui figurait déjà dans la loi n°08-05. Quant au législateur OHADA, il organise la participation de ces justiciables également à l'article 2 de l'AUA.

La difficile articulation entre l'arbitrage et les procédures collectives : une équation qui révèle la soumission de l'arbitrage aux procédures collectives en raison des principes de la matière : Le Dr Bruce ILEMBI a précisé qu'en dépit du succès indéniable de l'arbitrage, ce mode est confronté à de nombreux défis qui limitent sa pleine efficacité. Sa rencontre inéluctable avec les procédures collectives reste un point d'inflexion qui suscite réflexions et inquiétudes. A cet effet, le Dr Bruce ILEMBI a souligné la récurrence du phénomène des défaillances des entreprises et rappelé que les cas sont légion où les parties à l'arbitrage sont confrontées à des difficultés justifiant l'activation du dispositif préventif ou curatif. Il a rappelé le dispositif prévu au Maroc, en présentant brièvement la *loi n°73-17 réformant le livre V du code de commerce dédié à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*. Il a également présenté le dispositif communautaire incarné par l'AUPC de 2015 révisé le 10 septembre 2015 (JO OHADA n°7 du 1^{er} juillet 2015) et réformant l'AUPC de 1998. Après ce bref rappel du cadre juridique et des principales procédures consacrées par les deux systèmes, le Dr Bruce ILEMBI a relevé la situation de coexistence entre les procédures collectives et les procédures arbitrales, une situation courante qui se solde généralement par la soumission de l'arbitrage face aux procédures collectives.

Enchainant sur la présentation de l'influence des procédures collectives sur l'arbitrage en raison de l'ordre public et des principes des procédures collectives, le Dr Bruce ILEMBI a précisé que malgré la difficile articulation entre ces matières empreintes d'impérialisme, la réalité semble plutôt démontrer la soumission de l'arbitrage aux procédures collectives qui sont une discipline à vocation protectrice de l'intérêt collectif et qui procède à un traitement collectif des créanciers. Il a précisé que si l'arbitrage vise la préservation des intérêts particuliers, il en va autrement pour le cas des procédures collectives qui poursuivent des intérêts ambitieux : *assurer la continuation de l'entreprise, la préservation des emplois et l'apurement du passif*. Les articles 545, 560, 635 et 652 notamment du code de commerce marocain réaffirment la volonté de protéger ces objectifs socioéconomiques. Quant au dispositif OHADA, il réaffirme également la même orientation via l'AUPC. Les deux systèmes

¹ E-mail : brussnangoye@gmail.com

² Art.6 loi 95-17.

consacrent ces intérêts sans les hiérarchiser et plusieurs auteurs considèrent ces intérêts comme antagonistes.

La soumission de l'arbitrage aux procédures collective s'explique également par le respect de l'ordre public, en présence d'une convention d'arbitrage inexistante ou devant une convention d'arbitrage manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge commissaire va se déclarer compétent pour connaître du litige. **Le traitement collectif tiré du droit romain** (*la venditio bonorum*) assure la discipline de la procédure en créant **une exclusivité de compétence au profit du tribunal de la procédure**, situation qui rend la matière des procédures collectives difficilement arbitrable et consacre l'exclusivité de la compétence du tribunal de la procédure. Le Dr Bruce ILEMBI a aussi que ce traitement collectif assure **un traitement égalitaire entre les créanciers constitués dans la masse** dès l'ouverture de la procédure. Il a mis en avant l'article 72 de l'AUPC qui rappelle que « *la masse de créanciers est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture* ». Il a poursuivi en relevant les conséquences contreproductives susceptibles de découler de l'autorisation d'une action extrajudiciaire de la part du créancier du débiteur désireux d'initier l'arbitrage, ce qui reviendrait à rompre l'égalité si chère aux procédures collectives. Il a expliqué les efforts déployés par les deux systèmes pour garantir ce traitement égalitaire avec pour corollaire la consécration du principe de **suspension et de l'arrêt des poursuites individuelles en cas d'ouverture d'une procédure collective**, un principe qui bouleverse l'application de la convention d'arbitrage qui a pourtant une force obligatoire. Au Maroc le gel des poursuites consécutivement à l'ouverture d'une procédure collective est prévu par les articles 559 et 572 notamment du code de commerce. En droit OHADA, ce sont les articles 9 et 75 de l'AUPC qui règlent la question. Les deux systèmes étendent ce principe en incluant les coobligés et toutes les personnes qui apportent leur concours à l'entreprise (Cf Art.559 C.com marocain ; Cf.9 et 75-1 de l'AUPC). Le Dr Bruce ILEMBI a mentionné que cette discipline défendue par le dispositif assure non seulement un traitement égalitaire des créanciers, mais il préserve les chances de redressement de l'entreprise. Les deux systèmes suspendent et interdisent l'exercice des actions visant le paiement d'une dette née antérieurement y compris l'exercice des voies d'exécution, qui sont paralysés pour les mêmes raisons car elles peuvent affecter le patrimoine du débiteur.

De même, en matière de compétence exclusive du tribunal de la procédure, il a ainsi mis l'accent sur les matières qui relèvent de plein droit de la seule compétence du tribunal étatique qui exerce un monopole sur la gestion des procédures préventives et curatives et est la juridiction devant laquelle sont initiées les demandes d'ouverture et qui tranche toutes les contestations intéressant la procédure à l'instar de **l'annulation des actions accomplies de manière frauduleuse dans la période suspecte** (cf Art 581 C.com). Le Dr Bruce ILEMBI a étayé son propos en citant l'article 67 de l'AUPC qui **définit la période suspecte** et en précise la durée tandis que l'article 68 de l'AUPC est la disposition qui tire les conséquences en disposant que « *sont inopposables de droit à la masse des créanciers s'ils sont faits pendant la période suspecte* ». Approfondissant ce point, le Dr Bruce ILEMBI a mentionné la tendance constante de la jurisprudence sur ce point en dépit des nuances qui persistent sur la différenciation du sort de la clause compromissoire en cas d'annulation du contrat principal. Quant au droit d'option du mandataire (Cf 588 C.com au Maroc ; Art AUPC), il a également mentionné **les incidences du droit d'option du syndic ou du liquidateur sur le sort de la convention d'arbitrage** car le syndic peut décider de résilier ou de maintenir un contrat comportant une clause compromissoire, ce qui soulève le problème de son effet.

Enfin, le Dr Bruce ILEMBI a relevé **l'opposabilité de la convention d'arbitrage aux procédures collectives** qui est une tendance admise au sein des deux systèmes, une tendance rassurante car il serait ubuesque que l'arbitrage se soumette définitivement aux procédures collectives sans tenir compte de l'autonomie de la convention d'arbitrage reconnu expressément

aussi bien en droit marocain qu'en droit OHADA, une autonomie qui s'affirme même lorsque le contrat principal dans lequel s'insère la clause compromissoire est entaché de vicissitudes. Sur le droit OHADA, il mentionné l'article 4 de l'AUA qui confirme cette tendance : « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal* ». Le Dr Bruce ILEMBI a tiré les conséquences de la reconnaissance de l'autonomie de la convention d'arbitrage qui doit être la déclaration d'incompétence du juge étatique face à une clause d'arbitrage valable. Il appuyé son raisonnement en évoquant l'article 13 de l'AUA qui pose expressément le principe de l'incompétence de la juridiction étatique face à une convention d'arbitrage existante et valable. La clause d'arbitrage peut donc produire ses effets malgré le déclenchement d'une procédure collective qui n'est pas un prétexte annihilant le jeu de la clause d'arbitrage. La jurisprudence constante en la matière confirme cette tendance qui conduit à relever que l'ouverture d'une procédure n'a pas directement pour effet d'arrêter une instance arbitrale antérieure à l'ouverture de la procédure. Le Dr Bruce ILEMBI a étayé ses propos en citant un arrêt de la CCJA arrêt n°08/2014 du 22 mai 2014 par lequel la CCJA a réaffirmé l'autonomie de la clause compromissoire malgré la résiliation d'un contrat principal. Si l'instance arbitrale se poursuit en parallèle de la procédure collective, la sentence obtenue fera uniquement l'objet d'une action en reconnaissance devant la juridiction étatique sans que la partie ne puisse exiger l'exécution de ladite sentence par la procédure d'exéquatur. Tout l'enjeu se situe à ce niveau, car en admettant la continuation de l'arbitrage, on réaffirme la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Néanmoins, le partenaire aura difficilement gain de cause en vertu du principe d'ordre public dont le corollaire est la suspension et l'arrêt des poursuites. Il devra uniquement déclarer sa créance auprès du juge commissaire afin de l'inscrire sur l'état des créances pour éviter la forclusion ou toute contestation ultérieure.

En outre, le Dr Bruce ILEMBI a abordé un point qu'il estimé crucial qui est relatif au sort de la clause compromissoire en cas d'impécuniosité du liquidateur : Il a relevé que la réponse à cette question ne va pas de soi surtout face au cas de l'impécuniosité du liquidateur et lorsque ce dernier souhaite initier l'arbitrage. Les textes ne traitent pas directement de la question, mais il est manifeste que sa situation peut constituer un frein à l'accès à la justice pour le liquidateur en raison des coûts de l'arbitrage. Ainsi, la tendance relevée est que l'impécuniosité du débiteur ou du mandataire judiciaire ne constitue pas de plein droit une opposition du recours à l'arbitrage en raison de la force obligatoire de la convention d'arbitrage et de la nécessité de préserver les droits des parties. Néanmoins, le Dr Bruce ILEMBI relève que dans les deux systèmes, la règle dans l'arbitrage (ad hoc ou institutionnel) est le paiement préalable des frais de la provision de l'arbitrage, des frais que le liquidateur aura du mal à supporter du fait de sa situation financière.

Enfin, le Dr Bruce ILEMBI ***n'a pas manqué d'aborder la question délicate du mécanisme de financement de l'arbitrage en cas d'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage*** en précisant qu'un mécanisme interne permet au demandeur de régler les frais de provision de l'arbitrage avant de se faire rembourser par la suite. Or dans le cas où le demandeur rencontre des difficultés financières, des doutes raisonnables persistent sur sa capacité à régler lesdits frais ; par conséquent, il sera difficile pour le défendeur de régler ces frais à sa place. L'intérêt de réfléchir aux mécanismes de financement de l'arbitrage est donc réel surtout que la procédure pourrait bénéficier aux créanciers de l'entreprise. Des auteurs ont ainsi estimé qu'il conviendrait de voir comment ouvrir une brèche à l'admission de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage dans ce cas précis pour soumettre le litige directement au juge de la procédure sachant que la justice étatique est gratuite en principe.