



Revue de l'ERSUMA

Droit des Affaires - Pratique Professionnelle

NUMERO 06 - Nouvelle Edition Janvier 2016

Version Electronique sur <http://revue.ersuma.org>

Revue semestrielle d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des Affaires

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature

- Editorial
- Doctrine
- Etudes
- Législation
- Jurisprudence :
Commentaires d'arrêts
- Pratique professionnelle
- Bibliographie

Numéro 06

Nouvelle Edition Janvier 2016

**DROIT DES AFFAIRES -
PRATIQUE PROFESSIONNELLE**

NUMERO 6

Janvier 2016

DIRECTEUR DE PUBLICATION

- **Dr Félix ONANA ETOUNDI**, Magistrat, Enseignant-Chercheur HDR, Directeur Général de l'ERSUMA

COMITE DE REDACTION

- **Pr Patrice Samuel A. BADJI**, Agrégé des Facultés de droit, Université Cheick Anta Diop de Dakar, Sénégal
- **Dr Karel Osiris Coffi DOGUE**, (LL.D. Montréal), Chef des Services Etudes, Formations et Recherche, ERSUMA
- **Dr Amina BALLA KALTO**, *Assistante à la FSEJ/UAM*
- **Dr KENGUEP Ebénézer**, Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Douala, Cameroun
- **Madeleine LOBE LOBAS**, Maître de Conférences en Droit privé, HDR, Université de Haute-Alsace, Mulhouse, CERDACC, EA n° 3992
- **Dr SUNKAM KAMDEM Achille**, Chargé de cours, Université de BUEA, Cameroun.
- **Dr DJILA Rose**, Chargée de cours FSJP, Université de DSCHANG, Cameroun
- **Dr. Priscille Grâce DJESSI DJEMBA**, Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala, Cameroun

SECRETARIAT DE LA REVUE :

- **Dr Karel Osiris Coffi DOGUE**, (LL.D. Montréal), Chef des Services Etudes, Formations et Recherche, ERSUMA
- **Justin MELONG**, Juriste traducteur/Interprète, ERSUMA
- **Ghislain OLORY-TOGBE**, (M.Sc.), Juriste de Recherche, ERSUMA
- **Patrice TOSSAVI**, Informaticien Webmaster, ERSUMA

SOMMAIRE

Doctrine

- 1- « **Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé** » par Patrice Samuel A. BADJI, Agrégé des Facultés de Droit, UCAD..... 9
- 2- « **La loi camerounaise sur le crédit-bail à l'aune des législations CEMAC et OHADA** » par Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Professeur agrégée de droit privé, Université de Dschang35
- 3- « **Le formalisme de la saisie immobilière en droit OHADA** », par Guy TSESA,

Magistrat,.....	51
4- « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », par <i>MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire</i> , Ph./D en droit privé,.....	89
5- « La protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce dans l'espace OHADA » par Dr Amina BALLA KALTO, <i>Assistante à la FSEJ/UAM</i>	129
6- « L'infraction d'atteinte au patrimoine des entreprises publiques et parapubliques dans l'espace OHADA », par Dr. KENGUEP Ebénézer Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques Université de Douala Et FOKOU Eric , Doctorant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Douala	157
7- « Le risque pénal lié à la gestion de la commune au Cameroun. Etude de droit comparé », Madeleine LOBE LOBAS, Maître de Conférences en Droit privé, HDR, Université de Haute-Alsace, Mulhouse, CERDACC, EA n° 3992	175
8- « Reflexions sur l'espace judiciaire ohada », Véronique Carole Ngono, Assistante à la FSJP de l'université de douala.....	197
9- « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ? », Marcel Williams Tsopbeing, Assistant à la faculté des sciences juridiques et politiques, de l'université de Yaoundé 2	225
10- « Le cautionnement mutuel et l'inclusion financière en afrique », Willy Tadjudje, Docteur en droit privé, Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg ...	259
11- « La preuve de la loi étrangère en droit ivoirien », Alla Koffi Etienne, Enseignant-chercheur à l'UFR SJAP de l'Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan-Cocody, Côte d'Ivoire.....	273

Etudes

- 1- « **Pratique de la conciliation en matière d'injonction de payer OHADA** », par Dr Karel Osiris Coffi DOGUE et Valencia ILOKI..... **305**
- 2- « **Réflexion sur le système de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans la CEMAC** », par Dr SUNKAM KAMDEM Achille, Chargé de cours, Université de BUEA..... **327**
- 3- « **La simplicité et la rapidité du recouvrement des créances sous OHADA : échec en République Démocratique du Congo** », par LEBON KALERA Marcellin, Assistant à la faculté de droit de l'Université de Goma

Avocat au Barreau de Goma	341
4- « Focus sur la sanction par la jurisprudence camerounaise, des fautes de gestion des commissaires aux comptes auprès des entreprises du secteur public et para public », par Dr DJILA Rose, Chargée de cours FSJP, Université de DSCHANG, Cameroun.....	362
5- « Le devoir d’alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l’espace OHADA », par Dr. Priscille Grâce DJESSI DJEMBA, Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l’Université de Douala,	379
6- « Le Ministère Public et la mise en mouvement de l’action civile en droit de la propriété intellectuelle dans l’espace OHADA », par NGO’O Samuel Emmanuel, Juge d’Instruction au Tribunal de Première et Grande Instance de Nanga- Eboko et NGUELE MBALLA Fabrice, Juriste-Consult.....	403
7-« Scolie sur quelques points du formalisme de l’exécution des décisions de justice non répressives en droit OHADA », par Sara Nandjip MONEYANG, Chargée de Cours, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Douala.....	417
8- « Le droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ? », par Docteur NJUTAPVOUI Zakari, Assistant au Département de Droit Privé Fondamental, Université de Douala, Cameroun	433
9- « Le régime procédural de l’autorité de la chose jugée en procédure civile camerounaise : Réflexions sur une évolution jurisprudentielle de la Cour suprême à partir d’un arrêt de la C.C.J.A. », par Léon HOUNBARA KAOSSIRI , Assistant, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Ngaoundéré (Cameroun)	449
10 - « La procédure de saisie conservatoire des navires : le chemin de croix des justiciables camerounais », par Dr. KENGUEP Ebénézer , Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques Et Politiques de l’Université de Douala.....	469
11- « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d’infractions non intentionnelles », par Docteur DIKOR Alain Michel Ebele , Chargé de cours à la FSJP, Université de Douala, Cameroun	487
12- « L’assurabilité du risque de développement dans l’espace CIMA », par BEKADA EBENE Christianne Nicole , Assistante, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Douala, (Cameroun)	503

Pratique Professionnelle

- 1- « **Le vœu de pauvreté des religieux en RDC: une embûche à l'exécution des décisions judiciaires conformément à l'acte uniforme sur les voies d'exécution ?** », par **LELO PHUATI Evariste**, Assistant à l'Université Président Joseph Kasa Vubu en R.D. Congo/Boma..... **529**
- 2- « **Le Règlement du contentieux communautaire par la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC** » par **Georges TATY**, Juge à la Cour de Justice de la CEMAC..... **545**
- 3- « **La «disharmonie¹» sur la question de la responsabilité des auxiliaires de transport maritime en Afrique centrale : Un essai d'harmonisation inachevée du législateur communautaire de 2012** », Par **TANKEU Maurice**, **ATER FSJP- Université de Dschang**..... **557**
- 4- « **Libres propos sur l'indépendance de l'auditeur legal des sociétés anonymes OHADA** », par **DIDIER TAKAFO-KENFACK**, Docteur en droit- Assistant a l'universite de Bamenda (Cameroun),..... **579**
- 5- « **La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA** », par **Cédric Carol. TSAFACK DJOUMESSI**, *ATER à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, Cameroun*,.....**591**
- 6- « **Vers la prevalence de l'irresponsabilite arbitrale en droit OHADA ?** », Par **MAFO DIFFO Raymond**, DOCTORANT A L'UNIVERSITE DE YAOUNDE 2 SOA,..... **599**

¹ Situation caractérisée par une absence d'harmonisation. Peuvent être considérés comme synonyme les termes tels que disparité, discordance.

EDITORIAL

Toujours fidèle à sa vocation et à sa notoriété désormais incontestable, la Revue de l'ERSUMA n'arrête pas de surprendre avec la qualité et la diversité de ses articles. Cette sixième parution (numéro 6) en est une fois encore la preuve éclatante.

La cuvée intellectuelle actuelle se laisse déguster toute seule. Le comité de rédaction a sélectionné pour vous en premier un article qui permet de cerner les grandes orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé. Toujours relativement à ce texte, le rôle étendu du commissaire aux comptes également auditeur légal de la société, a retenu l'attention de trois contributions portant sur le devoir d'alerte et la sanction par la jurisprudence des fautes de gestion que ce dernier peut commettre auprès des entreprises du secteur public et para public.

En restant dans les eaux profondes des matières fondamentales du droit qu'on ne saurait occulter dans une publication scientifique de l'ordre de cette Revue, nous assistons à travers un article de ce numéro 6 à une tentative de systématisation d'une théorie institutionnelle du contrat en droit privé tandis qu'un autre écrit fait des développements sur la protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce dans l'espace OHADA. Le droit à l'information des associés retient quant à lui l'attention heureuse d'un autre contributeur.

Toujours pour rendre compte de la richesse scientifique de cette parution, les contrats spécifiques d'affaires notamment le crédit-bail très peu documenté dans nos législations nationales et envisagé comme domaine futur d'harmonisation par le législateur de l'OHADA, a préoccupé une auteure non moins connue du paysage universitaire africain, avec un focus en droit camerounais.

L'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution a également la part belle dans cette parution de la Revue de l'ERSUMA. En effet, alors que des auteurs s'y intéressent quant à l'effectivité de la simplicité et de la rapidité du recouvrement des créances OHADA, c'est à un double exercice de critique doctrinal et jurisprudentiel d'un mode alternatif de règlement des différends autre que l'arbitrage, que se livre d'autres à propos de la conciliation prévue dans la procédure d'injonction de payer de l'OHADA. Le formalisme et la complexification procédurale en général de cet Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution sont ensuite largement mis à l'honneur à travers deux contributions relatives l'une à la saisie immobilière et l'autre à l'exécution des décisions de justice non répressives dans l'espace OHADA. En marge de cet Acte uniforme majeur, un contributeur a choisi le droit spécial de la saisie des navires comme champ inusité de sa production intellectuelle.

Au titre des dernières contributions doctrinales, c'est la responsabilité pénale des dirigeants sociaux pour des fautes non intentionnelles ainsi que le droit des assurances notamment l'assurabilité du risque de développement qui a occupé deux auteurs retenus par le comité de rédaction dans cette parution.

Pour ce qui est de la pratique professionnelle, le droit bancaire s'invite ensuite au travers d'une réflexion sur le système de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans la CEMAC. Et comme des poupées russes, la recherche effrénée du lucre appelant souvent des infractions, les critiques du système bancaire dépeintes par l'auteur font place encore à une série d'articles sur le droit pénal des affaires dont le lecteur se délectera dans cette parution.

La symphonie intellectuelle ne s'arrête pas là puisque qui dit droit bancaire, dit sûreté et c'est donc tout naturellement que le secrétariat scientifique de la Revue a retenu pour vous des articles sur le droit de rétention comme sûreté nouvelle de l'OHADA.

A la suite de ces matières, de nombreux autres domaines du droit des affaires en Afrique sont concernés dans cette parution notamment le droit des sociétés coopératives, le contentieux communautaire, le droit du transport maritime, le droit de l'arbitrage, etc.

Au regard de ce qui précède, et en notre qualité de Directeur de publication, il ne nous reste plus qu'à souhaiter, à nos lecteurs de parcourir ce numéro avec autant de plaisir que nous avons eu d'abnégation à finaliser sa conception et sa publication. Notre dernier mot cependant en est un de remerciement, à l'endroit de la communauté scientifique d'Afrique et d'ailleurs, qui continue de faire montre d'un engouement et d'un intérêt renouvelés pour la Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires et pratique professionnelle au fil des années. C'est elle justement qui nous permet de continuer à écrire en lettres d'or, et à notre manière l'histoire intellectuelle de l'Afrique !

Le Directeur Général

Félix ONANA ETOUNDI

Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé

Patrice Samuel A. BADJI

Agrégé des Facultés de Droit, UCAD.

1. Aucun droit n'évolue en vase clos et ce depuis l'avènement de la mondialisation² et de l'influence réciproque des disciplines³, même si également l'unification du droit, et notamment du droit privé est pour le moment utopique. Cependant, chaque droit subit l'influence d'autres droits, ce qui peut amener le législateur concerné à orienter son droit.

Le droit OHADA n'échappe guère à cette influence. En effet, depuis belle lurette, un important mouvement de réforme du droit des affaires OHADA a vu le jour en vue de faciliter l'activité juridique et s'adapter à son rythme⁴. Ces réformes entreprises qui sont la préoccupation fondamentale des juristes de l'espace OHADA témoignent de l'adaptation du droit au fait qui se dérobe au fil des années⁵. On serait tenté de se poser la question suivante : en reformant son droit des sociétés⁶, quelles orientations⁷ le législateur OHADA a-t-il pris ? Celles-ci sont-elles conformes à la marche du monde ?

2. De façon générale, l'orientation prise par le législateur OHADA est l'attractivité du droit⁸, en vue d'attirer les investisseurs. Ainsi, il s'avère nécessaire de livrer aux lecteurs, sans prétendre à l'exhaustivité, les idées forces des 920 articles de l'AUSCGIE révisé, de découvrir à travers ces dispositions, le fil conducteur de la nouvelle législation⁹.

3. Une fois les orientations du législateur décelées, d'autres questions s'imposent : n'a-t-on pas ignoré des questions importantes-ce qui est évident vu l'immensité de la tâche et les dangers de vouloir tout prévoir¹⁰-d'où sa probable amélioration. C'est dire que codifier est un art difficile¹¹ et qu'il n'y a aucun droit des affaires figé.

² V. Zaki Laidi, *Mondialisation et droit*, D.2007, P.2712.

³ V. L'analyse économique du droit (est-ce que le droit est performant ?), la *law and managment* (les entreprises peuvent-elles tirer profit du droit ?), *law and finance*. Un auteur (Pierre de Montalivet, *La « marketisation » du droit*, *Réflexions sur la concurrence des droits*, D.2013. P.2923.) parle également de marketisation du droit.

⁴ F. Terre, *L'entreprise française de rénovation des codes*, RJPIC, n° 1, Janvier-Mars, 1966, P.247.

⁵ F. Terre, *op.cit.*, p.245.

⁶ L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE a été adopté le 30 juin 2014 à Ouagadougou et publié au Journal officiel de l'OHADA le 04 février 2014.

⁷ L'orientation est définie comme « l'action de donner une direction déterminée, une tendance » par le nouveau Petit Robert de la langue française, édition 2007.

⁸ V. Xavier Lagarde, *Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats*, Recueil Dalloz 2005 p. 2745

⁹ V. Pour une étude comparative, S. Guichard, *Réflexions critiques sur les grandes orientations du Code sénégalais de la famille*, Penant, 1978, p.176, n° 1.

¹⁰ On peut se remémorer la célèbre formule de Portalis (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, PP.6-8) un code doit se garder de « la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir... Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat : une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges... L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans

4. Les orientations s'inscrivent dans l'innovation et dans la consolidation¹². Il s'agit également d'une codification à droit constant¹³, d'une codification d'imitation¹⁴. Ainsi, le mode de financement de la société anonyme a été facilité avec les valeurs mobilières composées et subordonnées. De même, la nullité a tendance à prendre le pas sur les clauses réputées non écrites. En effet, une telle manière de procéder montre bien que, même si la société résulte d'un acte de volonté, la théorie institutionnelle [révélée du reste par l'article 1832 du code civil] prédomine dans le droit des sociétés contemporain¹⁵. En réalité, la liberté contractuelle est fortement restreinte par le caractère impératif et détaillé des dispositions légales, au point que, pour lui redonner vigueur, il a fallu instituer une autre forme de société, la société par actions simplifiée¹⁶

5. En revanche, on peut se poser la question de savoir si le capital social est gage des créanciers sociaux¹⁷ ou si le droit de vote est un attribut des associés, si le tracé des pouvoirs du Conseil d'administration et du Président directeur général est si clair qu'on serait porté à le croire¹⁸ ?

6. Avec l'AUSCGIE révisé, le législateur OHADA s'est inscrit dans une dynamique d'ouverture voire de sensibilité aux autres systèmes juridiques certes¹⁹, mais sans aller jusqu'au bout. Ainsi, si l'analyse des nouvelles dispositions permet de comprendre la direction empruntée par le législateur OHADA (I), des incertitudes demeurent

le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière... C'est au magistrat et au juriste, pénétrés de l'esprit général des lois, d'en diriger l'application... ». Mais les questions sur lesquelles le législateur OHADA ne s'est pas prononcé ne relèvent guère du détail et sont tellement importantes qu'elles nécessitent une intervention législative ; ce qui n'exclut pas un interventionnisme judiciaire.

¹¹ V. F. Terré et Anne Outin-Adam, *Codifier est un art difficile (A propos d'un... « Code de commerce »)*, D.1995. P.99. Pour ces auteurs, élaborer un code, c'est d'abord délimiter les corps de règles destinés à y figurer, ce qui signifie : inclusions et exclusions.

¹² Se contenter de recenser et de mettre en ordre les règles existantes, éparses, sans aucune modification de fond pour reprendre l'expression de P. Poncera et P. Lacunes, à propos des codes [*Reformer le code pénal, ou est passé l'architecte ?*, collection, les voies du droit, PUF 1998, p.23. ces auteurs établissent des principes de codification : cohérence, complétude, absence de contradiction dans les solutions qu'il envisage, clarté, maniabilité, publicité.

¹³ Notamment « réécrire les règles anciennes, utiles et appliquées quand elles sont devenues difficilement compréhensibles » (V. Marc Suel, *Essai sur la codification à droit constant, Précédents, Débats, Réalisation*, 1993, p. 210)

¹⁴ V. B. Oppetit, *De la codification*, D.1996, P.33.

¹⁵ B. Bouloc, *Remarques sur l'entrée en vigueur du droit nouveau des sociétés, dû à la loi du 15 mai 2001*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p.142.

¹⁶ P. Bissara, *Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique*, Mélanges Y. Guyon, p.119.

¹⁷ V. B. Lecourt, *Avenir du droit français des sociétés et droit européen*, Revue des sociétés 2/2004, p.251. Le législateur OHADA n'a pas permis comme en droit français aux SARL d'émettre des obligations V. Sur cette question en droit français ; B. Saintourens, *L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004*, Revue des sociétés 2/2004, p.207.

¹⁸ V. Article 435 et 465 alinéa 3 AUSCGIE. Pour un auteur, [P. Bissara, *Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique*, Mélanges Y. Guyon, op.cit., p.117], l'imprécision du vocabulaire renforce bien entendu le flou des frontières de compétences : quelles sont exactement les différences entre administration, gestion et direction, et à laquelle de ces catégories appartient la notion de question « intéressant la bonne marche de la société » ?

¹⁹ Nous pensons au système de la common law et de la civil law notamment le droit français.

néanmoins, d'où par souci de cohérence, inciter le législateur OHADA à achever l'œuvre entamée (II).

I/ Les orientations affirmées

7. Le législateur OHADA a cherché à associer les travailleurs à la gestion et au résultat de l'entreprise [A]. De plus, il s'oriente vers l'instauration de plus de démocratie dans le fonctionnement de la société [B].

A/ Modification de la relation capital- travail dans le fonctionnement de la société

8. « Rendre le prolétariat propriétaire et l'ouvrier boursicoteur, voilà une vieille lune qui a la vie dure²⁰ ». Voilà un bien lointain souhait car les démocraties sont des régimes égoïstes, qui ne se préoccupent pas de l'intérêt des non-citoyens, hier les esclaves, aujourd'hui les étrangers²¹.

Partenaires qui participent étroitement au devenir de l'entreprise, ils se trouvent pourtant aux marges de la société qui l'organise. Il s'agit de leur reconnaître une vocation à y entrer mais pour réaliser une plus-value²². En effet, l'ouvrier est, par là même hors de l'entreprise dans laquelle il travaille. Il n'est ni copropriétaire de l'entreprise ni associé dans l'entreprise. Il ne participe ni à la propriété ni à la gestion de l'entreprise. Le contrat de travail qui lie le salarié à l'entreprise, est un contrat de subordination ; ce n'est pas un contrat d'association²³. Est-ce la justice ? La dignité du travailleur est-elle respectée ? L'équilibre entre les éléments qui collaborent à l'entreprise : capital et travail, est-il réalisé²⁴ ? En effet, dans un monde extrêmement concurrentiel, dans lequel les capitaux ne sont pas en eux-mêmes créateurs de richesses, et où les différenciations concurrentielles entre les entreprises et les créateurs de valeur dépendent principalement de l'innovation, de la créativité, des idées et du travail des équipes des entreprises, l'apport du capital humain est essentiel²⁵.

9. Le législateur OHADA est sensible à la situation des salariés qui concourent au développement de la société commerciale. Cela s'est manifesté d'abord par la possibilité pour ces derniers d'être membre du conseil d'administration, ensuite, le rachat de ses propres actions par la société pour les attribuer aux salariés et enfin avec la réforme, la possibilité pour les salariés de se voir attribuer de façon gratuite des actions. Cette démarche est symbolisée par ce que les économistes appellent la

²⁰ F. Zénati, RTD civ. 1987. 182, n° 54.

²¹ Y. Guyon, *op.cit.*, p.143, bas de page 28.

²² J.P.Gastaut, *L'associé de passage... ou l'intéressement du créateur d'entreprise et des salariés*, Mélanges Honorat, p.267.

²³ L.mazeaud, *La doctrine sociale de « Mater et Magistra » : droit du travail et droit des sociétés*, Mélanges J. De la Morandiere, Dalloz, 1964, P.387.

²⁴ L. Mazeaud, *ibid*

²⁵ J. Paillusseau, *La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés*, Mélanges J. Beguin, Droit et actualité, Litec, 2005, P.589, note de bas de page 39.

« valeur partenariale » de l'entreprise²⁶. Ce terme élargit les préoccupations des dirigeants aux autres parties prenantes²⁷.

10. Les salariés attributaires d'actions gratuites acceptent-ils les risques auxquels les associés sont exposés ? Au regard de l'article 626-1 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés²⁸, il faut répondre par la négative. En effet, l'attribution gratuite d'actions est une mesure de fidélisation et d'intéressement des salariés. On cherche à les impliquer davantage dans la « famille entreprise » à savoir les sociétés anonymes. Mais la contrepartie c'est la stricte réglementation de la procédure d'attribution gratuite car le nombre d'actions possédées ne doit être supérieur à 10%. De même, on ne peut attribuer à un salarié ayant plus de 10% du capital social des actions gratuites. Plus encore, les actions attribuées ne donnent pas droit aux dividendes.²⁹

11. Si l'attribution gratuite d'actions permet de faire participer les salariés à la gestion de la société commerciale, elle peut néanmoins susciter des réserves et ce, eu égard à l'expression « certaines catégories d'entre eux » contenue à l'article 626-1 précité, à propos des salariés. Sur quel critère se baser pour discriminer certains salariés au profit d'autres. Cette discrimination si justifiée soit-elle peut elle apaiser le climat social ? Rien n'est moins sûr.

12. De plus, les salariés n'ont pas le droit, comme en France, à travers le comité d'entreprise, de demander une expertise de gestion, de déclencher l'alerte, la désignation d'un mandataire chargée de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence.

13. Ils ne bénéficient pas non plus du *wistleblowing* ou alerte professionnelle, éthique. Une doctrine en a proposé la définition suivante : « un dispositif d'alerte professionnelle est un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet :

- des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou déontologique, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise ;

- des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnelle au but recherché ;

²⁶ B. Marois, P. Bompont, *Gouvernement d'entreprise et communication financière*, Economica, 2004, Collection « connaissance de la gestion », P.87. A côté de la valeur partenariale, il y a celle actionnariale.

²⁷ Il s'agit des fournisseurs qui approvisionnent l'entreprise en matières premières, composants ou équipements, des clients que la société doit satisfaire si elle souhaite les conserver et des salariés qui détiennent le savoir et le savoir faire. V. B. Marois, P. Bompont, *ibid*.

²⁸ Aux termes de cet article, l'assemblée générale extraordinaire peut, sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, autoriser le conseil d'administration à accorder aux salariés des actions gratuites.

²⁹ Article 640 alinéa 7 AUSCGIE.

- des atteintes à la santé physique et mentale des salariés³⁰ ».

14. Quelle est la position de la Cour de cassation française et de la CNIL sur la question ?

Dans un arrêt rendu le 8 décembre 2009, la Cour de cassation s'est prononcée sur le contenu de l'un de ces codes élaborés dans la mouvance de la loi américaine Sarbanes-Oxley, adoptée après les scandales *Enron* et *Worldcom*. L'affaire concerne Dassault Systèmes, une filiale française du groupe Dassault cotée au Nasdaq et qui, en octobre 2004, a résolu de faire signer à ses salariés un document intitulé *Code de conduite des affaires*. Destiné à faciliter le déclenchement d'alertes pour prévenir les malversations ou des cas de corruption, ce texte soumettait les salariés employés en France à une obligation de réserve drastique et prévoyait notamment que, au-delà de l'interdiction classique de divulgation d'informations « *confidentielles* » (processus, recherches, contrats en discussion, etc.), un salarié ne pouvait diffuser des « *informations à caractère interne* » qu'après « *autorisation préalable* » de la direction. Ce même code instaurait un dispositif d'« *alerte professionnelle* », afin de permettre à tout salarié de rapporter anonymement, *via* une plate-forme sur l'Intranet de l'entreprise, des faits qui, en définitive, pouvaient ne pas se révéler délictueux puisque le salarié disposait du choix de cocher, sur cette page, une case : « *corruption* », « *délit d'initié* », « *malversations* »... ou « *autres* ». « *Craignant à la fois le bâillon et la délation* », et estimant qu'un tel document portait atteinte aux libertés fondamentales des salariés, un syndicat saisit avec succès le tribunal de grande instance (TGI) de Nanterre d'une demande visant à l'annuler. Censurée par la cour d'appel de Versailles, la position des premiers juges a cependant été confirmée par la Cour de cassation, dont la décision conforte, nous semble-t-il, l'opinion selon laquelle - loin d'échapper à toute analyse juridique -, le concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE), au nom de laquelle sont donc adoptés codes et autres normes, s'exerce aujourd'hui dans un cadre juridiquement contraignant³¹.

Pour la CNIL, l'alerte doit remonter jusqu'aux dirigeants et faire intervenir d'autres organes tels que le commissaire aux comptes et les représentants du personnel. C'est ainsi que le 26 mai 2005, elle a refusé d'autoriser deux projets de « *lignes éthiques* » destinées au signalement par des salariés de comportements fautifs imputables à leurs collègues de travail au motif que ces projets pourraient conduire à un système organisé de délation professionnelle³².

15. Enfin, l'épargne salariale n'est pas prévue. Celle-ci s'inscrit dans une logique de participation financière³³. Cette notion regroupe l'intéressement des salariés à l'entreprise, la participation aux résultats de l'entreprise, les plans d'épargne et les plans d'épargne collectif.

³⁰ P.-H. Antonmattei et Ph. Vivien, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspective. Rapport au ministre délégué à l'emploi*, Doc. fr., 2007, p. 35.

³¹ Chambre sociale de la Cour de Cassation du 8 décembre 2009, *Droit ouvrier*, 2010, note J. Porta, p. 244 citée par I. Desbarats, *Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français*, D.2010, P.548.

³² G. Lhuilier, P. Dalion, *Droit des sociétés*, 2^e édition Catherine Maugé, 2012, collection « Manuel & Applications », P.592.

³³ Jean-Philippe Lieutier, *Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionariat salarié*, *Droit social* 2014, P.500.

L'intéressement et la participation ont pour objet d'associer les salariés aux résultats et performances de la société, tandis que l'épargne salariale est un outil de gestion des sommes ainsi perçues.

Aux Etats Unis, il existe des fonds de pension qui réunissent les retraites des entreprises par un système de capitalisation³⁴. L'introduction de ceux-ci s'est posée en France où le système de retraite comporte deux étages ; notamment celui de la sécurité sociale et des cotisations des professionnelles gérées par des représentants des salariés et employeurs³⁵.

16. Le mutisme du législateur OHADA concernant la participation financière des salariés et les fonds de pension peut s'expliquer en partie par l'absence d'un Acte uniforme sur le droit du travail³⁶.

Au-delà de l'amointrissement de la fracture capital et travail, le législateur OHADA s'est donné pour objectif de promouvoir plus de démocratie dans le fonctionnement de la société.

B/ La promotion d'un fonctionnement plus démocratique de la société

17. Selon certains auteurs, le pouvoir dans la société n'appartiendrait pas au peuple des actionnaires réuni en assemblées générales³⁷. En réalité, il serait exercé par les dirigeants, qui l'ont confisqué, de telle sorte que le fonctionnement de ces sociétés serait plus technocratique que démocratique³⁸.

Peut-on transposer les techniques de la démocratie aux sociétés commerciales ? Pour un auteur, cela n'est pas possible d'abord à cause des objectifs poursuivis par la société³⁹, ensuite à cause de la qualité des personnes en présence à savoir les actionnaires⁴⁰ et le vote du budget de la société⁴¹. Mais l'auteur précité n'exclut pas toute idée d'analogie entre la société anonyme et le régime démocratique. A son avis, si dans les sociétés anonymes, la démocratie n'est pas une fin, elle est le moyen pour l'actionnaire de s'assurer que la société est administrée et dirigée d'une manière conforme à ses intérêts⁴². Les manifestations de la démocratie sont la loi de la majorité, la séparation des pouvoirs, la protection des minorités, la diversification des

³⁴ P.Bezard, *La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés*, Mélanges Y. Guyon, p.88.

³⁵ Pour un approfondissement de la question, V. C. Quément, *Les fonds de pension*, RDSS, 1996, P.158.

³⁶ Il y a un Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail. V. *Actes uniformes*, in Encyclopédie OHADA, sous la direction de P.G. Pougoué, Lamy, 2011, P.163.

³⁷ V.J. Paillusseau, *La modernisation du droit des sociétés commerciales*, D.1996.291.

³⁸ Y. Guyon, *La société anonyme, une démocratie parfaite !*, Mélanges C. Gavalda, *Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, P.133, n° 1.

³⁹ Y. Guyon, op.cit., p.134, n° 1. Pour l'auteur, l'objectif principal de la société c'est de faire des bénéfices ou de réaliser des économies. Par conséquent, mieux vaudrait pour l'actionnaire une société dirigée de manière dictatoriale, mais qui réaliserait des profits, plutôt qu'une société parfaitement démocratique qui ne générerait que des pertes.

⁴⁰ Y. Guyon, p.134, n° 2. C'est parce que dans un Etat, on parle de citoyens et dans une société commerciale d'actionnaires. Il s'agit donc dans celle-ci d'une démocratie des capitaux et non des personnes physiques

⁴¹ Dans une société, les assemblées générales ne votent pas le budget, elles ne font qu'approuver celui-ci, une fois l'exercice clos.

⁴² Y. Guyon, op.cit., p.134, n° 3.

modes de prises de décisions⁴³, la transparence, le renforcement des règles du gouvernement d'entreprise, la liberté contractuelle et l'intervention du juge.

1. *Renforcement des règles du gouvernement d'entreprise*

18. La notion de « gouvernement d'entreprise » désigne les relations entre le conseil d'administration, les actionnaires et la direction de l'entreprise⁴⁴. Elle pose avec acuité la question de la répartition du pouvoir au sein du conseil d'administration⁴⁵ plus particulièrement et de la société commerciale de façon générale. Il ne faut pas se méprendre car la notion de pouvoir est multiforme et difficile à cerner. Ce qui a fait dire à un auteur qu'en droit privé, le terme pouvoir recouvre des sens si variés qu'il paraît vain de prétendre en faire une quelconque théorie générale⁴⁶.

La démocratie suppose que des contrôles permettent de s'assurer que le pouvoir s'exerce bien dans l'intérêt de tous⁴⁷. A titre d'exemples de contrôle, nous pouvons citer l'expertise de gestion et la présence du commissaire aux comptes.

a. *L'abaissement du pourcentage requis pour demander l'expertise de gestion.*

19. L'expertise de gestion est prévue à l'article 159 de l'AUSCGIE modifié. Avant la révision de l'Acte uniforme, seuls les associés représentant les 1/5 du capital social pouvaient demander la désignation d'un expert de gestion. Aujourd'hui, ce sont les associés représentant le 1/10 du capital social qui ont ce privilège. Il s'agit d'une action attitrée comme prévue à l'article 1-2 du décret 2001-1151 du 31 décembre 2001 modifiant le Code de Procédure civile au Sénégal⁴⁸. Si en droit français, la mise en œuvre de l'expertise de gestion n'est envisagée que dans les SARL⁴⁹ et les sociétés par actions⁵⁰, en droit OHADA, l'expertise de gestion est possible dans toutes les formes de sociétés. Le rapprochement entre le droit OHADA et le droit français que l'on peut noter au delà de la mise en place de l'institution, c'est la condition de recevabilité de l'expertise de gestion notamment dans les SARL françaises⁵¹.

20. L'information est-elle le seul critère de la demande d'expertise de gestion ?

Un équilibre doit être trouvé à la manière des juges parisiens dans un arrêt du 9 décembre 1994: « si l'absence d'informations suffisantes sur la gestion d'importantes réserves et la dissolution d'une filiale justifient une demande d'information complémentaire, l'actionnaire minoritaire ne fournit aucun élément susceptible de

⁴³ Le vote par correspondance et le système de visioconférence. A propos de cette dernière, un auteur disait [C. D. Favard, *Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires*, Mélanges Y. Guyon, *op.cit.*, p.362] que la visioconférence ne se limite pas à mettre en correspondance ; elle introduit l'actionnaire éloignée dans le cénacle de l'assemblée. La prise de décisions par visioconférence est prévue à l'article 535 alinéa 3. Pour le vote par correspondance, voir les dispositions communes à toutes les sociétés commerciales notamment l'article 133-1 AUSCGIE.

⁴⁴ B. Marois et P. Bompont, *Gouvernement d'entreprise et communication financière*, Economica, Collection « connaissance de la gestion », 2004, P.105.

⁴⁵ D. Hurstel, *Est-il urgent et indispensable de réformer les droit des sociétés au nom de la "corporate governance"?*, Revue des sociétés, 1995, P.633.

⁴⁶ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985 collection « Droit civil », P.7. V. J.J.Caussain, *Le gouvernement d'entreprise, Le pouvoir rendu aux actionnaires*, Litec, 2005, p.89 et s.

⁴⁷ Y. Guyon, p.145, N° 16.

⁴⁸ J.O. n°6052 du samedi 22 juin 2002.

⁴⁹ Article L 223-37 du Code de commerce

⁵⁰ Article L 225-231 du Code de commerce

⁵¹ Voir article L223-37 Code de commerce français et 159 AUSCGIE.

faire présumer que la gestion était soit irrégulière, soit contraire à l'intérêt social. Aussi, n'y a-t-il pas lieu d'ordonner l'expertise sollicitée sur ce fondement⁵² ». Au regard de cette jurisprudence, il apparaît que le juge français fait de l'intérêt social le critère déterminant de la recevabilité de la demande d'expertise de gestion⁵³. De même, l'expertise de gestion ne peut être demandée que si elle est utile pour le demandeur. C'est pourquoi le juge français a estimé que tel n'est pas le cas si le demandeur est suffisamment informé sur les opérations critiquées⁵⁴.

21. Un auteur a relevé des ambiguïtés de l'expertise de gestion ⁵⁵prévue dans l'AUSCGIE version ancienne. La dénonciation est loin de connaître un épilogue étant entendu que les modes de saisine du juge devant autoriser la mesure ne sont pas précisés. Ce dernier doit-il être saisi par requête aux fins de désignation d'un expert de gestion ou une assignation ? En l'absence de précision de la part du législateur OHADA, doit-on conclure qu'il s'agit d'une assignation en référé en vue d'obtenir une expertise de minorité comme en droit français vu l'identité des conditions de mises en œuvre de l'expertise de gestion entre les deux droits ? Le Tribunal Régional Hors classe estime que son Président ne peut être saisi que par requête ; par conséquent, la procédure d'expertise de gestion n'est pas en soi une procédure d'urgence⁵⁶. Ce faisant, le recours au juge des référés n'est envisageable que lorsqu'on est en présence d'une urgence⁵⁷

Ce qui demeure certain c'est l'existence d'une urgence à saisir le juge aux fins de désignation d'un expert de gestion.

b. La généralisation de la présence du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales

22. Depuis l'AUSCGIE révisé, la désignation d'un commissaire aux comptes est envisageable de façon expresse dans des sociétés de personnes. Ainsi, aux termes de l'article 289-1 de l'AUSCGIE, les sociétés en nom collectif qui remplissent, à la clôture de l'exercice social, deux des conditions suivantes, sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes. Il s'agit du total du bilan supérieur deux cent cinquante millions (250.000.000), du chiffre d'affaires annuel supérieur à cinq cent millions (500.000.000) et d'un effectif permanent supérieur à 50 personnes. L'associé ou les associés représentant un dixième du capital social peuvent également désigner un commissaire aux comptes. Cette règle s'applique également aux sociétés en

⁵² Bull. Joly 1995, § 42, note P. Le Cannu.

⁵³ V. RJDA, février 1995, n°268 et RJDA, juin 1998, n°736.

⁵⁴ V. Chambre commerciale de la Cour de cassation, 12 février 2008, Comité central d'entreprises de la Banque des Antilles françaises c/ Banque des Antilles françaises, note sous Adeline Cerati-Gautier, Revue des sociétés 2008, P.600.

⁵⁵ S. Sorel Tameghé, *Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* », Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol. 1, dir. Jacques Mestre, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. HJA, Aix-en-Provence, 2010, pp. 147-178

⁵⁶ Tribunal régional Hors classe de Dakar, Ordonnance de référé n°901 du 9 août 1999, Hassane Yacine c/ Société Nattes industries, Ibrahima Yazback et autres, Ohada.com/Ohadata J-02-198.

⁵⁷ Cour d'appel de Cotonou, arrêt n°256/2000 du 17/8/2000 RG n°314/2000, affaire Société continentale des Pétroles et d'Investissements et autres c/ Etat béninois, in OHADA, Jurisprudences nationales, n°1-Décembre 2004, P.81.

commandite eu égard à l'article 293-1⁵⁸. La nature de l'obligation qui pèse sur le commissaire comptes est déterminée par la doctrine⁵⁹ ; il s'agit d'une obligation de moyens⁶⁰

23. Ces différentes dispositions viennent combler un vide : est-il obligatoire dans les sociétés de personnes (SNC et SCS) de désigner un commissaire aux comptes ? Le mutisme du législateur OHADA avant la réforme en la matière a poussé à croire que la désignation est loin d'être obligatoire sauf clause contraire des statuts. Avec le nouvel Acte uniforme, si les conditions prévues par la loi sont remplies, la désignation est obligatoire et aucune clause statutaire ou extrastatutaire ne peut y déroger. On remarque que le besoin de transparence par le contrôle exercé par le commissaire aux comptes sur l'exercice du pouvoir n'est pas l'apanage exclusif des sociétés à responsabilité limitée⁶¹, dont d'ailleurs les conditions de désignation d'un commissaire aux comptes (CAC) ont évolué, et des sociétés par actions⁶².

c. La transparence concernant les rémunérations

24. L'importance en valeur absolue ou en valeur relative de la rémunération des dirigeants a, dit-on, pour contrepartie, la précarité du statut des dirigeants des sociétés, révocables *ad nutum* dans la société anonyme de type classique⁶³. Les rémunérations sont nombreuses : jetons de présence⁶⁴, rémunérations exceptionnelles⁶⁵, indemnité de fonction⁶⁶ remboursement des frais⁶⁷, le salaire découlant du contrat de travail⁶⁸.

Le conseil d'administration élit un président et détermine sa rémunération. Or, on trouve fréquemment la pratique suivante : le conseil délègue au comité de rémunération tous pouvoirs pour ce qui est de la rémunération du président, aux fins

⁵⁸ Les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues au présent livre. Le livre 2 en question intitulé « Société en commandite simple » est relatif à la définition de la société, aux règles de constitution, de gérance, de prise de décisions, de contrôle et de dissolution de la SCS.

⁵⁹ P. Merle, *Droit commercial*, Soc. Com. Dalloz, 6^e éd., n°519.

⁶⁰ V. Cour d'appel de Bordeaux, 7 mars 1990, Revue de jurisprudence commerciale, 1991, P.215. Pour la Cour de cassation, Com, 9 février 1988, Revue des sociétés, 1988, P.555.

⁶¹ Avant le nouvel Acte uniforme, la désignation d'un commissaire aux comptes n'était obligatoire dans les SARL qu'aux conditions alternatives suivantes : capital social supérieur à dix millions, chiffre d'affaire annuel supérieur à 250.000.000 et effectif permanent supérieur à 50 et lorsque un ou plusieurs associés détenant au moins le dixième du capital social l'exigent. Avec l'acte uniforme révisé, toutes les autres conditions sont requises sauf celle relative au capital social remplacé par le total du bilan qui doit être supérieur à 125.000.000.

⁶² Il s'agit de la société anonyme, de la société à capital variable et de la société par actions simplifiée. A rappeler que la société à capital variable est soit une société anonyme tenue de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant lorsqu'elle ne fait pas appel public à l'épargne et au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants dans l'hypothèse contraire au sens de l'article 702 AUSCGIE, soit une société par actions simplifiée dans laquelle la désignation d'un commissaire aux comptes obéit aux mêmes conditions que celles des SARL.

⁶³ E. De Pontavice, *La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme*, Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, Tome 1, p.177. Pourtant, il existe une maxime d'Auguste Détour selon laquelle les dirigeants n'ont pas droit à la sécurité.

⁶⁴ Le juge français a estimé que c'est le conseil d'administration et non son Président qui est compétent pour accorder des jetons de présence, [CA Paris, 28 septembre 1990, D.1990, IR 269].

⁶⁵ Article 432 AUSCGIE.

⁶⁶ Article 431 AUSCGIE.

⁶⁷ Article 432 alinéa 1.

⁶⁸ V. article 515 AUSCGIE pour l'administrateur général.

de fixer cette rémunération⁶⁹. Au surplus, aucun procès-verbal ultérieur ne porte approbation formelle du conseil sur le montant de cette rémunération, pas même un bref compte rendu des accords intervenus. Tant et si bien que le commissaire aux comptes ne dispose d'aucun élément juridique pour contrôler si les rémunérations servies sont régulières⁷⁰.

25. En France, sous l'empire de l'article 40 de la loi de 1867, l'accord sur la rémunération des dirigeants par le conseil d'administration était une convention passée entre la société et un administrateur. Mais aujourd'hui, c'est un acte unilatéral et institutionnel. C'est le cas en droit OHADA⁷¹.

26. Les comités peuvent-ils fixer la rémunération ? Il est logique que le comité des rémunérations soit appelé à jouer un rôle important en déterminant la part variable de la rémunération des mandataires sociaux et en appréciant aussi l'ensemble des rémunérations et avantages perçus par les dirigeants et éventuellement les avantages en matière de retraite⁷². Seulement les avis des comités ne s'imposent pas au conseil d'administration. Cela est compréhensible, vu que c'est le conseil qui fixe la composition et les attributions des comités. Ces derniers exercent leur activité sous sa responsabilité⁷³. La chambre commerciale de la Cour de cassation française a refusé de valider la procédure suivie qui avait consisté à faire fixer la rémunération par une Commission *ad hoc*⁷⁴. Pour le juge, il appartenait au Conseil d'administration de se prononcer sur la question

27. Qui doit avoir des informations sur la rémunération des organes de direction ? En la matière, il y a une constante : les pesanteurs du secret des affaires et des rémunérations. En effet, le secret est une « liberté » fondamentale, plus que l'« obligation » de transparence. Après tout, l'homme n'est transparent que devant Dieu⁷⁵. Pourtant, afin de répondre à cette seconde question, il convient d'envisager les rapports organes de direction et actionnaires et organes de direction et personnel de l'entreprise.

28. Dans le premier cas, le rapport spécial prévu dans l'AUSCGIE notamment en son article 432 alinéa 2 est destiné à l'assemblée des associés.

Si l'on devait se limiter à l'article précité, on peut dire que les rémunérations perçues par les dirigeants ne doivent pas être portées à la connaissance des salariés. De même, seules les rémunérations exceptionnelles, à l'exclusion de celles liées aux fonctions d'administrateurs doivent être connues des seuls associés. Mais c'est sans compter avec l'article 831-3 AUSCGIE qui exige la publicité du rapport rédigé par le président du conseil d'administration (PCA) contenant la composition du conseil d'administration, ses conditions de fonctionnement, les dispositions écartées et les

⁶⁹ E. De Pontavice, *op.cit.*, P.197.

⁷⁰ E. De Pontavice, *ibid.*, p.197.

⁷¹ V. Les articles 467 AUSCGIE pour le PDG, 474 AUSCGIE pour le DG adjoint, et 482 pour le PCA, 490 pour le DG.

⁷² P. Bezard, *op.cit.*, p.101.

⁷³ Article 437 AUSCGIE.

⁷⁴ V. Chambre commerciale de la Cour de cassation, 4 juillet 1995, de la Fournière c/ Aymard et société Banque Transatlantique, D. 1996, P.186, note J.-C Hallouin. Cet arrêt rendu le 4 juillet 1995 a été confirmé par un autre du 13 février 1996 (RJDA, juin 1996, n°801).

⁷⁵ Parleani, in Rev. Trim.dr.civ. 1996.522.

raisons de cette exclusion lorsque la société se réfère volontaire à un code de gouvernement d'entreprise. C'est ce même rapport qui doit contenir les rémunérations allouées aux mandataires sociaux. Il s'agit non seulement des *golden hello* qui ne sont pas les bienvenus⁷⁶ en droit français et des parachutes dorés voire des pensions de retraite.

29. Quelle devrait être la place des actionnaires en matière de rémunérations des mandataires sociaux : doivent-ils avoir un mot à dire ? C'est le fameux « *say on pay* », principe du vote consultatif des actionnaires sur la rémunération individuelle des dirigeants mandataires sociaux⁷⁷. Ce principe a été institué afin qu'il y ait une corrélation entre la rémunération et la performance des entreprises. Les *golden hello*, parachutes dorés et pension de retraite prévus à l'article 831-3 AUSCGIE doivent-ils être soumis à la procédure des conventions réglementées ? En permettant aux actionnaires d'avoir une voix consultative sur la rémunération des mandataires sociaux ne modifie-t-on pas le principe de hiérarchie⁷⁸ ?

L'engagement-pour répondre à la première question-que prend la société au bénéfice de ses mandataires sociaux est une convention définie comme étant un accord de volonté destiné à produire un effet de droit quelconque⁷⁹. En acceptant le versement d'une prime d'arrivée ou d'un parachute doré, la société cherche quelques fois et respectivement à attirer les dirigeants compétents, à les motiver et à pallier les inconvénients de la révocation *ad nutum*. C'est donc d'accord-parties avec les dirigeants que ces primes sont versées. Il donc normal que la procédure de la convention réglementée soit respectée, d'où l'exclusion de toute idée de modification du principe de hiérarchie. Il faut noter que le législateur OHADA s'est inspiré de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et les sociétés par actions dite « loi Breton⁸⁰ » qui, de façon expresse, a consacré la soumission des rémunérations dues en raison de la cessation ou de la prise de fonctions accordées aux mandataires sociaux à la procédure des conventions réglementées. Seulement, le législateur OHADA est resté muet sur la procédure

⁷⁶ V. P. Le Cannu et B. Dondero, *La prime d'arrivée n'est pas la bienvenue en droit des sociétés*, RTDCom 2010, P.748. La question qui était posée était celle de savoir si un dirigeant en fonction est fondé à percevoir une somme d'argent, généralement importante, de la société du seul fait de sa prise de décision. La Cour d'appel de Paris, le 27 février 2009 a déclaré le dirigeant d'une SAS coupable d'abus de biens sociaux parce qu'il s'est fait verser une prime d'arrivée de 785 112, 44 euros. Elle a été suivie par la Cour de cassation. Il faut également faire remarquer qu'au sein de l'opinion française, la prime d'arrivée n'a pas bonne presse. C'est ce qu'a pu constater Jean-Louis Porquet, journaliste au canard enchaîné (in *Que les gros salaires baissent la tête !*, Michalon, 2005, P.81) : « pour souhaiter la bienvenue aux nouveaux pédégés, les Américains ont coutume de leur offrir une liasse de dollars. Ils appellent ça le *golden hello*. Toujours curieux des coutumes étrangères, nos pédégés nationaux-certains d'entre eux, du moins-ont tellement apprécié ce rite folklorique qu'ils l'ont importé » !

⁷⁷ Y. Paclot, *Gouvernance d'entreprise : la révision du code Afep-Medef préférée à la loi*, Bull. July 2013, 556.

⁷⁸ Suivant ce principe, au sommet de la société anonyme il y a l'assemblée des associés, puis le conseil d'administration et enfin les directeurs généraux. V. P. Bissara, *Interdépendance et coopération des organes sociaux dans la société anonyme classique*, Mélanges Y. Guyon, Aspects actuels du droit, 2003, P.118, n°3.

⁷⁹ *Lexique des termes juridiques*, 12^e édition, 1999 (dir. Raymond Guillien et J. Vincent), P.152.

⁸⁰ J.O, 27 juillet 2005, P.12160.

applicable. Il en est de même de son silence sur le rapport à établir entre la rémunération perçue et les performances de la société prévu en droit français par la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 relative au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un « marché réglementé⁸¹ ».

30. En tout état de cause, le besoin de transparence est beaucoup plus pressant à l'égard des épargnants, c'est-à-dire ceux qui prêtent de l'argent à la société, sans avoir la qualité d'associés⁸². Ces épargnants peuvent être qualifiés d'« investisseurs » si l'on s'en tient à l'article 832 AUSCGIE.

d. La consécration du principe « appliquer ou expliquer ».

31. Sont concernées les sociétés qui font appel public à l'épargne. Si l'expression « appel public à l'épargne est supprimée en France, au profit de celle d'« offre de titre au public », tel n'est pas le cas en droit OHADA. Les entreprises à la recherche de financements pour assurer leur développement ou leur permettre de surmonter leurs difficultés ont la possibilité de s'adresser à des organismes de crédit ou de se tourner vers les marchés financiers⁸³. Elles s'adressent souvent, pour des raisons de souplesse et de contraintes moindres, vers les marchés financiers ou elles placent, selon la politique qu'elles entendent suivre, des titres de capital ou de créances⁸⁴.

C'est dans ces sociétés où l'existence de transparence est la plus exigée. Ainsi, le principe *comply or explain* en droit OHADA est prévu à l'article le 831-2 AUSCGIE alinéa 2.

32. Deux hypothèses sont prévues. La première est celle où un code existe et la société décide certes de s'y référer mais en écartant certaines dispositions. La seconde est celle dans laquelle un code existe certes, mais la société décide de ne pas s'y référer. Dans le premier cas, la société met en évidence les dispositions exclues et les raisons de cette exclusion. Dans le second cas, la société indique les règles de substitution et les raisons de non application d'aucune disposition du code de gouvernement d'entreprise.

33. Ce principe repose essentiellement sur une démarche volontaire⁸⁵. Mais comment concevoir que ces principes soient essentiels et qu'ils puissent dans le même temps, avec parfois une justification sommaire, être substantiellement écartés⁸⁶ ? C'est se demander si ce principe n'est pas un leurre⁸⁷. Doit-on faire comme en grande Bretagne à savoir rendre obligatoire la référence à un code de gouvernement d'entreprise⁸⁸ ? Ne doivent être concernées par le principe « appliquer ou expliquer »

⁸¹ V. A. Couret, *Rémunérations des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi*, Droit social 2008, P.521.

⁸² Y. Guyon, *Traité des contrats*, Avant propos, P.23, N°9.

⁸³ P. Bezard, *La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés*, Mélanges Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p.87.

⁸⁴ P.Bezard, *ibid.*

⁸⁵ Catherine Malecki, *Régulation financière : les codes d'entreprise feront-ils grise mine ?* Recueil Dalloz 2009 p. 1095

⁸⁶ Catherine Malecki ; *ibid.*

⁸⁷ Magnier, *Le principe se conformer ou s'expliquer, une consécration en trompe-l'œil ?*, JCP E 2008. Actu. 280

⁸⁸ V. *L'application de la règle « appliquer ou s'expliquer » (comply or explain) au Royaume-Uni*, Rev. Sociétés 2013. 66.

que les sociétés faisant appel public à l'épargne ? Que peut faire le juge en la matière ? Et la problématique d'actualisation des codes ? Peut-on émettre des avis sur les explications proposées ? Si oui quel est l'organe habilité à le faire⁸⁹ ?

Ces différentes questions non abordées par le législateur OHADA relance le débat de l'opportunité de ce principe en droit des sociétés. Il n'est pas exclu que la pratique professionnelle, voire le juge trouve des réponses à ces interrogations.

e. Revalorisation du rôle de l'administrateur : le droit individuel à l'information

34. La chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'une administratrice d'une société anonyme tendant à l'annulation de la délibération d'un Conseil d'administration, cette dernière faisait valoir qu'elle n'avait pas été mise à même d'exercer son mandat d'administrateur dans des conditions d'information suffisantes, a déclaré qu'aucun texte n'impose au PCA de joindre à la convocation qu'il adresse aux membres de celui-ci, son projet de rapport ou des documents économiques et financiers se rapportant à l'ordre du jour. Pour la Cour de cassation, le juge d'appel n'a pas recherché si l'administratrice avait reçu au préalable et dans un délai suffisant l'information à laquelle elle avait droit. Le problème juridique est celui de savoir si un membre isolé du conseil a droit à l'information⁹⁰.

35. Mais si le droit individuel d'information de l'administrateur doit être protégé, une autre protection est due à la société, notamment contre les demandes de renseignements irrégulières ou abusives⁹¹. De même, pour le juge français, un administrateur a le devoir, à partir du moment où il accepte d'assumer cette charge, de réclamer toutes les libertés et moyens de contrôle nécessaires à son accomplissement éclairé⁹². Il a donc l'obligation de s'informer.

36. Quelles sanctions découlent du non respect du droit individuel à l'information de l'administrateur ? Si l'on se réfère à l'article 345 et 525 AUSCGIE, la sanction est la nullité de la délibération prise en violation de l'obligation de communication des documents exigés⁹³. Le juge statuant à bref délai peut sous astreinte, obliger la société à communiquer à l'actionnaire les documents demandés. Il s'agit d'une injonction de faire⁹⁴.

f. Amélioration du fonctionnement du conseil d'administration par la création des comités et administrateurs indépendants

37. Le respect des principes du gouvernement d'entreprise suppose la dynamisation des conseils d'administration par la création de comités spécialisés et des

⁸⁹ B.François, *Rapport parlementaire sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises Rapport d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises présenté par MM. les députés J.-M. Clément et Ph. Houillon, Assemblée nationale, 20 févr. 2013, n° 737, www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i0737.pdf*, Revue des sociétés, 2003, P.249.

⁹⁰ Cass. Com, 2 juillet 1985, Mme Cointreau et autres, c/ SA Rémy Mastin, JCP1985, II, 20518, note Viandier.

⁹¹ Viandier, note sous Cass.com 2 juillet 1985 ; Mme Cointreau et autres c SA Rémy Martin

⁹² Cour d'appel d'Aix-en Provence, 2^e chambre, 3 février 1966 ; JCP 1966.II.14861 ; note R. Perceron.

⁹³ Il s'agit des états financiers de synthèse, du rapport de gestion, du texte des résolutions proposées et le cas échéant du rapport général et spécial du commissaire aux comptes.

⁹⁴ V. F. Manin et E. Jeuland, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, Revue des sociétés 2004, P.1.

administrateurs indépendants⁹⁵. En effet, suite aux scandales financiers qui ont eu lieu dans les pays anglo-saxons, plusieurs conseils d'administration ont été indexés. Il leur a été reproché leur attitude de faiblesse vis-à-vis des mandataires sociaux qu'ils sont chargés de contrôler. Afin d'aider les conseils à mieux délibérer, l'idée a été émise de se faire assister par divers comités et des administrateurs indépendants.

La création des comités est à la fois une faculté⁹⁶ et une obligation⁹⁷ en droit OHADA. Le comité d'audit est composé d'administrateurs indépendants. Un administrateur est indépendant s'il n'a ni lien de subordination, ni mandat social qui pourrait le rendre redevable à l'égard de la société. Il doit avoir à la fois une indépendance d'esprit et une indépendance matérielle⁹⁸.

2. La liberté contractuelle

38. Les sociétés commerciales doivent-elles être régies par des normes uniformément définies par le législateur ou bien faut-il laisser aux associés une large liberté contractuelle pour aménager comme ils l'entendent l'organisation et le fonctionnement statutaire de leur entreprise⁹⁹ ?

La liberté en droit des sociétés a existé traditionnellement dans les sociétés en nom collectif, en commandite simple et le GIE. Dans les SNC, les associés sont libres de prévoir, pour contourner l'unanimité requise en matière de cession des parts sociales, une procédure de rachat. En outre, dans les SCS, la liberté des associés est certes limitée quant à la mise en place des formules de cession, mais pas concernant le choix.

En effet, l'évolution vers la contractualisation et vers la souplesse des règles s'impose d'autant plus qu'à une époque ou se développe d'une façon accélérée la mondialisation des échanges et où le créateur d'entreprise dispose de la plus grande liberté pour choisir son lieu d'implantation, il est bien évident que sera prise en considération l'importance des contraintes applicables au lieu du futur siège social¹⁰⁰. Le droit des sociétés est plus que jamais soumis à deux tendances contradictoires : d'un côté la prolifération d'une réglementation de plus en plus tatillonne, de l'autre l'aspiration à davantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement de ces personnes morales¹⁰¹.

⁹⁵ Peut-on néanmoins améliorer le fonctionnement du conseil d'administration en y intégrant le sexe supposé faible ? A cette question le législateur français a répondu par l'affirmative non sans être confronté à la réticence du juge notamment constitutionnel. Selon une étude du cabinet *Ethics et Boards*, la part des femmes dans les conseils d'administrations des sociétés du CAC 40 a atteint au premier juin 2014, 30,3%⁹⁵ soit une progression de deux points (2) en un an. Aux termes de l'article L225-18-1 du Code de commerce issu de la loi n°2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle (dite « loi Copé-Zimmermann »), la proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40% dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. V.B. François, *Femmes administratrices, Etude du cabinet Ethics et Boards*, juin 2014, Revue des sociétés 2014, P.466

⁹⁶ Aux termes de l'article 437 alinéa 2 le Conseil d'administration peut décider la création de comités composés d'administrateurs.

⁹⁷ Article 829 AUSCGIE.

⁹⁸ V. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 25^e édition Lexisnexis, 2012, P.308, n°550.

⁹⁹ Philippe Bissara, *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, Revue des sociétés, 1990.553.

¹⁰⁰ P. Bezar, *Le droit français est-il encore exportable?*, Mélanges C. Gavalda, P.53.

¹⁰¹ Y. Guyon, Avant-propos, *Traite des contrats, Les sociétés*, 4^e édition, L.G.D.J, 1999, p.7.

40. Avec le nouvel Acte uniforme, l'une des manifestations du libéralisme, c'est la création d'une SAS. Dans ce type de société, il y a des pactes d'associés. Les pactes d'associés ou d'actionnaires sont des conventions conclues par les associés ou les actionnaires d'une société ou par certains d'entre eux¹⁰².

41. Le droit de retrait était prévu en France dans les sociétés civiles par la loi du 4 janvier 1978 notamment à l'article 1869. Mais dans les sociétés à capital variable régies par la loi du 24 juillet 1867, ce droit a également existé. Selon le juge français, les statuts sociaux peuvent limiter l'exercice de ce droit de retrait mais seulement dans la mesure compatible avec le respect de la liberté individuelle¹⁰³. Pourquoi le droit de retrait n'est pas admis dans les sociétés commerciales à capital fixe ? On parle principalement du caractère institutionnel des sociétés commerciales à capital fixe, une fois constituées. Permettre à des associés de se retirer librement, et par conséquent de récupérer leurs apports, ce serait laisser la société vivre ou mourir au gré des volontés individuelles, alors que le destin de celle-ci ne doit résulter que d'une volonté collective¹⁰⁴.

42. Le législateur OHADA semble être conquis par cet argument vu que la fluctuation du capital social du fait du retrait ou de la mise par les associés de leurs apports ou de l'admission de nouveaux associés n'est envisageable que dans les sociétés à capital variable qui ne peuvent revêtir que la forme de sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne ou de sociétés par actions simplifiées. Le retrait d'associé peut être unilatéral ou statutaire¹⁰⁵. Qu'en est-il du juge ? L'AUSCGIE ne prévoit pas de façon expresse la possibilité pour le juge d'exclure un associé¹⁰⁶ ; seule la révocation est admise. En droit français, l'article 1869 du Code civil prévoit la possibilité pour le juge d'autoriser le retrait de l'associé pour justes motifs dans les sociétés civiles. C'est le cas en présence d'un conflit entre associés en instance de divorce¹⁰⁷.

43. Le libéralisme en droit des sociétés se manifeste par la conclusion de pactes extrastatutaires qui, il faut le rappeler doivent être inférieurs aux statuts comme le précise l'article 2-1 AUSCGIE. La Cour de cassation française soutient que viole l'article R.522-3 du Code rural, la Cour d'appel qui pour apprécier la durée de l'engagement d'un coopérateur retient celle figurant dans le bulletin d'adhésion et non celle plus courte fixée par les statuts¹⁰⁸.

La consécration des différentes clauses dans les statuts des sociétés anonymes permet de se rendre compte que l'*intuitu personae* n'est pas absent dans les sociétés par

¹⁰² Etude juridique-Société par actions simplifiée- janvier 2002, P.121

¹⁰³ Cass.civ 1^e 27 avril 1978, Rev.soc. 1978, p.772, note Atias.

¹⁰⁴ V. Yves Chartier, J. Mestre, *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Les sociétés, P.U.F, 1988, P.74.

¹⁰⁵ V. article 269-6 AUSCGIE.

¹⁰⁶ Peut-être que le législateur OHADA est influencé par la jurisprudence française [Cass.com du 12 mars 1996, SNC Nollet et compagnie Impression Location Service et autres c/ Salon et autre, D.1997, P.133] qui précise qu'aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution par application de l'article 1844-7, 5, du Code civil à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter.

¹⁰⁷ Civ.3^e, 17 décembre 2008. Dr. sociétés, 2009, comm, n° 48, note R. Mortier.

¹⁰⁸ V. Revue des sociétés, 1995, P.75, Cour de cassation, 1^e civ, Cave coopérative Hunawirh c/ Mme Meyer, note Y. Guyon.

actions¹⁰⁹. Du coup, cette notion n'est plus un critère suffisant pour distinguer les sociétés de personnes des sociétés par actions.

3. *L'intervention du juge*

44. Lorsqu'une société traverse une crise grave, les tribunaux se reconnaissent compétence pour désigner un administrateur provisoire qui remplace les dirigeants jusqu'à ce qu'une solution ait pu être trouvée¹¹⁰. La crise doit être temporaire, soluble et actuelle¹¹¹. Ainsi, le juge statuant à bref délai¹¹² peut, comme prévu à l'article 160-1 de l'Acte uniforme, désigner un administrateur provisoire. Une jurisprudence traditionnelle admet qu'en cas de carence d'un organe de société anonyme, un administrateur provisoire peut être désigné par le juge des référés si cette carence est préjudiciable aux intérêts sociaux et s'il y a urgence¹¹³. Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire sont déterminées par le législateur OHADA. Il s'agit d'un « fonctionnement normal de la société rendu impossible¹¹⁴ ». Cette expression est tout sauf claire et va susciter des problèmes d'interprétation. Il appartiendra au juge, au cas par cas, de dire si le fonctionnement normal de la société est impossible. Ainsi, au Sénégal, le juge des référés a nommé un administrateur provisoire après avoir constaté que la mésintelligence était grave et de nature à porter atteinte gravement aux intérêts de la société¹¹⁵. Le juge sénégalais a même fait part de la disparition de l'*affectio societatis* dans cette affaire.

45. Pour le juge français, c'est à bon droit que, pour désigner un administrateur provisoire à une société anonyme, le juge des référés se fonde sur l'existence d'une mésintelligence grave et persistante entre administrateurs et actionnaires ainsi que sur la précarité des décisions prises à une infime majorité et sur la perte du capital social à

¹⁰⁹ I. Pascual, *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCom, 1998, P.273. Cette prise en considération se manifeste à travers les clauses d'agrément, d'inaliénabilité.

¹¹⁰ Y. Guyon, *Les missions des administrateurs provisoires de sociétés*, Mélanges de D. Bastian, Librairies techniques, tome 1, p.103

¹¹¹ Y. Guyon, *op.cit.*, p.106, N° 4.

¹¹² L'expression "juge statuant à bref délai" est une nouveauté introduite par le législateur OHADA. C'est d'abord dans l'Acte uniforme portant droit commercial général notamment aux articles 106, 107, 111, 117, 120 et 122 qu'elle a fait son apparition. Aujourd'hui, on la retrouve en droit des sociétés. Pour un auteur, [A.P.Santos, Commentaire de l'Acte uniforme portant droit commercial général, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2012, p.291], le juge statuant à bref délai n'est pas un juge d'urgence ou de référé ; il s'agit d'une juridiction qui juge au fond mais statue à bref délai. Il y a certes, de la part de l'auteur une tentative de détermination du juge statuant à bref délai, mais qui n'est pas satisfaisante car pourquoi le juge doit-il statuer dans un court délai, n'est-ce pas parce qu'il y a urgence ? Il faut maintenant se demander quel est le domaine d'intervention du juge : est-ce le fond de l'affaire ou pas ? Répondre par l'affaire signifie exclure la compétence du juge des référés. Il reste donc celle du juge des requêtes. Le mode de saisine du juge détermine la compétence de ce dernier. Si en droit commercial général ce mode de saisine n'est pas identifiable, en droit des sociétés, le législateur précise que le juge statuant à bref délai est saisi à la requête des organes de gestion, de direction ou d'administration ou par un ou des associés.

¹¹³ V. Cour d'appel d'Amiens, 11 février 1964, RTD Com, 1964, p.797, chronique de législation et de jurisprudence française.

¹¹⁴ Article 160-1 AUSCGIE.

¹¹⁵ T.R.H.C Dakar, ordonnance de référé, n° 939 du 16 septembre 1996, Aduo kouame c/Sadibou Ndiaye es qualité et société Abdoulat Shiping company.

concurrence de plus des trois quarts¹¹⁶. Faisons remarquer à la suite de cette décision de justice que la simple mésintelligence n'est pas une cause de nomination d'un administrateur provisoire. Ce faisant, cette cause doit être rapprochée de celle concernant la dissolution de la société pour justes motifs¹¹⁷. Le juge français, à travers la décision précitée met en évidence les critères d'appréciation de l'urgence notamment l'existence d'une contestation grave [action en dissolution, assemblées houleuses, accusations portées par certains actionnaires minoritaires]. Pour lui, l'urgence doit s'apprécier non dans la personne de celui qui agit mais dans celle de la personne morale en ce sens que celle-ci doit être exposée à un préjudice certain et imminent¹¹⁸. L'autre critère est d'ordre financier plus particulièrement plus des trois quarts du capital nominal de 5.500.000 francs¹¹⁹.

46. La nomination d'un administrateur provisoire peut également être motivée par la cession d'actions aboutissant à une fermeture d'usine. Malgré son importance, la désignation d'un administrateur provisoire soulève des questionnements. Une certitude existe quant à la personne de l'administrateur provisoire à savoir qu'il doit être obligatoirement une personne physique, la durée maximum des fonctions de l'administrateur provisoire¹²⁰.

47. D'abord la détermination des pouvoirs de ce dernier. Quels sont les actes que l'administrateur provisoire est habilité à accomplir : les actes de disposition, conservatoire ou d'administration ? Dans la jurisprudence française précitée¹²¹, les pouvoirs de l'administrateur provisoire étaient limités aux actes d'administration et de gestion.

48. Ensuite, l'opposabilité aux tiers des clauses limitant les pouvoirs de l'administrateur. Etant donné que la désignation de l'administrateur provisoire dessaisit¹²² les organes sociaux, on leur appliquera la règle en vigueur. On peut se servir de la théorie du mandat apparent c'est-à-dire croyance légitime du tiers aux pouvoirs de l'administrateur provisoire.

49. Si la société est de nouveau gérée par ses dirigeants normaux, quel est le sort des mesures décidées par l'administrateur ? Il ne fait de doute que les dirigeants revenus aux affaires respecteront les mesures prises que celles-ci soient favorables ou pas à la société. C'est une sorte de continuité de l'intérêt de la société.

50. Le juge aussi peut désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la société en justice en cas de conflits intérêts entre la société et ses dirigeants¹²³. Ce faisant, avec

¹¹⁶ Cour d'appel d'Aix, 6e ch., 14 novembre 1957; Ste immobilière Aix-Termal c. Bigonnet et autres, JCP, 1957,II, 10304.

¹¹⁷ V. Article 200 AUSCGIE.

¹¹⁸ V. également en ce sens, Paris, 28 mai 1947 : JCP.1948, II, 4116, note Bastian.

¹¹⁹ Le bilan du 31 décembre 1956 fait ressortir 2.125.291 francs de pertes pour l'exercice clos et 3.862.233 francs de pertes antérieures rapportées.

¹²⁰ Elle ne doit pas excéder 6 mois. Donc le juge peut fixer une durée moindre. C'est ainsi que dans l'affaire Aduo Kouame c/Sadibou Ndiaye précitée, la durée des fonctions d'administration était de deux mois et au plus à la fin de l'exercice social notamment le 31 décembre 1997. A rappeler que l'ordonnance de nomination de l'administrateur provisoire a été rendue le 16.09.1996.

¹²¹ JCP1957 II 10304.

¹²² Pour la Cour de cassation française [Cass.com.6 mai 1986 : Bull.civ.IV, n° 77.], l'administrateur provisoire est investi judiciairement des pouvoirs conférés par la loi à un dirigeant social.

¹²³ Voir article 167 et suivant.

le nouvel acte uniforme, les associés ne sont plus les seuls habilités à exercer l'action *ut singuli*.

Le mandataire *ad hoc* peut intervenir en cas d'abus de minorité¹²⁴ ou d'égalité. Mais celle-ci ne s'envisage t-elle que lors de l'exercice du droit de vote ? C'est dire que l'abus dont on parle consiste à s'opposer à ce que des décisions soient prises. Ainsi, il y a abus en cas de blocage par de minoritaires d'augmentation de capital indispensables à la société¹²⁵, de refus systématique et sans motivation valable par un associé égalitaire d'adopter les résolutions présentées par un coassocié gérant ; privant la société d'améliorer ses résultats¹²⁶. De notre point de vue, on peut parler d'abus d'égalité ou de minorité lorsque les associés concernés ne se présentent pour voter alors que celle-ci est obligatoire.

51. La sanction prévue en cas d'abus de minorité ou d'égalité est la responsabilité des associés. Mais elle n'est pas la seule. Ainsi, la présence du mandataire *ad hoc* s'apprécie en matière d'abus de minorité ou d'égalité. Le juge peut désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires les associés dont le comportement est jugé abusif¹²⁷. Ce faisant, le législateur OHADA fait sienne la jurisprudence Vitama¹²⁸ et Flandin¹²⁹.

Le juge peut, à la demande de tout associé, révoquer le gérant pour juste motif. En la matière, il y a une modification de la nature du motif de révocation. On est passé d'une révocation pour cause légitime à une révocation pour cause légitime. Qu'entend par cause légitime ? En l'absence à notre connaissance, de jurisprudence OHADA et nationale sur la question, nous pouvons nous référer à celle française. Pour le juge français, la cause légitime renvoie à une faute intentionnelle de particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales à intérêt social¹³⁰.

52. Si l'examen des dispositions de l'AUSCGIE révisé permettent de savoir où va le législateur OHADA, quelle est sa philosophie en la matière voire quels sont les principes directeurs du droit des sociétés, il n'est pas inutile de faire remarquer que sur certaines questions le flou demeure.

¹²⁴ L'abus de minorité a été défini en France dans l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 juillet 1992, Six c/ Tapisseries de France SA, note sous Ph. Merle, *Revue des sociétés*, 1993, P.400 ; D.1993, P.279.

¹²⁵ Lyon 20 décembre 1984 ; *Revue de jurisprudence commerciale* 1988.89 ; note D. Vidal.

¹²⁶ Trib.com. Salon 29 juin 1990 ; Bull. Joly 1991.306 ; note D. Bompont.

¹²⁷ Article 131 alinéa 3 AUSCGIE.

¹²⁸ Sarl Vitama c. Tehranchi ; *Revue sociétés* 1992.44 ; note P. Merle ; « hormis l'allocation d'éventuels dommages et intérêts ; il existe d'autres solutions permettant la prise en compte de intérêt social ».

¹²⁹ Cass.com., 9 mars 1993 ; *Revue sociétés* 1993 ; P.403 ; note Merle. « Le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents et qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires ».

¹³⁰ Cour de cassation ; 3^e civ ; 12 mars 2014 ; n°13 14.374 ; *Rev soc* 2014 ; P.391.

II/ Les orientations envisageables

53. Allons-nous nous adonner à l'art de la divination en parlant de la direction que va emprunter le législateur OHADA dans les réformes qui vont venir ? Il semble que non pour une raison toute simple : on ne peut parler de gouvernement d'entreprise sans responsabilité sociale de celle-ci. De même, il ne sert à rien de chercher à rendre moins précaire le statut des dirigeants et des associés si on ne leur permet pas, lors de leur exclusion de la société ou de leur révocation, de se défendre.

A/ Vers une prise en compte plus pertinente de la valeur partenariale.

54. L'intitulé de cette sous-partie peut laisser perplexe vu les efforts déployés par le législateur OHADA pour prendre en compte les intérêts des parties prenantes. Seulement, il se justifie puisque certains auteurs soutiennent la prise en compte par le législateur OHADA des questions environnementales à travers la notion d'intérêt social¹³¹, la possibilité pour les dirigeants des sociétés de capitaux d'engager la société même quand ils dépassent l'objet social¹³², par les articles 8 alinéa 1 et 2, 29 et 30 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises. Il faut dire que le législateur OHADA ne doit pas se préoccuper que d'investissement.

1. De la nécessaire inclusion des éléments non financiers dans l'investissement

55. Tout pays a besoin d'investissement étranger pour financer son économie. En effet, l'investissement est à la base de toute activité économique. Par l'investissement privé, l'entreprise prépare son avenir en anticipant un surcroît de consommation, en constituant des stocks ou en recherchant une plus grande productivité, en développant ainsi ses activités de recherche. Par l'investissement public, l'Etat ou les collectivités décentralisées soutiennent la conjoncture, maintiennent en état les infrastructures publiques, développent l'éducation ou la santé publique¹³³. **56.** Les gouvernements des pays en voie de développement, conscients de l'insuffisance de l'aide publique, se tournent de plus en plus vers les puissants groupes industriels et financiers internationaux qui peuvent leur apporter les capitaux nécessaires à leurs investissements¹³⁴. Il s'agit le plus souvent des multinationales.

57. La terminologie « multinationale » n'a pas fait l'unanimité au sein des économistes. Pour les uns une entreprise peut revêtir successivement le caractère international, multinational, transnational ou même supranational¹³⁵. Pour les autres, il y a des firmes ethnocentriques, tournées vers le pays d'origine, les firmes polycentriques, orientées le ou les pays d'accueil et les firmes géocentriques, totalement dénationalisées et d'orientation mondiale¹³⁶d'efforcent de dresser une typologie des firmes multinationales. D'aucuns définissent les multinationales comme toute société qui a des activités, autre que la vente, dans plus d'un pays¹³⁷ ou bien

¹³¹ V.E.Mauleon, *Essai sur le fait juridique de pollution des sols*, cité par Y.A.Tairou, *Préoccupations environnementales et droit de l'entreprise dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2013, P.49.

¹³² Y.A.Tairou, op.cit., P.59. L'auteur soutient qu'il s'agit d'une action en faveur de l'environnement alors que l'objet social de la société n'y porte guère.

¹³³ Lamy Droit public des affaires, édition 2008, N° 1560.

¹³⁴ B. Oppetit, *Sociétés multinationales et Etats nationaux*, Mélanges D. Bastian, op.cit., p.164, N° 5.

¹³⁵ R. Robinson, *International business policy* [Rinchart and Winston, 1964].

¹³⁶ H. Perlmutter, *L'entreprise internationale : trois conceptions* : Rev. Econ. Et soc. 1965, P.151 et s.

¹³⁷ B. M.L et Renner, H.L., *La stratégie de l'entreprise multinationale*, Sirey, 1973.

toute firme qui réalise des investissements directs à l'étranger¹³⁸, d'autres soutiennent qu'il s'agit de toute entreprise qui accomplit ses principales opérations, de fabrication ou de fourniture de services, dans au moins deux pays¹³⁹.

La plupart des pays en voie de développement, demandeurs en capitaux étrangers, ont promulgué des codes des investissements étrangers subordonnant l'entrée des capitaux à certaines exigences¹⁴⁰. Nous pouvons citer le cas du Sénégal avec la loi n° 74-06 du 22 avril 1974 portant statut de la zone franche industrielle de Dakar¹⁴¹.

58. Les modalités d'entente entre les multinationales et les Etats nationaux sont variées. Il peut s'agir de la *joint-venture* ou entreprise commune.

59. Cette formule a reçu tout spécialement des applications en matière pétrolière : en effet, elle permet à l'Etat producteur, associé à 50% avec le groupe pétrolier dans l'entreprise commune, de participer lui-même directement à la recherche, à l'extraction, voire à la commercialisation, des richesses du sous-sol¹⁴².

60. Il peut également s'agir d'un partenariat public-privé qui *lato sensu* est défini comme toute forme de collaboration entre d'une part, les pouvoirs publics et d'autre part, les entreprises privées¹⁴³. *Stricto sensu*, le partenariat public-privé peut se définir comme la collaboration, autour de projets, de l'Etat ou de ses démembrements, d'une part, des entreprises privées, d'autre part¹⁴⁴.

61. De nombreuses critiques qui sont adressées aux multinationales. On leur reproche d'être l'instrument d'exploitation des pays pauvres par les pays riches, d'exporter vers ces mêmes pays pauvres les rapports de production capitalistes, d'accroître la dépendance économique de ces pays en leur imposant une spécialisation étroite dans le cadre de la division internationale du travail¹⁴⁵.

En effet, l'une des difficultés avec les multinationales c'est que les droits et les obligations émanant du droit international classique s'appliquent aux seuls Etats - et aux organisations intergouvernementales créées par eux - et ne concernent pas l'action des entreprises multinationales¹⁴⁶.

Le législateur OHADA n'ignore guère ce fait économique qu'est la multinationale. On peut le constater à travers la notion de groupe de sociétés¹⁴⁷.

¹³⁸ Dunning, J.H., *International production and multinational enterprise*, Allen and Unwin, London, 1981.

¹³⁹ B. M.L et Renner, *op.cit.*

¹⁴⁰ PH. Kahn, *Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française* ; Clunet 1965, pp.338 et s.

¹⁴¹ J.O.R.S du 18 mai 1974. L'article premier de cette dispose que le but assigné à cette zone est de constituer un cadre d'accueil attractif pour inciter les investisseurs étrangers à venir y implanter des entreprises industrielles.

¹⁴² Sociétés multinationales et états nationaux, *op.cit.*, p.171, N° 19.

¹⁴³ P. Lignieres, *Partenariats public-privé*, 2^e édition, Litec, 2005, P.2, n° 5.

¹⁴⁴ P. Lignieres, *ibid.*

¹⁴⁵ V. J. P. Anastassopoulos, G. Blanc et P. Dussauge, *Les multinationales publiques*, PUF, 1985, collection de l'institut de recherche et d'information sur les multinationales, P.55.

¹⁴⁶ G. Spyropoulos, *Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation*, Droit social 1999, P.230.

¹⁴⁷ Le régime des groupes de sociétés est prévu par les articles 173 à 175 AUSCGIE. Quant aux articles 179 et 180, ils donnent la définition de la filiale, de la société-mère et de la filiale commune. En général, les entreprises multinationales revêtent ces structures juridiques ; V. C. Leben, *Entreprises multinationales et droit international économique*, RSC 2005, P.777 et s. Pour cet auteur, On appelle entreprise multinationale (EMN) ou société transnationale (appellation la plus courante dans les publications des Nations Unies), un

Comment lutter contre les abus des multinationales ? On peut utiliser des « armes du droit des sociétés » OHADA comme aller au delà.

2/ Les modalités d'inclusion des éléments en question

62. Ces modalités peuvent être tirées du droit des sociétés ou du droit des Etats parties.

63. Dans la première occurrence, on peut citer la jurisprudence *Fruehauf*¹⁴⁸ qui peut servir de prétexte à la résistance contre les multinationales, la doctrine Maison rouge selon laquelle la firme doit se « comporter dans chaque pays comme un bon citoyen¹⁴⁹ ».

64. On peut lutter contre les multinationales, en intégrant dans la législation OHADA, le concept de responsabilité sociale de l'entreprise¹⁵⁰, d'investissement socialement responsable. Il faut souligner d'emblée qu'il y a une difficulté à dissocier ces deux notions, même si un auteur affirme qu'il y a eu un passage de la responsabilité sociétale des entreprises à l'investissement socialement responsable¹⁵¹ ou qu'il existe des dynamiques de promotion de l'investissement socialement responsable internes aux marchés financiers notamment la gouvernance d'entreprise, le capital immatériel [marques, image, réputation, brevets, systèmes d'information], les fonds éthiques [fonds socialement responsables, fonds de développement durable, fonds d'exclusion] et des dynamiques externes de la promotion de l'investissement socialement responsable aux marchés financiers à savoir le développement durable, le management de la qualité et la responsabilité sociale de l'entreprise¹⁵². Si nous partons de cette dernière conception, nous pouvons affirmer que l'investissement socialement responsable englobe la responsabilité sociale de l'entreprise.

65. Fondamentalement, le concept de « responsabilité sociale de l'entreprise » est une coquille vide permettant aux entreprises de signifier aux États et aux organisations internationales qu'elles sont de bonne volonté et qu'il n'est nul besoin de règles hétéronomes, de contrôle juridictionnel et administratif¹⁵³. La responsabilité sociale de l'entreprise traduit très exactement l'idée d'entreprise citoyenne, d'une entreprise dont l'activité, au-delà des contraintes légales, peut et doit intégrer une dimension morale, une dimension éthique dans les domaines sociaux et environnementaux¹⁵⁴. Elle a plusieurs dimensions : environnementale, sociale notamment le respect des

groupe multinational de sociétés, c'est-à-dire un ensemble de sociétés réparties dans des Etats différents et obéissant à une stratégie commune définie par une ou plusieurs sociétés-mères.

¹⁴⁸ Cour d'appel de Paris, 22 mai 1965, J.C.P. 1965. 14274 bis, Conclusions Nepveu ; D.1968, P.147, note R. Contin.

¹⁴⁹ J. Maison rouge, *Problèmes posés par les affaires multinationales* [humanisme et entreprise, avril 1968].

¹⁵⁰ Sur la dimension interne de la RSE à savoir les actionnaires, les salariés et la dimension externe notamment la protection de l'environnement, relations avec les fournisseurs, sous-traitants, associations, ONG, riverains et autorités publiques, V. M. P. Blin-Franchomme, *Entreprise et développement durable, Approche juridique pour l'acteur économique du XXIe siècle*, Lamy, 2011, collection « Axe droit » P.21, n° 6.

¹⁵¹ F. Dejean, *L'investissement socialement responsable, étude du cas français*, Vuibert, 1991, Collection FNEGE, P.12.

¹⁵² V. C. De Brito et alii, *L'investissement socialement responsable*, Economica, 2005, Collection Gestion, série Politique générale, finance et Marketing, P.15-48.

¹⁵³ Isabelle Meyrat, *Le droit du travail à l'épreuve de l'« éthique des affaires »*, Rev. Travail, 2010, P.572.

¹⁵⁴ F. G.Trebulle, *Responsabilité sociale des entreprises [entreprise et éthique environnementale]* N 9, Répertoire de droit des sociétés, mars 2003, dernière mise à jour, janvier 2014.

conditions de travail, droits fondamentaux notamment la prise en compte des droits de l'homme.

Si le droit des affaires englobe des questions qui relèvent, en principe, d'autres branches du droit, il semblait jusqu'à une période récente indifférent au droit de l'environnement¹⁵⁵. Ce que l'on constate, c'est un mutisme du droit OHADA sur les questions environnementales au point que l'on soit tenté de se poser la question de savoir si le droit de l'environnement fait partie du droit des affaires. Si l'on se réfère à l'article 2 du traité de l'OHADA, il faut exclure toute idée d'inclusion du droit de l'environnement dans le droit des affaires¹⁵⁶, à moins que le Conseil des Ministres en décide autrement.

66. Dans la seconde occurrence, il y a l'article 13 du décret n° 2004-627 du 7 mai 2004, décret d'application du code des investissements au Sénégal qui impose aux entreprises éligibles au Code des investissements de se conformer aux exigences environnementales. Il en est de même de l'article de la loi n° 98-05 portant code pétrolier au Sénégal¹⁵⁷, qui dispose que les opérations pétrolières doivent être conduites de manière à assurer la conservation des ressources nationales et à protéger l'environnement¹⁵⁸.

En droit français, la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) ne se résume plus en une démarche volontaire de l'entreprise¹⁵⁹. Cet exemple démontre que la RSE ne résulte pas exclusivement de la *soft law* et qu'elle peut puiser son fondement dans une règle de droit à valeur contraignante, la *hard law*¹⁶⁰. Ils témoignent corrélativement de la vocation des valeurs ou principes éthiques à accéder à la juridicité¹⁶¹.

Pour faire respecter l'environnement, il faut que les consommateurs, les actionnaires réagissent¹⁶² [questions écrites aux dirigeants], les entreprises peuvent également signer des codes de bonne conduite¹⁶³. De même, on peut faire jouer le capital « réputation » et consacrer la responsabilité pénale des personnes morales¹⁶⁴

¹⁵⁵ F. G. Trebulle, *L'environnement en droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, Aspects actuels du droit, Dalloz, 2003, P. 1035.

¹⁵⁶ Pourtant, l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles constitue un acte de commerce par nature au sens de l'article 3 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

¹⁵⁷ J.O.R.S, n° 5786 du 21 février 1998.

¹⁵⁸ V. Egalement l'exposé des motifs de la loi 98-32 du 14 avril 1998 portant code de la pêche maritime, JORS 24 avril 1998.

¹⁵⁹ Voir article L225-102-1 alinéa 5 du code de commerce.

¹⁶⁰ Roxana Family, *La responsabilité sociale de l'entreprise, Du concept à la norme*, Recueil Dalloz, 2013, P.1558 et s.

¹⁶¹ F.G.Trebulle, *Responsabilité sociale des entreprises, op.cit*, n° 28 et s.

¹⁶² Ils vont peut-être verser dans l'activisme actionnarial qui se traduit par la pression que les actionnaires exercent sur les entreprises afin de modifier leur comportement, en les orientant sur des principes de conduite conformes aux valeurs qu'ils défendent. V.F. Dejean, *L'investissement socialement responsable*, op.cit., PP.28-29 qui a cité le cas du révérend Léon Sullivan, administrateur de général Motors qui a édicté un code de conduite à l'intention des sociétés intervenant en Afrique du Sud, afin de lutter contre la discrimination sur les lieux de travail.

¹⁶³ Un auteur (C. Neau-Leduc, *Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, Droit social, 2008, P.75) a fait remarquer l'existence d'accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise. Les accords

67. L'investissement socialement responsable est apparu aux États-Unis et s'est développé en Europe depuis quelques années. Il traduit une démarche d'investissement qui repose sur des critères négatifs : pas d'entreprises polluantes ou faisant travailler des enfants ; ou positifs : seulement des entreprises qui manifestent leur prise en compte de l'environnement, des droits fondamentaux. Se développe de la sorte un actionariat spécifiquement responsable composé de fonds communs de placements qui revendiquent cette particularité¹⁶⁵.

68. Le législateur OHADA a cherché à protéger les dirigeants notamment ceux des sociétés anonymes avec conseil d'administration en consacrant une révocation à tout moment mais pour justes motifs. Seulement, pour l'instant, la procédure de la révocation n'est pas élucidée. Ce qui peut-être ne saurait tarder vu le mouvement de fondamentalisation du droit qui règne depuis un certain temps.

B/ Une probable intégration des principes juridiques processuels en droit des sociétés

69. La distinction droits matériels et droits processuels est toujours d'actualité. Parmi les droits matériels de l'associé, il y a le droit à la transparence, à l'information, aux dividendes, aux réserves et au *boni* de liquidation. Mais, l'associé ou le dirigeant jouit ou doit jouir de droits processuels. En effet, les droits fondamentaux ont envahi tous les droits et le droit des sociétés n'a pas échappé à cette règle. Cette influence peut s'apprécier en matière de révocation des dirigeants sociaux surtout dans les sociétés de capitaux notamment la société anonyme car dans la société en nom collectif, la société à responsabilité limitée et la société en commandite simple, les dirigeants sont révocables pour justes motifs. Ce statut est plus confortable car la référence à de justes motifs de révocation signifie que la décision de révoquer n'est pas discrétionnaire et que les associés doivent être en mesure de formuler des griefs à l'encontre du dirigeant, justifiant qu'il soit mis fin à ses fonctions¹⁶⁶. Le juste motif peut consister en une mésentente entre cogérant qui compromet l'intérêt social ou le fonctionnement de la société¹⁶⁷, une perte de confiance¹⁶⁸.

internationaux relatifs à la responsabilité sociale de l'entreprise sont volontairement négociés et conclus entre une entreprise multinationale et une fédération internationale, représentant les salariés provenant d'une même industrie ou exerçant un métier identique. Ces accords ont pour objet de définir les droits sociaux des salariés des filiales du groupe mondial implantées dans différents pays, voire ceux des sous-traitants et de fixer les engagements sociétaux et environnementaux auxquels l'entreprise entend se conformer.

¹⁶⁴ V.B. Bouloc, *Le domaine de la responsabilité des personnes morales*, Revue des sociétés 1993.P.291. En l'état actuel du droit OHADA, seuls les actes des personnes physiques sont saisis par le droit pénal. Cette situation est loin d'être encourageante en raison non seulement du souci d'indemnisation des victimes des actes délictueux, mais également du risque de manque d'attractivité du droit OHADA qui donneraient carte blanche aux entreprises notamment les multinationales de fonctionner en marge de la légalité sans être inquiétées.

¹⁶⁵ F. G. Trebulle, *Responsabilité sociale des entreprises*, op.cit., n° 27.

¹⁶⁶ F.X. Lucas, *Le principe du contradictoire en droit des sociétés*, in Libertés et droits fondamentaux, CRFPA, sous la direction de R. Cabrillac, 2013, P.838, n° 1123.

¹⁶⁷ Cass. Com. 4 mai 1999, Société Natacha c/ Vessat, Bull.civ. IV, n° 94 ; D.2000. Somm.236, Obs. J.-C. Hallouin. Sur la distinction révocation abusive et irrégulière, V. P.Reigne, *Révocation ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, Rev.soc, 1991. P.499. Si dans la première, on s'intéresse aux motifs, dans la seconde, c'est la forme qui retient l'attention.

Avec l'exigence du respect du contradictoire dans la révocation du dirigeant, il se pose de plus en plus la question de la pertinence de la distinction révocation pour justes motifs et révocation *ad nutum*¹⁶⁹.

70. Dans une décision, le juge a précisé que la révocation du directeur général d'une société anonyme est abusive si l'intéressé n'a pas été en mesure de présenter préalablement ses observations¹⁷⁰.

Ainsi, non seulement lors de la révocation il faut se garder de commettre des fautes, mais également la révocation du dirigeant par l'assemblée ne doit pas se faire dans la précipitation sans audition préalable de l'intéressé¹⁷¹. Faisons remarquer que de plus en plus, la révocation est négociée, encore faudrait-il qu'elle ne soit pas préjudiciable à la société¹⁷².

71. Concernant l'exclusion de l'associé, la jurisprudence considère qu'il doit être convoqué par l'organe habilité à l'exclure, être mis en demeure de préparer sa défense¹⁷³. Viole la loi du 1^{er} juillet 1901 et le principe du respect des droits de la défense une cour d'appel qui tient pour régulière l'exclusion d'un sociétaire au vu d'une lettre le convoquant pour qu'il soit statué sur son exclusion, alors que cette lettre ne faisait pas apparaître les griefs précis formulés à son encontre, condition nécessaire pour lui permettre de présenter utilement sa défense devant l'organe disciplinaire de l'association¹⁷⁴. Malgré les arguments invoqués au soutien de l'application du principe du contradictoire en droit des sociétés, notamment la légitimation de la décision de révoquer ou d'exclure et le souci d'équité, un auteur a relevé l'incohérente application de ce principe en droit des sociétés. Pour lui, il y a une transposition des exigences du procès équitable à une pièce qui n'est pas un procès et qui n'a pas à être équitable¹⁷⁵. Les raisons, loi de la majorité, absence de motivation, le dirigeant ou l'associé ne comparaisse pas devant un tribunal. Ces raisons invoquées sont loin d'être satisfaisantes d'abord parce le contradictoire n'est pas exigé que dans les tribunaux ; ensuite la loi de la majorité n'est pas exclusive du respect du contradictoire.

¹⁶⁸ V. A. Albarian, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, RTD com, 2012, P.1.

¹⁶⁹ V. L'arrêt précurseur en France de l'exigence du respect du contradictoire, Com.26 avril 1994, Pesnelle c/ Ste Autoliv Klippan, Bull.civ. IV, n° 158 ; Rev. Sociétés 1994.725, note D. Cohen. Et pourtant, la Cour de cassation française [Chambre commerciale, 2 juin 1992, Fourmier c. Mesly d'Arloz, Revue des sociétés, 1992, P.750], a décidé que ne donne pas de base légale à sa décision, la Cour d'appel qui accueille une demande d'indemnité présentée par un directeur général révoqué, sans rechercher si la convention, qui prévoyait le versement de cette indemnité, n'avait pas pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation *ad nutum* de l'intéressé.

¹⁷⁰ Cass. Com.26 avril 1994, Pesnelle c/Ste Autoliv Klippan, Bull.civ.IV, n° 158.

¹⁷¹ V. *La contradiction précédant une révocation : recadrage utile* – Paul Le Cannu – Bruno Dondero – RTD com. 2007. 773. En l'espèce, le dirigeant révoqué était en arrêt maladie et l'assemblée s'est prononcé sur son sort sans sa présence.

¹⁷² V. Thomas, *L'aménagement contractuel de la révocation du dirigeant*, note sous Cour de cassation, chambre commerciale du 26 novembre 2013, S. c/ Société de financement du développement de la Polynésie française (SOFIDEP)

¹⁷³ Cass. Civ. 1^e, 3 décembre 1996 et 22 avril 1997, Rev. Sociétés 1997.552, note Y. Guyon.

¹⁷⁴ V. Y. chartier, *Exclusion d'une association et droits de la défense*, note sous Cour de cassation [1^e civ], 19 mars 2002, M. Abihssira c/ Association des centres distributeurs Edouard Leclerc et autres, Rev. Soc[4] oct-déc. 2002, p.736 et s.

¹⁷⁵ F.X.Lucas, *op.cit.*, P.847, n° 1134.

Conclusion

72. Parmi les orientations du législateur OHADA à travers l'AUSCGIE révisé, il y a la facilitation de la création d'entreprise notamment de la SARL par la possibilité accordée aux Etats partie de déroger au capital social minimum¹⁷⁶, l'admission des apports en industrie. Mais cela ne manquera pas de soulever des difficultés¹⁷⁷. Le législateur OHADA à travers la réforme a réconcilié le capital et le travail. Nous sommes dans ce que le Doyen Ripert a appelé « l'entreprise post capitaliste¹⁷⁸ ». En effet, le but poursuivi par l'actionnariat salarié est de substituer au « face à face », le « cote à cote », d'améliorer le climat social au sein de l'entreprise, d'y encourager le dialogue, d'y intéresser, mieux, d'y intégrer les salariés¹⁷⁹

73. Seulement, le droit OHADA, à l'instar de toute règle, doit certes être attractif, mais sans pour autant être instrumentalisé au service du marché¹⁸⁰. Osons le dire, le droit OHADA doit gérer le conflit de préférence entre la préférence commerciale et la préférence environnementale¹⁸¹ car la responsabilité sociale est plus que jamais une réalité juridique¹⁸². Prendre en compte l'environnement, c'est faire mentir le Doyen Ripert qui soutenait que « ces personnes, dites morales, n'ont pas de vie morale¹⁸³ ». Le droit fait l'objet de plusieurs analyses et une nouvelle analyse semble faire son apparition. C'est l'analyse écologique du droit qui peut être définie comme l'étude de l'efficacité de la règle de droit au regard de l'impératif de limiter l'impact de l'activité humaine sur l'environnement¹⁸⁴. Le législateur OHADA est mieux imprégné de l'analyse économique qu'écologique du droit. Il en est de même de l'ignorance du

¹⁷⁶ Ainsi, certains pays tels que le Sénégal, la Côte d'Ivoire (J.O du 18 avril 2014, P.92) ont pris des lois en ce sens. Pour le cas du Sénégal, on peut faire cas de l'institution du Bureau d'appui à la création des entreprises. Ce faisant, il est désormais possible de mettre sur pied une société commerciale en 48 heures. Le BCE (Bureau de création des entreprises) regroupe les services fiscaux (DGID), le greffe pour l'immatriculation, l'agence nationale de la statistique et de la démographie pour le NINEA et l'inspection du travail pour les déclarations d'établissements.

¹⁷⁷ V. Rapport Marini, Sénat, 2001, n° 5, à propos de l'art. 68 bis : « Une telle disposition apparaît démagogique et ne répond pas à la nécessité de lutter contre la sous-capitalisation, qui conduit des sociétés à démarrer avec des aides publiques, sans fonds propres suffisants, et à disparaître au bout d'une ou de deux années. Elle est en outre illusoire, car le recours nécessaire au crédit bancaire se traduira nécessairement par la prise de garanties sur les biens propres du chef d'entreprise, avec toutes les conséquences dramatiques inévitablement provoquées par l'insuccès de la création... »

¹⁷⁸ V. Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* – Jean-Pascal Chazal – RTD civ. 2013. 712

¹⁷⁹ M. Vasseur, *La loi du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises et les principes du droit français*, D.1981, P.63.

¹⁸⁰ V. M.D. Marty, *Mondialisation du droit, chances et risque*, D.1999, P.

¹⁸¹ Zaki, *Mondialisation et droit, op.cit.*, PP.2712.

¹⁸² V. Christine Neau-Leduc, *Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise*, Droit social 2008, P.75.

¹⁸³ V. P. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, 2000, Dalloz, p. 67, V. not. J.-L. DHERSE et Dom H. MINGUET, *L'Éthique ou le Chaos ?*, 1998, Presses de la Renaissance).

¹⁸⁴ G. Henry, *L'analyse écologique du droit : un nouveau champ de recherche pour les juristes*, RTDCom ; 2014.289.

devoir de loyauté du dirigeant¹⁸⁵. Au vu et au su de tous, le législateur OHADA réforme constamment son droit ; la question est arrêtera t-il un jour ? Il est néanmoins possible de méditer sur cette opinion : « l'avenir du capitalisme passe par la restauration de la « société de confiance » c'est-à-dire de cet ensemble d'institutions, de règles normatives ou étatiques, de contrats, sans lesquels la recherche du profit légitimé par tous n'aboutit qu'à l'enrichissement sans cause de quelques uns¹⁸⁶ ».

¹⁸⁵ V. M. Charlotte Piniot, *La corporate governance à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation*, Mélanges AEDBF-France, II, sous la direction de J.P. Mattout et Hubert de Vauplane, 1999.

¹⁸⁶ Institut Montaigne, *Mieux gouverner l'entreprise*, Mars 2003, P.11.

La loi camerounaise du 10 décembre 2010 sur le crédit-bail à l'aune des législations OHADA et CEMAC

La pratique a précédé la loi. C'est ce que l'on peut dire du crédit-bail qui est réglementé au Cameroun depuis cinq ans à peine, plus précisément depuis décembre 2010, alors qu'il y était déjà pratiqué depuis plusieurs années¹⁸⁷. Il est vrai que cette pratique restait assez timide¹⁸⁸ et que l'expansion véritable du crédit-bail se heurtait à divers obstacles dont un obstacle psychologique¹⁸⁹. L'absence d'un régime complet du crédit-bail sans être un obstacle dirimant pouvait, à certains égards, être considérée aussi comme un frein. La loi camerounaise du 10 décembre 2010 peut, dès lors, être considérée comme une avancée considérable.

Le crédit-bail ou leasing en anglais, est une opération qui permet à une personne appelée crédit-bailleur d'acquérir des biens qu'elle loue à un locataire appelé crédit-preneur avec possibilité pour ce dernier d'acquérir la propriété du bien à la fin de la période de location. Le mécanisme habituellement utilisé se présente comme suit. Une entreprise - généralement commerciale ou industrielle - désire acquérir du matériel professionnel. Elle ne dispose pas de moyens financiers pour l'acheter au comptant et elle ne souhaite pas obtenir un crédit classique pour l'acquérir. Elle contacte un établissement de crédit-bail - généralement un établissement de crédit- qui acquiert le matériel auprès d'un fournisseur selon les spécifications du futur locataire et le met à sa disposition. L'établissement de crédit est le crédit-bailleur ou bailleur et l'entreprise qui acquiert le matériel est le locataire ou crédit- preneur. Cette dernière paiera un loyer en contrepartie de la mise à disposition du matériel et bénéficiera de la possibilité de devenir propriétaire à l'issue de la période de location.

Si son utilité est certaine¹⁹⁰, le crédit-bail se caractérise pourtant par sa nature

¹⁸⁷ En 1986-1987, on dénombrait déjà au moins deux établissements de crédit-bail au Cameroun.

¹⁸⁸ Jusque-là, la contribution du crédit-bail au financement de l'économie camerounaise est restée relativement faible. Au 31 décembre 2012, le marché du crédit-bail au Cameroun était seulement de 70 milliards de francs CFA soit 5% du volume des crédits bancaires (source: Cameroon Tribune, lundi 29 juillet 2013, p.16). Dans le même sens pour ce qui est du Sénégal, voir SAMB (M.), Le droit du crédit-bail dans l'espace CEMAC: étude comparée des lois camerounaise et sénégalaise, Revue de l'ERSUMA, n°1, juin 2012, p. 359.

¹⁸⁹ Comme l'observait il y a quelques années un auteur, dans la plupart des pays africains, « la dissociation entre propriété légale et usage économique du bien telle qu'elle est pratiquée par le crédit-bail est souvent mal comprise ». AURILLAC (E.), Le crédit-bail en Afrique, Marchés tropicaux, 2 janvier 1987, p.9. Voir aussi, KALIEU (Y.), Réflexions sur les nouveaux attributs de la propriété: à propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang, 1997, T1, V.1, p. 193 et sv.

¹⁹⁰ Le crédit-bail peut permettre de financer l'acquisition de différents biens tels que les véhicules automobiles, les tracteurs, le matériel médical, le matériel industriel, le matériel informatique, etc. Dans le même sens: JIOGUE (G.), Le crédit-bail in Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux, Actes du colloque International de Libreville organisé par l'ERSUMA, 26 au 28 octobre 2011 à Libreville (GABON), publication de l'ERSUMA, juin 2012, p. 92 et sv.

hybride. Il est à la fois une technique de financement¹⁹¹ et un mécanisme de garantie.

Le crédit-bail est d'abord une technique de financement. En cela, il constitue une opération de crédit et précisément un crédit à moyen ou long terme. L'achat de matériels par l'établissement de crédit-bail représente une forme de prêt accordé à l'entreprise. Pour le locataire, cette forme de crédit est plus avantageuse que d'autres pour plusieurs raisons : absence de lourdeur des formalités, non limitation du montant du crédit, non exigence d'un apport personnel de fonds propres.

Le crédit-bail est ensuite un mécanisme de garantie. La propriété conservée garantit le bailleur contre le non remboursement éventuel des différentes mensualités de loyers. Mais, s'il est admis comme technique de garantie, le crédit-bail n'est pourtant pas une sûreté¹⁹².

Cette nature hybride ajoutée à la spécificité du mécanisme¹⁹³ justifie la soumission du crédit-bail à diverses règles principalement celles du droit bancaire, du droit commercial général et du droit des procédures collectives. Partant, il relève aussi bien du droit communautaire de la CEMAC que du droit uniforme de l'OHADA.

Le crédit-bail n'est pas inconnu de la législation bancaire CEMAC. Il y est réglementé en tant qu'opération de crédit¹⁹⁴. L'article 3 du Règlement COBAC R-2009/02 du 1^{er} avril 2009 portant fixation des catégories des établissements de crédit, de leur forme juridique et des activités autorisées, après avoir défini l'opération de crédit¹⁹⁵, dispose in fine que « Sont assimilés à des opérations de crédit, le crédit-bail et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat »¹⁹⁶. Le crédit-bail est également réglementé par l'article 10 du Règlement n°01/02/CEMAC/ UMAC/ COBAC du 26 janvier 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la Communauté

¹⁹¹ Dans le même sens, PIETTE (G.), *Droit des sûretés*, 5^{ème} éd., Gualiano Lextenso, 2011, p. 196 et sv. Egalement, MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et garanties dans l'espace OHADA*, T. 2, Les sûretés réelles, Ed. Danoïa, 2010, p. 208 et sv. qui, en plus, donne les éléments de comparaison entre le crédit-bail et d'autres techniques comme la location simple et la location-vente.

¹⁹² Sur le crédit-bail utilisé comme garantie, lire : KALIEU (Y.), *Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits*, précité; MINKOA SHE (A.), précité, p. 216, n°827. Le droit OHADA ne consacre pas le crédit-bail comme sûreté malgré la réforme récente qui a introduit les sûretés-propriétés en droit OHADA. En ce sens, KALIEU ELONGO (Y.), *Propriété retenue ou cédée à titre de garantie*, Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE (P.G.), Editions Lamy, 2011, p.1443 et sv.

¹⁹³ Le crédit-bail réunit trois types de contrats : achat, location et promesse de vente ce qui en fait une opération complexe. Sur cette complexité de l'opération, lire : SAMB (M.), *Le droit du crédit-bail dans l'espace OHADA*, précité.

¹⁹⁴ Voir dans le même sens l'article 6 de la Loi-cadre portant réglementation bancaire de l'UEMOA ou encore l'article 7 de la loi du 2 février 2002 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit en République Démocratique du Congo.

¹⁹⁵ Aux termes de cette disposition : « Constitue une opération de crédit pour l'application du présent texte tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ... ».

¹⁹⁶ En cela, le Règlement reprend l'article 6 de l'Annexe à la Convention du 17 janvier 1992 portant Harmonisation de la Réglementation Bancaire dans les Etats de l'Afrique Centrale. Sur ce Règlement en général, lire: KALIEU ELONGO (Y. R.), *Un pas de plus vers l'uniformisation de la législation bancaire CEMAC*, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang*, T.13, 2009, p.5 et sv.

Economique et Monétaire de l’Afrique Centrale qui dispose que « Les opérations autorisées à titre accessoire comprennent (...) les opérations de crédit-bail ».

La législation OHADA pour sa part, traite du crédit-bail dans l’AUPCAP¹⁹⁷ et l’AUDCG¹⁹⁸. L’AUDCG en ses articles 34 et 35 prévoit l’inscription des contrats de crédit-bail au RCCM. L’inscription est prise par le crédit-bailleur ou par le crédit-preneur auprès du greffe de la juridiction compétente du lieu d’immatriculation, du lieu de déclaration ou du domicile du crédit-preneur ou encore, en application de l’article 70 auprès du greffe de la juridiction spécialement désignée à cet effet. L’AUPCAP pour sa part, envisage le crédit-bail aux articles 101 et suivants qui traitent de la revendication du bien par le crédit-bailleur en cas d’ouverture d’une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le crédit-preneur¹⁹⁹.

Toutefois, qu’il s’agisse du droit bancaire CEMAC ou des actes uniformes OHADA, aucune de ces législations n’a organisé complètement le crédit-bail, ce qui n’était pas, du reste, leur objectif²⁰⁰. Aucun des textes cités ne définit la notion de crédit-bail ni n’en fixe le régime. Les dispositions qu’ils contiennent sont donc manifestement insuffisantes pour réguler cette opération.

La législation camerounaise sur le crédit-bail²⁰¹ se veut donc une législation générale qui appréhende l’opération dans tous ses aspects^{202 203}. A l’observation, il apparaît que cette loi comble certaines lacunes des textes existants en ce qu’elle

¹⁹⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif adopté en 1998 et entré en vigueur le 1er janvier 1999.

¹⁹⁸ Acte uniforme portant droit commercial général adopté en 1997 et révisé en décembre 2010.

¹⁹⁹ Sur les conditions de la revendication, voir plus loin. Voir aussi SOUPGUI (E.), Les sûretés conventionnelles à l’épreuve des procédures collectives dans l’espace OHADA, Thèse de doctorat/PhD, Université de Yaoundé II, 2008.

²⁰⁰ L’idée d’une réglementation du crédit-bail en droit OHADA est de plus en plus évoquée. Le crédit-bail a fait d’ailleurs l’objet des matières examinées lors de la réunion du comité des experts de l’OHADA en juin 2014. Le but de cette rencontre qui s’est tenue à Douala les 11, 12 et 13 juin 2014 était d’étudier la faisabilité et l’opportunité de l’extension du droit des affaires OHADA à diverses matières (affacturage, crédit-bail, médiation commerciale, franchise, sous-traitance, coentreprise ou *joint venture*, contrats de partenariat public-privé entre autres).

²⁰¹ Elle constitue avec la loi sénégalaise de décembre 2011 les seules législations nationales régissant actuellement le crédit-bail dans l’espace OHADA. Pour une étude comparée de ces législations, voir : SAMB (M.), Le droit du crédit-bail dans l’espace CEMAC: étude comparée des lois camerounaise et sénégalaise, précité, p. 359 et sv.

²⁰² Les seules dispositions jusque-là applicables étaient celles prévues à l’article 236 du Code général des Impôts et celles qui étaient prévues par le Décret du 3 juillet 1974 portant réglementation des établissements financiers.

²⁰³ Son adoption a été précédée de la création en 2009 de la CAMLEASE (association camerounaise de leasing) qui regroupe un certain nombre d’établissements financiers pratiquant le crédit-bail au Cameroun ainsi qu’un certain nombre d’organismes financiers tels que les sociétés d’assurance. La CAMLEASE entend promouvoir le recours au crédit-bail surtout auprès des PME et contribuer à l’élaboration du cadre d’exercice de l’activité de crédit-bail au Cameroun sur les plan juridique, fiscal et comptable en particulier. En mai 2010, le Cameroun a reçu le 13ème congrès africain de leasing. L’objectif de ce congrès était, entre autres, de vulgariser le crédit-bail et inciter d’autres établissements financiers à développer le leasing parmi les formes de financement offerts à leur clientèle.

élabore un régime quasi-complet du crédit-bail²⁰⁴ (I). Pourtant, il faut également admettre qu'elle loi laisse persister certains vides (II).

I. Les lacunes comblées par la loi : l'élaboration d'un régime quasi-complet du crédit-bail

A travers ses diverses dispositions, la nouvelle loi comble naturellement les insuffisances du droit antérieur. Non seulement elle encadre véritablement l'opération de crédit-bail (A), mais également elle détermine de manière quasi-exhaustive les droits et obligations des parties (B).

A- L'encadrement de l'opération de crédit-bail

Cet encadrement passe tant par une définition du crédit-bail qui jusque-là n'existait pas (1) que par les précisions apportées relativement à la mise en œuvre de l'opération (2).

1. Par la définition du crédit-bail

Désormais, le crédit-bail fait l'objet d'une définition légale en droit camerounais. Celle-ci est contenue dans l'article 3 de la loi de 2010 qui dispose: « Le crédit-bail est une opération de crédit destinée au financement de l'acquisition ou de l'utilisation des biens meubles ou immeubles à usage professionnel. Il consiste en la location des biens d'équipement, de matériel, d'outillage ou de biens immobiliers à usage professionnel, spécialement achetés ou construits, en vue de cette location, par des entreprises qui en demeurent propriétaires. Ces opérations de location, quelle que soit leur dénomination, donnent au locataire la faculté d'acquérir, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu, tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ».

Il ressort de cette définition que le crédit-bail est une opération de crédit. Par conséquent, il est soumis, sauf dérogation, aux règles applicables aux opérations de crédit²⁰⁵ qui sont, pour l'essentiel, issues de la législation bancaire CEMAC précédemment rappelée. Cette définition précise aussi le domaine du crédit-bail qui peut être mobilier²⁰⁶ ou immobilier²⁰⁷. La nature mobilière ou immobilière de l'opération emporte des conséquences sur les mesures de publicité et les règles de transfert de propriété. Cette disposition rappelle par ailleurs que le crédit-bail ne peut être utilisé que dans le cadre des activités professionnelles du crédit-preneur, ce qui

²⁰⁴ La loi va plus loin encore parce qu'elle comporte des dispositions d'ordre procédural (articles 56, 57 et 58) qui ne seront cependant pas abordées dans le cadre de cet article.

²⁰⁵ Dans le même sens: STOUFFLET (J.) et GAVALDA (C.), Droit bancaire, Litec, 4ème éd., 1999, p. 245 qui précisent que le crédit-bail est pratiqué " par des sociétés qui ont le statut de banque ou de société financière".

²⁰⁶ Il s'agit bien évidemment de meubles corporels puisque la loi parle de bien d'équipement, de matériel et d'outillage. Comp. en droit français où le crédit-bail, limité à l'origine aux meubles corporels, a été entendu aux meubles incorporels en particulier aux actions et au fonds de commerce. En ce sens, STOUFFLET (J.) et GAVALDA (C.), Droit bancaire, précité, p. 245; BRANLARD (J.P.), L'essentiel du droit des garanties de paiement, Gualiano éditeur, 2ème éd., 2007, p. 125 et sv. La loi sénégalaise du 3 janvier 2012 (article 2) étend elle aussi expressément le crédit-bail aux meubles incorporels.

²⁰⁷ Il y a là une véritable innovation puisque le crédit-bail n'était pratiqué jusque-là au Cameroun qu'en matière mobilière.

rejoint l'idée qu'il est une technique de financement des entreprises²⁰⁸. On pourrait ajouter que le crédit-bail y est caractérisé par deux éléments que sont la location et l'option d'achat offerte au crédit-preneur.

Au-delà des clarifications qu'elle apporte, cette définition pourra servir de référence pour l'application des autres règles relatives au crédit-bail spécialement celles contenues dans les actes uniformes ou dans la législation CEMAC.

La loi ne définit pas seulement l'opération de crédit-bail, elle définit aussi, de manière assez inattendue, le contrat de crédit-bail lui-même. C'est une « convention dans laquelle le crédit-bailleur donne en location pour une durée ferme et moyennant paiement de loyers au crédit-preneur, des biens acquis par le crédit-bailleur sous indication du crédit-preneur. A cet effet, il est laissé à ce dernier la possibilité d'acquérir à la fin de la convention tout ou partie des biens loués à un prix convenu, tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ». Cette définition fait, à notre avis, double emploi avec la définition précédente puisqu'il est évident que l'opération de crédit-bail ne peut résulter que d'une convention entre deux parties que sont le crédit-preneur et le crédit-bailleur.

La loi va encore plus loin en définissant les parties à l'opération que sont le crédit-bailleur et le crédit-preneur. En précisant que le crédit-bailleur est tout établissement de crédit ou de micro-finance qui finance les opérations de crédit-bail, cette loi se conforme aux règlements CEMAC précités qui autorisent l'exercice de l'activité aussi bien par les établissements de crédit que par les EMF²⁰⁹. Le crédit-preneur, quant à lui, est toute personne physique ou morale qui utilise les biens loués pour les besoins de son activité professionnelle. Le crédit-bail est donc réservé au financement des activités professionnelles²¹⁰. Peu importe que l'activité soit commerciale, industrielle ou libérale, qu'elle soit exercée à titre individuel ou sociétaire.

Après avoir défini le crédit-bail, c'est tout logiquement que la loi précise les règles de mise en œuvre de l'opération.

2. Par les précisions relatives à la mise en œuvre du crédit-bail

La nouvelle loi contribue à coup sûr à la détermination des règles de formation et de dénouement du crédit-bail.

S'agissant de la formation, l'article 4 précise d'abord que le crédit-bail est nécessairement un contrat écrit qui peut être sous seing privé ou notarié. La forme

²⁰⁸ La notion d'entreprise doit être entendue dans un sens large car, peuvent y recourir, non seulement les entreprises commerciales mais également les administrations publiques et les membres de professions libérales. La loi, dans ses dispositions finales (article 62) envisage toutefois la possibilité d'un crédit-bail pour les particuliers qui ferait l'objet d'une réglementation spécifique. A titre de droit comparé, il faut relever que le droit français organise le crédit-bail de type professionnel lorsque les biens sont à usage professionnel et le crédit-bail non professionnel lorsque les biens ne sont pas des biens professionnels. Dans le second cas, les dispositions du code monétaire et financier ne sont pas applicables et les consommateurs bénéficient des dispositions spéciales protectrices contenues dans le code de la consommation. En ce sens : BRANLARD (J.P.), L'essentiel du droit des garanties de paiement, précité, p. 125 et sv.

²⁰⁹ Même s'il est vrai que l'exercice de l'activité par les EMF peut donner lieu à quelques difficultés comme on le verra plus loin.

²¹⁰ Sous réserve du cas du crédit-bail aux particuliers dont il a été fait mention précédemment.

notariée s'impose pour le crédit-bail immobilier. L'écrit doit obligatoirement comporter, à peine de nullité, certaines mentions que sont la durée du crédit-bail, le montant et le nombre des loyers, l'échéancier de paiement des loyers, l'option d'achat offerte au crédit-preneur en fin de contrat, le prix de levée d'option d'achat du bien loué. En plus de ces mentions obligatoires, le contrat peut contenir diverses autres clauses facultatives²¹¹. Le contrat doit ensuite être publié par son inscription au RCCM pour le crédit-bail mobilier ou au livre foncier du lieu de situation de l'immeuble pour le crédit-bail immobilier. L'accomplissement de cette formalité qui incombe au crédit-bailleur ou au crédit-preneur se fait conformément aux dispositions de l'AUDCG auxquelles la loi fait expressément renvoi. Le contrat régulièrement inscrit est opposable aux tiers à compter de la date d'inscription pour toute la durée du contrat.

Même si la loi de 2010 ne le précise pas expressément, l'inscription permet également, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, que le bailleur puisse être personnellement invité, en qualité de créancier inscrit, à produire sa créance (article 79 AUPCAP). Par ailleurs, son accomplissement n'exonère pas les parties des obligations de publicité propres à toute opération portant sur les biens objet du crédit-bail. En plus des mesures de publicité, l'article 29 al.2 reconnaît aussi au crédit-bailleur le droit de sécuriser le matériel pendant la durée du contrat par l'apposition d'un cachet spécial sur le certificat de propriété du bien loué.

Pour ce qui est du dénouement du crédit-bail, il peut intervenir avec ou sans incident.

Il est sans incident lorsqu'à l'arrivée du terme convenu et conformément à l'article 52, le crédit-preneur opte pour l'une des possibilités qui lui sont offertes²¹². En effet, à l'arrivée du terme de location, le preneur peut soit renouveler le contrat, soit restituer le matériel²¹³ soit décider d'en devenir propriétaire en levant l'option d'achat. Dans ce dernier cas, il doit payer un prix résiduel car les loyers payés sont pris en compte dans la détermination du prix de la chose.

Le dénouement comporte des incidents s'il y a défaillance du preneur avant l'arrivée du terme de location. La loi a consacré à cette hypothèse quelques dispositions qu'il faut combiner avec les règles de droit commun. En cas de survenance d'une procédure collective, le crédit-bail, en tant que contrat en cours, ne peut être résolu de plein droit par le crédit-bailleur. L'article 54 (1) dispose d'ailleurs clairement qu' "Une procédure collective engagée contre le crédit-preneur n'entraîne

²¹¹ Portant par exemple sur le régime de responsabilité du crédit-bailleur, les garanties et sûretés offertes par le crédit-preneur, les clauses compromissaires ou attributives de compétence, l'obligation de réparation ou d'assurance du bien par le crédit-preneur.

²¹²Le contrat de crédit-bail peut également prendre fin conformément au droit commun en cas d'impossibilité matérielle de poursuivre l'exécution du contrat notamment, en cas de perte ou destruction totale du bien loué, d'insolvabilité avérée du crédit-preneur, de cas fortuit et de force majeure simplement d'un commun accord (article 53 de la loi de 2010).

²¹³ L'article 55 précise à cet effet que " Les parties doivent obligatoirement mentionner dans le contrat de crédit-bail qu'à l'arrivée du terme ou à l'extinction du crédit-bail, à défaut de lever l'option d'achat, la restitution du bien se fait au crédit-bailleur à l'amiable par exécution spontanée du crédit -preneur à la demande du crédit-bailleur ou à défaut, conformément aux article 21 et 22 de la présente loi".

pas d'office la rupture du contrat de crédit-bail". Seul le syndic décidera ou non de la continuation du contrat. En cas de continuation, le crédit-bailleur sera à la fois créancier antérieur et créancier postérieur et bénéficiera des protections accordées aux différentes catégories de créanciers. L'article 54 en ses alinéas 2 et 3 semble pourtant prévoir des dispositions dérogatoires à ces règles de droit commun en disposant que :

" (2) Dans cette hypothèse), le crédit-preneur a la possibilité de poursuivre l'exécution de ses obligations conformément aux termes du contrat, étant entendu que tous les loyers dus au titre du contrat de crédit-bail à la date d'ouverture d'une procédure collective du crédit-preneur, échus ou à échoir, sont payables selon leurs montants et leurs dates d'exigibilité conformément aux conditions générales et particulières du contrat de crédit-bail. (3) Si le crédit-preneur soumis à la procédure collective ne peut continuer à honorer ses engagements, le crédit-bailleur a la faculté d'user de tous les recours prévus dans le contrat de crédit-bail et dans la présente loi".

L'encadrement de l'opération de crédit-bail est complété par la détermination des droits et obligations des parties.

B- La détermination des droits et obligations des parties au contrat de crédit-bail

Reprenant la pratique en la matière tout en s'inspirant du droit étranger, la loi de 2010 détermine de façon quasi-complète les droits et obligations du crédit-bailleur et du crédit-preneur. Elle n'ignore pas toutefois le caractère triangulaire de l'opération de crédit-bail qui fait intervenir le fournisseur auprès duquel le crédit-bailleur acquiert le bien objet du contrat²¹⁴. C'est la raison pour laquelle quelques dispositions sont consacrées au fournisseur dans ses relations avec les autres parties²¹⁵. Si l'importance de ces relations ne peut être ignorée, elle occupe cependant une place moindre. C'est ce qui justifie que la loi ait consacré plus de dispositions à la définition des droits et obligations du crédit-bailleur (1) et du crédit-preneur (2).

1. La systématisation des droits et obligations du crédit-bailleur

La législation camerounaise sur le crédit-bail reconnaît de nombreux droits, garanties et privilèges au crédit-bailleur.

Le crédit-bailleur a d'abord tous les droits tenant à sa qualité de propriétaire. Il conserve la propriété du bien pendant toute la durée du crédit-bail et même après son extinction à moins que le preneur ne lève l'option d'achat²¹⁶. C'est pourquoi le

²¹⁴ Il convient d'ailleurs de préciser que la relation entre le fournisseur et le crédit-preneur précède parfois celle entre celui-ci et le crédit-bailleur. Dans tous les cas, la conclusion et même l'exécution du contrat de vente précèdent la conclusion du contrat de crédit-bail proprement dit. Dans le même sens: JOGUE (G.), *Le crédit-bail in Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, Actes du colloque International de Libreville, précité, p. 92 et sv. Voir aussi MINKOA SHE (A.), précité, p. 210 qui qualifie les contrats entre le fournisseur et le bailleur de "contrats préparatoires".

²¹⁵ Les articles 41 à 43 précisent les droits et obligations du fournisseur.

²¹⁶ Article 11 de la loi de 2010. C'est pourquoi en cas de défaillance du crédit-preneur, il peut récupérer le bien en évitant le concours des autres créanciers. Dans le même sens, PIETTE (G.), *Droit des sûretés*, précité, p. 197. Egalement: ALBIGES (C.) et DUMOND - LEFRAND (M.P.), *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, Collection Hypercours, 2007, n°650. Le crédit-bailleur ne subit pas l'arrêt des poursuites individuelles et son action n'est enfermée dans aucun délai.

crédit-bail est proche de la clause de réserve de propriété²¹⁷. En effet, "la garantie principale du crédit-bailleur repose sur le droit de propriété"²¹⁸. Et parce qu'il est propriétaire, le crédit-bailleur jouit pendant la durée du crédit-bail de tous les droits légaux attachés au droit de propriété²¹⁹ sans en supporter toutefois toutes les obligations²²⁰.

Le crédit-bailleur bénéficie aussi d'autres droits de moindre importance comme le droit de visite, le droit de céder tout ou partie des privilèges, droits et obligations issus du contrat sans le consentement du crédit-preneur, à charge pour lui de l'en informer par tout moyen ou encore le droit aux indemnités d'assurance prévu par l'article 28²²¹.

Le contrat de crédit-bail peut, en plus des droits légaux, conférer d'autres droits au crédit-bailleur. Celui-ci bénéficie même d'un privilège légal²²² dont l'utilité peut être discutée si ce n'est qu'il confère une protection excessive au crédit-bailleur qui se trouve déjà très souvent en position économique de domination par rapport au preneur. Les contrats de crédit-bail sont en plus des contrats pré rédigés par les établissements de crédit-bail et proposés aux clients c'est-à-dire en fait des contrats d'adhésion.

A ces droits, s'ajoutent les garanties et privilèges reconnus au crédit-bailleur et qui ont pour but de lui assurer le recouvrement de sa créance ou de son bien en cas de défaillance du crédit-preneur.

²¹⁷ Désormais considéré en droit OHADA comme une sûreté régie par les articles 72 et sv. de l'AUS.

²¹⁸ STOUFFLET (J.) et GAVALDA (C.), Droit bancaire, précité, p. 248, n°514. Dans le même sens: MINKOA SHE (A.), Droit des sûretés et garanties dans l'espace OHADA, T. 2, précité, p. 209 qui affirme avec force que " ... au lieu d'apparaître simplement comme un créancier titulaire de sûretés plus ou moins efficaces, cet établissement (de crédit) a la qualité juridique de propriétaire, ce qui lui assure, en cas de non paiement, des loyers par l'utilisateur, une garantie très forte: il pourra reprendre son bien sans entrer en concours avec les autres créanciers".

²¹⁹ L'article 13 ajoute que " le droit de propriété du crédit-bailleur sur le bien loué ne souffre d'aucune restriction, ni limitation d'aucune sorte par le fait que le bien est utilisé par le crédit-preneur ou par le fait que le contrat permet au crédit-preneur d'agir comme mandataire du propriétaire dans les opérations juridiques ou commerciales avec les tiers connexes à l'opération de crédit-bail". Cette disposition peut paraître surabondante à notre sens.

²²⁰ C'est le crédit-preneur qui supporte toutes les obligations légales mises à la charge du propriétaire, dans les conditions et limites fixées au contrat de crédit-bail (article 12). C'est l'une des conséquences de la dissociation de la propriété juridique et de la propriété économique du bien objet du crédit-bail.

²²¹ Cet article dispose : " En cas de perte partielle ou totale du bien loué, le crédit-bailleur a seul vocation à recevoir les indemnités d'assurance portant sur le bien loué nonobstant la prise en charge par le crédit-preneur des primes d'assurances souscrites et sans qu'il soit besoin d'une délégation spéciale offerte à cet effet".

²²² Se fondant sur l'article 179 AUS qui prévoit la possibilité de création de nouveaux privilèges, le législateur camerounais a institué le privilège du crédit-bailleur qui passe après tous les privilèges de l'ancien article 107 (devenu article 180 AUS) puisque le crédit-bailleur ne sera payé qu'en 7ème position. L'article 25 de la loi précise les conditions d'exercice de ce privilège qui doit être inscrit dans les six (06) mois suivants la fin du contrat au RCCM ou au livret foncier lorsqu'il s'agit du crédit-bail immobilier. Cette inscription conserve le privilège pendant trois (03) ans à compter du jour où elle a été prise. Son effet cesse, sauf renouvellement demandé, avant l'expiration de ce délai.

En premier lieu et s'inspirant de l'AUPSRVE²²³, la loi accorde au crédit-bailleur le droit à l'exécution forcée en cas de défaillance du crédit-preneur ainsi que le droit de recourir à l'injonction de restituer pour rentrer en possession de son bien ou de prendre des mesures conservatoires de saisie sur les biens meubles ou immeubles du crédit-preneur²²⁴. En second lieu, le crédit-bailleur bénéficie des garanties qui découlent du droit des procédures collectives. L'article 21 rappelle à juste titre le droit de revendication du crédit-bailleur en disposant que "lorsque le crédit-preneur, qui n'a pas payé un ou plusieurs termes des loyers fait l'objet d'une procédure collective judiciaire, le crédit-bailleur ne peut revendiquer le bien loué que dans les conditions prévues par les articles 101 et suivants de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif"²²⁵. L'exercice du droit de revendication fondé sur le droit de propriété du crédit-bailleur est bien sûr exclusif de toute autre poursuite exercée sur le bien²²⁶. Mais, l'exercice de la revendication suppose au préalable la production de la créance conformément aux articles 78 et sv. AUPCAP²²⁷. Cette production porte sur le montant des loyers échus et non réglés au moment de l'ouverture de la procédure. Lorsque la sûreté aura été inscrite comme cela est d'ailleurs exigé, les créanciers seront personnellement invités à produire leurs créances conformément à l'article 88 AUPCAP.

En contrepartie de ses droits, seules quelques obligations sont mises à la charge du crédit-bailleur²²⁸.

Il est essentiellement tenu à l'égard du crédit-preneur²²⁹ de garantir une jouissance paisible du bien loué. C'est la garantie d'éviction qui ne couvre cependant

²²³ Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution.

²²⁴ L'article 26 de la loi de 2010 dispose: "Le crédit-bailleur peut, pour la sauvegarde de sa créance sur le crédit-preneur, prendre toute mesure conservatoire de saisie sur les biens meubles ou immeubles du crédit-preneur".

²²⁵ Comparer en droit français où l'action en revendication a été supprimée. Le crédit-bailleur doit seulement demander la restitution de la chose objet du contrat - tout au moins dans le cas du crédit-bail portant sur un bien professionnel (en ce sens: BRANLARD (J.P.), L'essentiel du droit des garanties de paiement, précité, p. 129).

²²⁶ De sorte que le rappel fait par l'article 20 en ce sens est tout à fait inutile. Cet article dispose : "En cas de procédure engagée par les tiers contre le crédit-preneur, notamment la dissolution amiable ou judiciaire ou l'une des procédures collectives prévues par la législation, le bien loué échappe à toutes poursuites des créanciers de celui-ci, chirographaires ou privilégiés, quels que soient leur statut juridique et leur rang, et considérés individuellement ou constitués en masse dans le cadre d'une procédure collective judiciaire". Il ne faut cependant pas exclure totalement les hypothèses où certains créanciers pourraient, à divers titres, exercer des droits sur le bien objet du crédit-bail.

²²⁷ Un auteur estime que cette procédure ne serait pas suffisamment protectrice des droits des bailleurs et propose une procédure simplifiée. En ce sens : JIOGUE (G.), Le crédit-bail in Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux, précité, p. 92 et sv.). Cette proposition est selon nous injustifiée et elle entraînerait une rupture d'égalité entre les créanciers revendiquants dont les crédits-bailleurs ne sont qu'une catégorie.

²²⁸ C'est peut-être parce que, comme le dit un auteur : " le crédit-bailleur n'entend pas jouer de rôle commercial dans l'opération et son souci est de limiter son intervention à un rôle financier" (MINKOA SHE, précité, p. 212, n°820).

²²⁹ A l'égard du fournisseur, il est tenu, conformément à l'article 17, de payer le prix convenu pour l'acquisition du bien.

que les troubles de jouissance survenus de son fait, du fait de ses ayants droit ou de ses préposés. Malgré sa qualité de propriétaire du bien, le crédit-bailleur n'est tenu ni de la garantie des vices cachés ni de l'obligation d'entretien de la chose louée. En cas de non respect de ses obligations, le crédit-bailleur engage uniquement sa responsabilité contractuelle à l'égard du crédit-preneur²³⁰.

2. L'énumération des droits et obligations du crédit-preneur

Comme pour le crédit-bailleur, la loi a précisé aussi bien les droits que les obligations du crédit-preneur.

Le législateur rappelle d'abord les droits essentiels du crédit-preneur. Celui-ci dispose, à titre principal, d'un droit d'option. Prévu par l'article 52²³¹, c'est le droit pour lui de devenir propriétaire de la chose à l'issue de la période de location en levant l'option d'achat soit sous la forme prévue au contrat soit par lettre recommandée adressée au crédit-bailleur quinze jours au moins avant la date d'expiration du contrat soit par le paiement de la valeur résiduelle du bien au crédit-bailleur avant l'extinction de la période de location. Le crédit-preneur acquiert de plein droit la propriété du bien loué dès la date où intervient la levée d'option sauf clause contractuelle contraire. Le transfert de propriété quant à lui s'effectue dans les conditions de droit commun en fonction de la nature du bien. A ce droit fondamental, s'ajoutent d'autres droits tels que le droit d'usage et de jouissance à compter de la date de livraison du bien et pendant toute la durée de la location, le droit de céder tout ou partie des droits issus du contrat s'il a préalablement obtenu le consentement écrit du crédit-bailleur ou encore le droit d'agir en réparation contre le bailleur en cas de défaillance de celui-ci dans l'accomplissement de ses obligations légales ou contractuelles.

Ensuite, la loi énumère les obligations du preneur qui sont plus lourdes que celles du bailleur. La principale est celle de payer les loyers qui représentent la contrepartie du droit d'usage et de jouissance. En cas de défaut de paiement, le crédit-bailleur dispose de plusieurs options légales: il peut laisser le bien au crédit-preneur et exiger le paiement des loyers échus et le paiement anticipé des loyers à échoir ainsi que le prix de la valeur résiduelle du bien au terme de la période ferme de location; il peut récupérer le bien, ce qui vaut résiliation du contrat et éventuellement exiger du preneur, des pénalités prévues dans le contrat ou, à défaut, des dommages-intérêts fixés par la juridiction compétente. Toutes ces mesures doivent néanmoins être précédées d'une mise en demeure préalable dans les conditions de droit commun. D'autres obligations se greffent à cette obligation principale comme les obligations d'entretien²³², de conservation et de restitution du bien. Le crédit-preneur doit exploiter le bien loué en bon père de famille en veillant à sa bonne conservation et en l'exploitant dans les conditions normales. Il doit aussi le maintenir dans l'état où il a été livré, compte tenu de l'usure consécutive à l'usage normal. La conservation du

²³⁰ L'article 19 apporte toutefois quelques restrictions à la responsabilité du crédit-bailleur.

²³¹ Aux termes de cet article, le crédit-preneur peut, à l'expiration de la durée ferme de location : lever l'option en achetant le bien loué pour sa valeur d'option telle que fixée au contrat ; renouveler la location pour une période et moyennant un loyer à convenir entre les parties ; restituer le bien loué au crédit-bailleur dans l'état où il a été loué en tenant compte de l'usure consécutive à un usage normal.

²³² En général, la distinction n'est pas faite selon qu'il s'agit de charges locatives ou non. Contrairement aux règles de droit commun, toutes ces charges sont mises entièrement à la charge du locataire.

bien peut nécessiter qu'il soit spécialement entretenu conformément aux dispositions contractuelles ou suivant les exigences du fabricant. L'obligation de restitution intervient au terme de la période de location lorsque le crédit-preneur n'a pas levé l'option d'achat ou n'a pas renouvelé le contrat de location. Si le crédit-bailleur estime que le bien a fait l'objet d'un mauvais usage ou d'un mauvais entretien au regard de son état, il le reçoit en émettant des réserves qu'il communique de suite au crédit-preneur qui dispose d'un délai bref de trois jours ouvrables pour donner suite aux dites réserves. Le crédit-bailleur peut refuser de recevoir le bien et saisir le cas échéant la juridiction compétente afin d'engager la responsabilité contractuelle du crédit-preneur qui est par ailleurs responsable de la perte, du vol et de la détérioration du bien. Il répond aussi des dommages causés aux tiers du fait de la possession ou du fonctionnement du bien loué²³³ et peut couvrir sa responsabilité par une police d'assurance contractée auprès d'une société agréée par le crédit-bailleur. S'il détourne le bien ou refuse de le restituer ou de le représenter, il s'expose aux sanctions prévues par l'article 318 du code pénal²³⁴.

Toutes les lacunes comblées par la loi sont quelque peu ternies par les confusions dont certaines de ses dispositions sont à l'origine.

²³³ Cette responsabilité ne s'étend pas toutefois aux dommages causés par les vices qui engagent la responsabilité du fournisseur ou du fabricant.

²³⁴ Il s'agit ici de la sanction prévue pour l'abus de confiance et qui correspond à une peine d'emprisonnement de 5 à 10 ans et une amende de 100 000 à 1 000 000 fca (art. 318 du code pénal).

II. Les vides laissés par la loi : la clarification insuffisante du statut des établissements de crédit-bail

S'il y a une insuffisance que l'on peut relever dans la nouvelle législation camerounaise, c'est bien le statut des établissements de crédit-bail. Ce statut aurait certainement mérité, au regard de son intérêt, plus d'attention: une uniformisation ou, à tout le moins, plus de clarification.

Les particularités que comporte indéniablement le crédit-bail justifient que son exercice soit réservé à certains acteurs uniquement. C'est pourquoi, allant dans le même sens que les législateurs étrangers, le législateur camerounais limite l'exercice de l'activité de crédit-bail à des établissements spécialisés. Mais, contrairement à d'autres pays, où le crédit-bail est pratiqué uniquement par les établissements de crédit, la loi camerounaise prévoit que le crédit-bail peut être pratiqué aussi bien par les établissements de crédit que par les établissements de microfinance (EMF). Si l'extension de l'activité de crédit-bail aux EMF s'imposait pratiquement au législateur camerounais (A), on peut regretter que la nouvelle loi ne contienne pas suffisamment d'éléments d'élaboration d'un statut unificateur des différents établissements de crédit-bail (B).

A- La disparité de statut des établissements de crédit-bail, conséquence de l'extension du crédit-bail aux établissements de microfinance

Tel qu'organisé par la loi camerounaise, le crédit-bail peut être pratiqué tant par les établissements de crédit que par les EMF²³⁵. Ce faisant, la loi camerounaise n'a pas véritablement innové. Elle s'est simplement conformée à la législation bancaire CEMAC et en particulier au Règlement du 1er avril 2009 relatif aux formes juridiques des établissements de crédit et des activités autorisées et au Règlement du 26 janvier 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC. L'article 10 de ce second Règlement dispose : « Les opérations autorisées à titre accessoire comprennent : (...) les opérations de crédit-bail ». Les établissements de crédit et de microfinance sont donc légalement autorisés à exercer des activités de crédit-bail.

S'agissant des établissements de crédit, seule une catégorie peut pratiquer le crédit-bail. Il s'agit des établissements financiers²³⁶ qui se distinguent des autres établissements de crédit en ce qu'ils ne peuvent pas recevoir de fonds du public à vue ou à moins de deux ans de terme²³⁷. Habituellement, leurs sources de financement sont constituées des fonds propres et des emprunts auprès d'autres établissements ou de la banque centrale. Ils peuvent également faire appel public à l'épargne s'ils sont cotés en bourse. Ces établissements se caractérisent aussi par leur capital social

²³⁵ Le monopole est donc accordé de fait à ces deux catégories d'acteurs à l'exclusion de tout autre.

²³⁶ Aux termes de l'article 8 du Règlement: "Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banques universelles, banques spécialisées, établissements financiers ou sociétés financières".

²³⁷ Sur la classification des établissements de crédit, voir : KALIEU ELONGO (Y.), Un pas de plus vers l'uniformisation de la législation bancaire dans la CEMAC, précité, p. 5 et sv.

minimum²³⁸. En général, il s'agit de filiales d'établissements bancaires spécialisés dans le crédit-bail²³⁹.

Pour ce qui est des EMF, rien ne s'oppose, sur le principe, à l'exercice de l'activité de crédit-bail par ces établissements dès lors qu'ils y sont autorisés par la COBAC. Toutefois, l'extension du crédit-bail à cette catégorie d'acteurs bancaires peut donner lieu à quelques difficultés. La première vient de ce que l'activité de crédit-bail ne peut être exercée par les EMF qu'à titre accessoire alors que pour les établissements de crédit, elle constitue une activité principale. La seconde, et la plus importante, résulte de ce qu'il existe plusieurs catégories d'EMF qui répondent à des critères différents de classification en fonction de leur forme sociale ou de leur capital social minimum par exemple²⁴⁰.

Dès lors, autoriser l'exercice de l'activité de crédit-bail par les EMF sans précision, amène à se poser immédiatement la question de savoir quelles sont les catégories d'EMF habilitées à exercer l'activité autrement dit tous les EMF sans distinction de catégorie peuvent-ils accomplir les opérations de crédit-bail? Notre avis est que, au-delà de l'autorisation préalable de l'autorité communautaire de contrôle qui peut être moyen de contrôler l'exercice de cette activité fut-elle accessoire, l'activité de crédit-bail devrait être exercée uniquement par les EMF de 2ème catégorie. La raison en est que l'exercice de cette activité nécessite des moyens financiers importants. L'établissement de crédit-bail doit en effet avoir les moyens d'acquérir les biens objet du contrat de crédit-bail. De plus, il s'agit très souvent d'une opération de crédit, à moyen ou long terme. Or, seuls les EMF de 2ème catégorie du fait de leur forme sociale et de leur capital social minimum peuvent mobiliser de tels moyens²⁴¹. Il convient de rappeler que les établissements financiers, seule catégorie d'établissements de crédit autorisée à pratiquer le crédit-bail ne sont pas autorisés à collecter l'épargne et ne fonctionnent qu'avec leurs capitaux propres ou des fonds provenant des emprunts. De plus, la gestion " au quotidien " des opérations de crédit-bail nécessite des moyens matériels et humains suffisamment importants.

Faute de limiter l'activité de crédit-bail aux seuls établissements de crédit ou uniquement à certaines catégories d'EMF, ce qui aurait été contraire à la législation

²³⁸ Ce montant minimum est de 2 milliards de francs Cfa..

²³⁹ Selon l'importance de l'activité, ils pourraient être spécialisés par exemple pour le crédit-bail immobilier ou le crédit-bail mobilier uniquement.

²⁴⁰ Les EMF sont classés en trois catégories: les EMF de première catégorie procèdent à la collecte de l'épargne de leurs membres qu'ils emploient en opérations de crédit exclusivement au profit de ceux-ci; il ne leur est pas imposé de capital social minimum. Les établissements de microfinance de deuxième catégorie pour leur part, collectent l'épargne et accordent le crédit aux tiers; ils doivent avoir un capital social minimum de 50 millions de F Cfa et être constitués en SA. Quant aux EMF de troisième catégorie, ils accordent des crédits sans exercer l'activité de collecte et d'épargne; ils travaillent avec leurs ressources propres. En cela, ils se rapprochent des établissements financiers. Leur capital social minimum est de 25 millions de F Cfa sauf pour les projets.

²⁴¹ Par contre, les EMF de 1ère catégorie devraient en être exclus au regard de l'absence de capital social minimum imposé et en raison de ce qu'ils ne peuvent traiter qu'avec les membres. Il en est de même des EMF de 3ème catégorie qui doivent être également exclus du fait de leur capital social relativement faible - voire inexistant pour ce qui est des projets - lorsqu'on le compare au capital social minimum des établissements financiers.

CEMAC, les rédacteurs de la loi de 2010 auraient pu saisir l'occasion de ce texte pour élaborer un statut commun à tous les établissements pratiquant le crédit-bail. Il se serait agi par exemple de poser des exigences supplémentaires aux EMF souhaitant exercer cette activité²⁴².

B - La solution possible : l'élaboration d'un statut commun aux établissements de crédit-bail

La nécessité d'un statut commun des établissements de crédit-bail - compte non tenu de leur qualité d'établissement de crédit ou de microfinance - n'a pas totalement échappé au législateur camerounais. Mais, pour l'instant, il ne l'a envisagé que sur les plans fiscal et comptable.

S'agissant des règles comptables, l'article 59 de la nouvelle loi prévoit que " Les règles comptables applicables aux contrats de crédit-bail sont celles du plan comptable des Etablissements de crédit arrêté par la Commission bancaire de l'Afrique Centrale et les textes modificatifs subséquents"²⁴³. On déduit de cette disposition dont la clarté ne fait pas de doute que les établissements de microfinance qui pratiquent le crédit-bail sont soumis de facto aux normes comptables applicables aux établissements de crédit et non aux règles comptables propres aux établissements de microfinance²⁴⁴. Ces règles étant plus rigoureuses, elles permettront indirectement de contrôler l'activité des EMF pratiquant cette activité.

Sur le plan fiscal et aux termes de l'article 60, la nouvelle loi prévoit que " Les dispositions fiscales applicables au crédit-bail sont régies par les dispositions du Code général des Impôts applicables en la matière". Le législateur a opté ici également pour l'uniformisation du régime fiscal des établissements de crédit-bail compte non tenu de leur qualité d'établissement de crédit ou de microfinance. Il est vrai que le souci, à travers un régime fiscal propre, est surtout celui de rendre plus attractive l'activité de crédit-bail pour les entreprises qui le pratiquent²⁴⁵.

Le législateur aurait pu cependant aller plus loin dans la recherche d'un statut commun aux établissements de crédit-bail en envisageant par exemple une forme sociale unique pour les établissements de crédit-bail²⁴⁶, un capital social minimum commun ou en élaborant des normes prudentielles et de gestion propres à ces établissements.

²⁴² Il est vrai que par le biais de l'agrément ou de l'autorisation préalable, la COBAC pourrait en fait limiter l'accès à cette activité aux EMF présentant certaines garanties.

²⁴³ Ces normes sont celles contenues dans différents Règlements dont le principal est le Règlement COBAC R-98 /01 du 15 février 1998 relatif au plan comptable des établissements de crédit tel que modifié par l'Instruction COBAC I-2002/01 du 20 mars 2002 (Voir Recueil de textes relatifs aux établissements de crédit et aux établissements de microfinance, Jurisafrika, éd. 2012, p. 517 et sv.).

²⁴⁴ Ces règles font l'objet de règlements communautaires spécifiques. Voir Recueil de textes relatifs aux établissements de crédit et aux établissements de microfinance, Jurisafrika, éd. 2012, p. 631 et sv.

²⁴⁵ Concrètement, ce régime fiscal consiste en des avantages fiscaux accordés à ces établissements. Voir en ce sens, MINKOA SHE (A.), Droit des sûretés et garanties dans l'espace OHADA, précité, p. 209. Egalement: AURILLAC (E.), Le crédit-bail en Afrique, précité, p. 9 et sv.

²⁴⁶ Alors que les établissements financiers sont nécessairement des SA, les EMF peuvent prendre diverses formes (associations, mutuelles, sociétés coopératives, etc.). Seuls les EMF de 2^e catégorie ont l'obligation de se constituer sous forme de SA.

En attendant cette harmonisation éventuelle du statut des établissements qui pratiquent le crédit-bail au Cameroun, il faut conclure en disant que, malgré les insuffisances que comporte la loi de 2010, elle constitue désormais une législation propre au crédit-bail. Cette législation était sinon attendue du moins souhaitée. Reste maintenant à espérer que ce cadre juridique, inspire d'autres législateurs nationaux et surtout contribue à rassurer tous les opérateurs économiques qui souhaiteraient recourir au crédit-bail pour améliorer leur activité. Ainsi, comme sous d'autres cieux, le crédit-bail pourra contribuer effectivement à la croissance des entreprises et particulièrement des PME maillon essentiel de notre tissu économique.

**Yvette Rachel
KALIEU ELONGO
Professeur agrégée de droit privé
Université de Dschang**

LE FORMALISME DE LA SAISIE IMMOBILIERE EN DROIT OHADA

Par

Guy Saturnin TSETSA

Magistrat,

Juge au Tribunal de Grande Instance d'Owando, R. Congo

[E-mail : guytsetsa@gmail.com](mailto:guytsetsa@gmail.com)

INTRODUCTION

La saisie immobilière est une procédure permettant à un créancier muni d'un titre exécutoire²⁴⁷ de poursuivre la vente d'un bien immobilier appartenant à son débiteur afin de se faire payer sur le prix de vente. Elle constitue l'ultime recours²⁴⁸ du créancier souvent excédé par la défaillance de son débiteur²⁴⁹, lorsque ce n'est pas le caractère récalcitrant de ce dernier qui le contraint à s'y résoudre pour obtenir, enfin, le paiement de sa créance²⁵⁰.

Pourtant, la mise en œuvre de cette procédure n'est pas toujours aisée, la saisie immobilière est une procédure très formaliste, complexe, onéreuse et longue dont le succès est tributaire de la maîtrise des arcanes de la procédure, mais aussi de la dextérité de l'huissier instrumentaire.

La saisie immobilière exige du poursuivant le respect d'un formalisme assez rigoureux dont l'inobservation devra anéantir la procédure ainsi entreprise. Ce formalisme se déduit aisément de l'article 246 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUBE) aux termes duquel « *le créancier ne peut faire vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions qui suivent. Toute convention contraire est nulle* ». Ce texte doit être perçu comme une injonction faite au poursuivant de respecter les formalités exigées dans la mise en œuvre de cette procédure. En dépit de cette obligation, il sied de noter que toutes les formalités ne seront pas accomplies uniquement par le poursuivant, d'autres doivent être remplies par le saisi, le tiers détenteur, l'adjudicataire, le surenchérisseur, le greffier, voire le conservateur des hypothèques.

Pour prétendre satisfaire aux exigences de ce formalisme, le poursuivant doit établir un calendrier des diligences à accomplir dès le déclenchement de la procédure.

²⁴⁷ Certes, l'art.247 al.2 de l'AUBE permet de pratiquer une saisie immobilière sur le fondement d'un titre exécutoire par provision, ou pour une créance non encore liquidée, cependant l'adjudication ne peut être effectuée qu'en vertu d'un titre définitivement exécutoire et après la liquidation.

²⁴⁸ S'agissant du créancier chirographaire, l'art.28 AUBE lui fait obligation de procéder d'abord à la saisie des biens meubles du débiteur ; et ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ceux-ci qu'il est autorisé à pratiquer une saisie immobilière. Toutefois, cette restriction ne s'applique pas au créancier hypothécaire ou privilégié.

²⁴⁹ Il a été décidé que faute pour le créancier chirographaire d'avoir d'abord procédé à la saisie des biens meubles du débiteur dont l'existence est prouvée par un procès verbal qui en fait l'inventaire, la saisie immobilière pratiquée doit être déclarée nulle cf.TGI, Mounjo, jugement N°15/CIV du 07 décembre 2006, Aff. Maître LANKEUH Senghor, Mme LANKEUH née KOUAGANG Margueritte, C/ Sieur NGAMOU Théophile, Ohadata J-09-251.

²⁵⁰ En principe cette créance est incontestable pour la simple raison qu'elle a été, au préalable, consacrée par un titre exécutoire bien avant le déclenchement de la procédure.

Chaque formalité doit être accomplie dans un délai précis, dont l'inobservation sera sanctionnée par la déchéance. Le poursuivant doit se livrer à ce qu'il convient d'appeler « *une course contre la montre* » pour tenir les délais étant entendu que le non respect de délai dans l'accomplissement d'un seul acte peut avoir des conséquences désastreuses pour la suite de la procédure. C'est ce que souligne la doctrine en ces termes : « *un des inconvénients de cette procédure (saisie immobilière) résulte de ces délais en cascade : l'inobservation de l'un d'eux emporte déchéance de l'acte et l'irrégularité se reporte sur les actes suivants et affecte de nullité toute la procédure*²⁵¹».

Le respect des délais participe du renforcement du formalisme de cette voie d'exécution spécifique. D'ailleurs, l'on ne peut dissocier le respect des délais du formalisme de la procédure, les deux concepts étant de notions limitrophes aux frontières mouvantes, se confondant par moment, et donnant à la saisie immobilière *in fine*, le visage bicéphale de Janus.

La saisie immobilière exige d'observer le formalisme qui jalonne chaque étape de la procédure, des incidents soulevés à la distribution du prix de l'immeuble (II), la même obligation pèse au demeurant sur chaque partie pouvant avoir des prétentions à faire valoir dans la procédure. L'étendue de cette exigence ne devra être comprise qu'au regard des formalités à accomplir (I)

I. De la saisie à la vente de l'immeuble : les formalités à remplir

La saisie immobilière exige du poursuivant l'accomplissement des formalités prescrites, à peine de nullité. Le poursuivant se doit d'accomplir toute les formalités dans l'ordre établi. En dépit du fait que la CCJA ait raté l'opportunité de se prononcer sur la question pour prescrire au poursuivant un calendrier à suivre dans l'accomplissement des actes²⁵², il va de soi que dans l'accomplissement de ces différentes formalités, le poursuivant doit observer une certaine chronologie, dictée, elle-même, par la nature intrinsèque des actes à accomplir dans la structuration globale de la procédure. Ce sera en effet, une curiosité procédurale que d'admettre qu'un acte soit accompli avant un autre alors que la validité du second acte est tributaire de la régularité premier.

A- les formalités relatives à la saisie de l'immeuble

Certaines formalités doivent être accomplies avant la tenue de l'audience éventuelle, d'autres le seront postérieurement à celle-ci. Néanmoins, certains préalables sont obligatoires pour le déclenchement de la procédure.

1) Les formalités préalables au déclenchement de la procédure

²⁵¹S. GUICHARD, T. MOUSSA (dir), Droit et pratiques des voies d'exécution, Dalloz Action, 2010-2011, p.1327

²⁵² CCJA, Arrêt n°25 du 15 Juillet 2004, Aff. Dame M c/ Société Commerciale de Banque Crédit Lyonnais dite SGB-CL.

Au nombre des formalités à accomplir avant le déclenchement de la procédure figurent l'immatriculation préalable de l'immeuble et la délivrance d'un pouvoir spécial à l'huissier de justice instrumentaire.

a)- l'immatriculation préalable de l'immeuble à exproprier

D'emblée il importe de noter que seuls les immeubles immatriculés peuvent faire l'objet d'une saisie immobilière. De ce fait, lorsque l'immeuble à exproprier n'est pas immatriculé, le poursuivant doit requérir l'immatriculation préalable conformément aux dispositions de l'article 253 de l'AUVE. Aux termes de cette disposition *« si les immeubles devant faire l'objet de la poursuite ne sont pas immatriculés et si la législation nationale prévoit une telle immatriculation, le créancier est tenu de requérir l'immatriculation à la conservation foncière après y avoir été autorisé par décision du président de la juridiction compétente de la situation des biens, rendue sur requête et non susceptible de recours »*. Le second alinéa ajoute, *« qu'à peine de nullité, le commandement visé à l'article 254 ci-après ne peut être signifié qu'après le dépôt de la réquisition d'immatriculation et la vente ne peut avoir lieu qu'après la délivrance du titre foncier »*.

Pour ce faire, le poursuivant doit solliciter et obtenir du président du Tribunal de Grande Instance du lieu de la situation de l'immeuble une ordonnance aux fins d'immatriculation forcée de l'immeuble à exproprier. Cette ordonnance, dit l'article 253 AUVE, est *« insusceptible de recours »*.

Le poursuivant doit solliciter l'immatriculation de l'immeuble non pas à son nom, mais au nom du débiteur conformément à la législation nationale sur l'immatriculation foncière. En droit positif congolais, l'immatriculation est régie par la loi de Finance n°17/2000 du 30 décembre 2000 portant Régime de la Propriété Foncière au Congo. Selon l'article 48 de ce texte, *« en matière de saisie, la réquisition d'immatriculation est établie au nom du débiteur par le créancier saisissant ou son représentant qui y joint la copie certifiée conforme du commandement aux fins de saisie immobilière. Il y joint également tous les titres de propriétés, contrats, actes publics ou privés, documents quelconques de nature à faire connaître les droits réels existants sur l'immeuble et qui pourraient se trouver entre ses mains »*.

La lecture combinée des dispositions des articles 253 de l'AUVE et 48 de loi précitée appelle quelques observations. Alors que l'AUVE indique que le commandement ne peut être signifié qu'après le dépôt de la réquisition, la loi congolaise sur la propriété foncière fait obligation au poursuivant de joindre la copie certifiée conforme du commandement à la réquisition d'immatriculation, ce qui, a priori, paraît contradictoire. Pourtant, la contradiction n'est qu'apparente, et pour cause, l'Acte Uniforme ne sanctionne le commandement de nullité que s'il est signifié avant le dépôt de la réquisition.

b)- la délivrance du pouvoir spécial aux fins de saisie immobilière

L'autre formalité à accomplir avant le déclenchement de la procédure proprement dite, est la délivrance du pouvoir spécial aux fins de saisie immobilière à l'huissier de

justice instrumentaire²⁵³. La saisie immobilière étant une mesure lourde de conséquence, la doctrine estime qu'il n'est pas admis de présumer le pouvoir donné à l'huissier de justice sans la présentation d'un acte matériel qui lui confère le pouvoir de saisir. C'est donc ce pouvoir qui autorise l'huissier de saisir la propriété immobilière de son débiteur, au nom et pour le compte du saisissant. Le défaut de ce pouvoir est sanctionné par la nullité de la procédure (Art. 254).

Ce pouvoir doit être signé de la main du créancier poursuivant ou de son mandataire, l'avocat poursuivant n'étant pas habilité à le délivrer. S'agissant d'une saisie diligentée par une personne morale, il appartient à son représentant légal de le délivrer. A ce sujet, il a été décidé qu'à défaut d'avoir la qualité de directeur d'une société conformément aux dispositions des articles 414 et suivants de l'AUSCGIE et faute de justifier d'un pouvoir spécial pour agir au nom de cette société comme le prévoit l'article 254 AUVE, une personne ne peut délivrer un pouvoir aux fins de saisie immobilière au nom d'une société commerciale²⁵⁴. Le pouvoir spécial peut être sous seing privé ou sous la forme d'un acte authentique²⁵⁵.

Le pouvoir spécial doit être délivré uniquement qu'à l'huissier de justice instrumentaire. Il sera déclaré nul s'il a été libellé au nom d'un huissier autre que l'huissier de justice instrumentaire²⁵⁶, à condition bien entendu de justifier d'un préjudice. Ainsi dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 9 mars 2006, pour rejeter le pourvoi régularisé par le débiteur, la CCJA a décidé entre autres que « *les requérants ne justifiant pas de préjudice par eux subis du fait de la désignation d'un autre huissier pour procéder à la saisie, ne peuvent demander l'annulation du commandement* »²⁵⁷. C'est dire que même lorsque l'irrégularité est avérée, conformément à l'article 297 de l'AUVE, le plaideur qui entend obtenir l'annulation de l'acte de ce chef, doit justifier le préjudice que lui aurait causé ladite irrégularité.

2)-le déclenchement de la procédure

La saisie immobilière débute par la signification du commandement de saisie, suivie du dépôt de cahier des charges au greffe du tribunal.

a)- Le commandement aux fins de saisie immobilière

Le commandement aux fins de saisie immobilière est un acte dressé par un huissier de justice. A cet effet, il est soumis aux dispositions régissant les actes d'huissier. Il doit contenir l'entête de l'huissier instrumentaire, être daté, signé et contenir toutes les autres mentions utiles pour la validité de l'acte, ajoutées à cela les mentions obligatoires propres à la saisie immobilière²⁵⁸. Il doit également être enregistré

²⁵³ P-G. POUGOUE, F. TEPEPI KOLLOKO, La saisie immobilière dans l'espace OHADA, éd. PUA, Coll. Vade-mecum, 2005, p.21.

²⁵⁴ TGI du Mounjo, Jugement N°36/Civ du 20 avril 2006, Aff. Tchamda Frida c/ La Société CICAM-SOLICAM et La Société Générale des Banques au Cameroun dite SGBC, ohadata J-07-150.

²⁵⁵ S. GUICHARD, T. MOUSSA (dir), op.cit p.1321.

²⁵⁶ T.civ. Bergerac, 11 févr.1959, IV, 3389.

²⁵⁷ CCJA, 2^{ème} chambre, arrêt n°2 du 9 mars 2006, Aff. Monsieur L.E. Société Camerounaise de transformation dite SOCATRAF c/ Caisse Commune d'Épargne et d'Investissement, dite CCEI-Bank S.A. devenue Afriland First Bank S.A., Le Juris-ohada n°3/2006, P.5. Ohadata J-07-09, recueil de jurisprudence CCJA, n°7 p.20.

²⁵⁸ N. FRICERO, Procédures Civiles d'Exécution, gualino, lextenso éditions, 2^e éd.2010, p.163.

conformément aux dispositions des articles 61 et 100 du Code Général des Impôts, à peine de nullité.

Si le commandement aux fins de saisie est considéré comme un acte déclencheur des poursuites, c'est à cause des effets qu'il produit dès sa publication. A la vérité, le commandement non encore publié ne constitue qu'un acte préalable à la saisie qui peut être assimilé à une mise en demeure de payer les sommes réclamées dans un délai de vingt (20) jours. Dépassé ce délai, ledit commandement sera publié à la Conservation des Hypothèques et de la Propriété foncière et vaudra, à dater de cette publication, saisie réelle du bien immobilier du débiteur. Il sera précisé que si par extraordinaire, le débiteur qui a reçu signification du commandement s'avise à payer sa dette, les poursuites s'arrêtent.

L'huissier de justice, personnage central dans la mise en œuvre de la saisie, doit accorder une attention soutenue à la rédaction du commandement, tant il est vrai qu'une négligence avérée de sa part peut être constitutive d'une faute susceptible d'engager sa responsabilité²⁵⁹

Le commandement aux fins de saisie immobilière est signifié au débiteur saisi ou au tiers détenteur, le cas échéant, dans les conditions fixées par les articles 254 et 255 de l'AUVE. Conformément aux dispositions de l'article 254, toute poursuite en vente forcée doit être précédée d'un commandement aux fins de saisie lequel doit contenir à peine de nullité :

- 1) La reproduction ou la copie du titre exécutoire et le montant de la dette ainsi que les noms, prénoms et adresses du créancier et du débiteur et, s'il s'agit d'une personne morale, ses forme, dénomination et siège social ;
- 2) La copie du pouvoir spécial de saisir donné à l'huissier ou à l'agent d'exécution par le créancier poursuivant, à moins que le commandement ne contienne, sur l'original et la copie, le bon pour pouvoir signé de ce dernier ;
- 3) L'avertissement que, faute de payer dans les vingt (20) jours, le commandement pourra être transcrit à la conservation foncière et vaudra saisie à partir de sa publication ;
- 4) L'indication de la juridiction où l'expropriation sera poursuivie ;
- 5) le numéro du titre foncier et l'indication de la situation précise des immeubles faisant l'objet de la poursuite ; s'il s'agit d'un immeuble non encore immatriculé, le numéro de la réquisition d'immatriculation ; et, s'il s'agit d'impenses réalisées par le débiteur sur un terrain dont il n'est pas propriétaire, mais qui lui a été affecté par une décision d'une autorité administrative, sa désignation précise ainsi que la référence de la décision d'affectation ;
- 6) La constitution de l'avocat chez lequel le créancier poursuivant élit domicile et où devront être notifiés les actes d'opposition au commandement, offres réelles et toutes significations relatives à la saisie ».

Lorsque les poursuites sont déclenchées contre un tiers détenteur, l'article 255 précise qu'à peine de nullité, le commandement est signifié le cas échéant au tiers détenteur avec sommation, soit de payer l'intégralité de la dette en principal et intérêts, soit

²⁵⁹ Cass. 1^{er} Civ. 11 oct. 1994, Bull.civ. n°284 D.1994.inf. rap. P.243.

enfin de subir la procédure d'expropriation. Le délaissement se fait au greffe de la juridiction compétente de la situation des biens, il en est donné acte par celle-ci.

La signification à tiers détenteur vise à informer le tiers de la mesure de saisie en cours en vue de susciter les contestations éventuelles, bien entendu, lorsque le tiers détenteur a des prétentions à faire valoir.

1) -La publication du commandement

Peu après la signification du commandement, le poursuivant doit procéder à la formalité de la publication. Celle-ci s'effectue par le dépôt du commandement auprès du conservateur des hypothèques lequel vise l'original du commandement et à qui copie est remise pour la publication. Si le conservateur ou l'autorité administrative concernée ne peut procéder à l'inscription du commandement à l'instant, il fait mention sur l'original qui lui est laissé de la date et de l'heure du dépôt(Art259);

Le conservateur procède à la formalité de publication conformément à l'article 71 de la loi sur la propriété foncière précitée. A partir de cette date, aucune inscription nouvelle ne peut être prise sur l'immeuble pendant que la procédure suit son cours. En vertu de l'article 260 AUVÉ, les commandements présentés postérieurement à la publication ne peuvent plus faire l'objet d'une publication, ils seront simplement mentionnés en marge de celui déjà publié dans l'ordre de présentation avec les nom, prénoms, domicile du nouveau poursuivant et l'indication de l'avocat constitué. Le Conservateur des Hypothèques constate également, en marge et à la suite du commandement présenté, son refus de transcription et il mentionne chacun des commandements entièrement transcrits ou mentionnés avec les indications qui y sont portées et celle de la juridiction où la saisie est faite.

Il importe de relever que si aux termes de l'article 257 AUVÉ, lorsque la saisie porte sur plusieurs immeubles simultanément, un seul commandement peut être établi pour tous les immeubles, l'on peut utilement s'interroger sur le mutisme du législateur OHADA s'agissant de la publication simultanée de plusieurs commandements portant sur le même immeuble. Cette préoccupation a retenu l'attention du législateur français lequel a préconisé à l'article 20 du décret du 27 juillet 2006²⁶⁰ que « *si la publication de plusieurs commandements valant saisie du même immeuble est requise simultanément, seul est publié le commandement qui mentionne le titre exécutoire portant la date la plus ancienne. Lorsque des titres portent la même date, seul le commandement le plus ancien est publié ; si les commandements sont de la même date, seul est publié celui dont la créance en principal est la plus élevée.* » Avant la réforme intervenue en 2006, l'article 679 de l'ancien code de procédure civile avait retenu une solution différente²⁶¹.

Après la publication du commandement, le débiteur ne peut aliéner l'immeuble, ni le grever d'un droit réel ou des charges. En vertu de l'article 263 de l'Acte Uniforme, les

²⁶⁰ Il s'agit du décret d'application de l'ordonnance N°2006-461 du 21 avril 2006 portant réforme de la saisie immobilière, (JO 22 avr. 2006, p.6068).

²⁶¹ Ce texte disposait que si la publication de plusieurs commandements est requise simultanément, seul peut être publié le commandement qui mentionne le titre exécutoire portant la date la plus ancienne ; si les titres portent la même date, le commandement le premier en date et si les commandements portent la même date, celui dont la publicité est requise à la diligence de l'avocat le plus ancien.

fruits naturels ou industriels, les loyers et fermages recueillis postérieurement au dépôt du commandement ou le prix qui en provient sont, sauf l'effet d'une saisie antérieure, immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble. Ils sont déposés, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'un séquestre désigné par le président du tribunal compétent.

Le législateur OHADA fait remonter l'effet de l'indisponibilité des biens attachés à la saisie non pas à la date de la publication effective du commandement, mais à la date du dépôt du commandement. Or, le dépôt du commandement à la conservation foncière n'implique pas nécessairement sa publication, le conservateur des hypothèques étant investi du pouvoir de rejeter cette publication dès lors que les conditions requises par la loi ne sont plus réunies. Une difficulté peut alors surgir lorsque le poursuivant qui a obtenu la mise sous séquestre des loyers générés par l'immeuble à saisir après le dépôt du commandement à la conservation, a vu sa demande de publication rejetée par le conservateur dont la décision est par la suite confirmée par une décision de justice. Dans ces conditions, le débiteur peut utilement solliciter la mainlevée de la mesure de séquestre en tirant argument de la décision intervenue. Le législateur a voulu faciliter la mise sous main de justice des fruits générés par l'immeuble à saisir pour éviter que ceux-ci soient distraits par le saisi alors que la procédure est en cours.

Nonobstant cette indisponibilité de principe, force est de constater, en pratique, que le débiteur continue de percevoir les loyers et autres revenus générés par l'immeuble saisi. Cela est dû au fait que le poursuivant ne sollicite pas cette mesure. Il appartient donc au poursuivant de saisir le président du Tribunal de Grande Instance compétent d'une requête juste après le dépôt du commandement à la conservation sans attendre la publication effective de celui-ci.

2)-Le délai de la publication

Le commandement doit être publié dans un délai de trois mois pour dater de la signification. Selon les dispositions de l'article 259 alinéa 3 de l'AUVE, si un commandement n'a pas été déposé au bureau de la conservation foncière ou à l'autorité administrative concernée dans les trois mois de la signification, puis effectivement publié, le créancier ne peut reprendre les poursuites qu'en les réitérant. Cette disposition impartit un délai maximum de trois mois au poursuivant pour procéder à la publication du commandement, faute de quoi, il devra réitérer son commandement, c'est-à-dire, le renouveler. Il s'agit ici d'une hypothèse classique de la péremption du commandement connue en jurisprudence. En droit français, l'article 674 de l'ancien code de procédure civile qui avait inspiré le législateur OHADA fixait ce délai à quatre-vingt-dix (90) jours. Depuis la réforme introduite par l'ordonnance du 21 avril 2006²⁶² portant réforme de la saisie immobilière, ce délai a été ramené à deux mois. En dernière analyse, il importe d'indiquer que l'article 259 AUVE ne fixe qu'une date butoir au delà de laquelle le commandement encourt la

²⁶²Art.18 du décret du 27 juillet 2006 suscité.

péremption. De ce fait, théoriquement, le poursuivant a toute latitude pour faire publier son commandement sans délais après la signification.

Par ailleurs, La lecture de l'article 254 alinéa 3 de l'AUVE selon lequel le commandement contient à peine de nullité « *l'avertissement que, faute de payer dans les vingt (20) jours, le commandement pourra être transcrit à la conservation foncière et vaudra saisie à partir de sa publication* » peut laisser supposer que le législateur OHADA accorde un délai de vingt (20) jours au poursuivant pour procéder à la publication du commandement. Le délai de vingt (20) jours indiqué par ce texte n'est pas un délai d'attente imposé au poursuivant avant la publication du commandement, il s'agit plutôt d'un délai imparti au débiteur pour honorer sa dette²⁶³. Le saisissant peut procéder à la publication du commandement sans devoir attendre l'expiration dudit délai. Il peut même procéder à cette formalité le lendemain de la signification du commandement. Cependant, si le débiteur venait à honorer sa dette dans ce délai, le poursuivant qui aurait fait publier le commandement devra supporter les frais pour obtenir sa radiation. Aussi est-il conseillé d'attendre l'expiration de ce délai avant de procéder à la publication.

b)- La rédaction du cahier des charges

L'article 266 de l'AUVE définit le cahier des charges comme un document rédigé et signé par l'avocat du créancier poursuivant qui précise les conditions et modalités de la vente de l'immeuble saisi. Il est déposé au greffe du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel se trouve l'immeuble dans un délai maximum de cinquante (50) jours à compter de la publication du commandement à peine de déchéance. A peine de nullité, le cahier des charges contient les mentions suivantes :

- 1) l'intitulé de l'acte ;
- 2) l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel les poursuites sont exercées contre le débiteur et du commandement avec la mention de sa publication ainsi que des autres actes et décisions judiciaires intervenus postérieurement au commandement et qui ont été notifiés au créancier poursuivant ;
- 3) l'indication de la juridiction ou du notaire convenu entre le poursuivant et le saisi devant qui l'adjudication est poursuivie ;
- 4) l'indication du lieu où se tiendra l'audience éventuelle prévue par l'article 270 ci après;
- 5) les nom, prénoms, profession, nationalité, date de naissance et domicile du créancier poursuivant;
- 6) les nom, qualité et adresse de l'avocat poursuivant ;
- 7) la désignation de l'immeuble saisi contenue dans le commandement ou le procès verbal de description dressé par l'huissier ou l'agent d'exécution ;
- 8) les conditions de la vente et, notamment, les droits et obligations des vendeurs et adjudicataires, le rappel des frais de poursuite et toute condition particulière ;
- 9) le lotissement s'il y a lieu ;

²⁶³ Tribunal régional hors classe de Dakar, audience éventuelle, jugement du 2 novembre 1999, Société Générale de Banque au Sénégal dite SGBS c/ Ady NIANG, Ohadata j-03-268.

10) la mise à prix fixée par le poursuivant, laquelle ne peut être inférieure au quart de la valeur vénale de l'immeuble. La valeur de l'immeuble doit être appréciée, soit au regard de l'évaluation faite par les parties lors de la conclusion de l'hypothèque conventionnelle, soit, à défaut, par comparaison avec les transactions portant sur des immeubles de nature et de situations semblables.

Au cahier des charges, est annexé l'état des droits réels inscrits sur l'immeuble concerné délivré par la conservation foncière à la date du commandement.

Les formalités édictées par cette disposition étant prescrites à peine de nullité, la rédaction du cahier des charges doit mobiliser l'attention de l'avocat poursuivant, l'omission de certaines mentions devra donner lieu à des contestations. Néanmoins, même en présence d'une irrégularité avérée, le contestataire devra justifier d'un grief afin d'obtenir la nullité du cahier des charges de ce chef, puisqu'en vertu de l'article 297 alinéa 2, les formalités prescrites par ce texte (Art.266) ne sont sanctionnées par la nullité que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque.

Il est permis de relever que le fait pour le poursuivant de ne pas avoir annexé l'état des droits réels inscrits sur l'immeuble saisi délivré par la conservation foncière à la date de l'inscription du commandement n'emporte pas nullité du cahier des charges. En réalité, la sanction de la nullité prévue par cette disposition ne concerne que les dix premiers points du premier alinéa, cette position a été rappelée par la CCJA²⁶⁴ dans un arrêt d'une grande portée jurisprudentielle. Malgré cette jurisprudence, la question continue de nourrir les débats dans les prétoires des tribunaux. Ainsi dans une affaire soumise à l'appréciation du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Brazzaville, la débitrice saisie soulevait la nullité du cahier des charges, motif pris de ce que le poursuivant avait omis d'annexer audit cahier, l'état des droits réels inscrits sur l'immeuble saisi délivré par la conservation foncière à la date de la publication du commandement. Sur le fondement de l'article 266 de l'AUVE, ce tribunal a décidé que « *l'omission de l'annexion au cahier des charges, de l'état des droits réels inscrits sur les immeubles saisis délivré par la conservation foncière à la date de la publication du commandement n'emporte pas nullité du cahier des charges* »²⁶⁵.

Si l'Acte Uniforme définit le cahier des charges comme un document précisant les conditions et modalités de la vente de l'immeuble saisi, sa nature juridique est une question âprement débattue par la doctrine avant que la jurisprudence y apporte une réponse. Alors que certains considèrent le cahier des charges comme un simple projet contenant les clauses et conditions de la vente projetée²⁶⁶, d'autres par contre estiment qu'il constituait une convention ayant force exécutoire entre le saisissant, les

²⁶⁴ CCJA, arrêt N° 033/2007 du 22 nov 2007, Aff. Compagnie des Transport commerciaux dite COTRACOM C/ La Banque Internationale de l'Afrique de l'Ouest (recueil de jurisprudence N°10 juil.-Déc. P.23, Ohadata J-08-243.

²⁶⁵ TGI, Brazzaville, audience éventuelle, jugement du 05 oct.2012, rôle civil N°359, Aff. La Banque congolaise de l'Habitat dite BCH c/ La Société Hyper Impex.

²⁶⁶G. COUCHEZ, Voies d'exécution, 10^e éd. 2010, Sirey, pp.234, selon l'auteur, le cahier des charges n'est à l'origine n'est qu'un projet dans la mesure où, en conséquence du règlement des éventuelles contestations dont il peut faire l'objet, il est susceptible de modification.

créanciers, le saisi et l'adjudicataire²⁶⁷. Cette dernière conception a été approuvée par la Deuxième chambre de la Cour de Cassation²⁶⁸. Pour respectable qu'elle soit, cette conception est incomplète à notre avis. En effet, avant la tenue de l'audience éventuelle, le cahier des charges qui n'est qu'un document précisant les conditions et modalités de la vente de l'immeuble saisi, ne peut avoir un caractère obligatoire pour les parties pour qu'il puisse être assimilé à une convention ayant force exécutoire dès lors que certaines de ses clauses ont vocation à être modifiées ou supprimées par un dire ou par le tribunal dans l'exercice de son pouvoir de contrôle sur les conditions de la vente projetée. De sorte que le cahier des charges n'acquiert véritablement le caractère conventionnel qu'après l'audience éventuelle²⁶⁹, la solution apportée aux contestations ainsi soulevées pouvant bouleverser substantiellement les conditions de la vente²⁷⁰.

Cinquante (50) jours au plus tard après la publication du commandement, le poursuivant est tenu de déposer le cahier des charges au greffe du Tribunal de Grande Instance du lieu de la situation de l'immeuble. Ce délai est prescrit à peine de déchéance (art.266 AUVÉ).

Contrairement à une certaine pratique qui consiste à déposer le cahier des charges au greffe après le dépôt du commandement à la conservation foncière sans devoir attendre la publication effective, en se complaisant de la seule mention « arrivée le 18 novembre 2013 » par exemple, apposée sur l'original du commandement, l'article 266 de l'AUVÉ fait remonter le dies a quo pour la computation des délais de cinquante (50) jours à la date de publication effective du commandement. En clair, c'est la date de l'inscription du commandement au registre foncier qui marque le premier jour dans la computation des délais. Or, en déposant le cahier des charges au greffe au vu de la date du dépôt du commandement à la conservation, le saisi pourra soulever l'irrégularité de la procédure si l'inscription du commandement intervient postérieurement à la date du dépôt du cahier des charges. C'est le sens du pourvoi régularisé par devant la CCJA dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 juillet 2004 précité²⁷¹. Dans cette procédure le commandement avait été déposé à la conservation foncière le 14 septembre 2000, celui-ci sera effectivement publié le 12 octobre 2000 alors que le cahier des charges avait été déposé le 27 septembre 2000. Le demandeur au pourvoi s'estimait donc fondé de solliciter la nullité des poursuites engagées aux motifs entre autres, que le cahier des charges avait été déposé au greffe du tribunal antérieurement à la publication du commandement à la conservation foncière. Répondant à ce moyen, la CCJA a décidé dans un attendu aussi limpide que contestable, que « l'article 262, en son alinéa 1^{er} aux termes duquel en cas de non paiement, le commandement vaut saisie à compter de son inscription n'a pas pour objet de déterminer l'ordre de l'accomplissement des formalités de la saisie

²⁶⁷H. CROZE, C.LAPORTE, Guide Pratique de la Saisie Immobilière, LexisNexis, Litec, 2^e éd. 2010, coll. Litecprofessionnels, p.71.

²⁶⁸ Cass. 2^e civ. 1^{er} déc.1976 N°74-14.584, Bull.civ II, N°323 ; Jcp 1981 II, 19561 ; Cass. 2^e civ. 14 janv.1981 ;Bull. civ II, N°3 ; Cass. 2^e civ. 2 juill. 1986 : Bull. civ II, N° 102 ; D.1987, p.110, note J. Prévaut.

²⁶⁹ Civ.2^e, 2 juill. 1986, n°85-12.884, Bull. civ.II, n°102.

²⁷⁰ L'exemple le plus éloquent est celui de la modification de la mise à prix.

²⁷¹ Affaire Dame M c/ Société Commerciale de Banque Crédit Lyonnais dite SGB-CL (précitée).

immobilière, mais de préciser le point de départ des effets du commandement à l'égard du débiteur saisi et de certains tiers qu'il situe au jour où celui-ci est publié ». Certains auteurs²⁷² ont souligné pertinemment que la CCJA n'avait pas bien compris la préoccupation du demandeur au pourvoi puisqu'il ne s'agissait pas des formalités au sens de l'article 297 alinéa 2, mais plutôt des délais dont la sanction est la déchéance. Il va de soi que le saisissant doit respecter une certaine chronologie dans l'accomplissement des formalités.

c)- La sommation de prendre communication du cahier des charges

Le cahier des charges déposé au greffe, le poursuivant doit sommer le saisi et les créanciers inscrits, le cas échéant, d'en prendre communication et d'y insérer leurs dires. Cette sommation doit être faite à personne ou à domicile s'agissant du débiteur saisi, à domicile élu en ce qui concerne les créanciers inscrits (Art.269).

Il s'agit d'une obligation légale à laquelle le poursuivant ne doit se soustraire sous aucun prétexte. Cette exigence s'inscrit dans le souci de toucher les personnes intéressées par la saisie afin qu'elles puissent faire valoir leurs moyens de défenses dans la mesure où l'exercice de leur action peut être de nature à anéantir la procédure en cours²⁷³, mais aussi d'éviter des éventuelles contestations tirées du caractère non contradictoire de la procédure; encore faut-il que l'huissier instrumentaire puisse servir ladite sommation à personne, à domicile ou à domicile élu. Car il est déjà arrivé que l'huissier instrumentaire puisse servir la sommation de prendre communication du cahier des charges à parquet ou à Mairie, en faisant sans doute un rapprochement insolite avec la citation à parquet ou à mairie. Le poursuivant, auteur de cette bourde peut toujours justifier son impéritie par le fait qu'il est sans nouvelles de son débiteur dont il ignore d'ailleurs le domicile, le saisi ayant déménagé de son précédent domicile à la cloche de bois soit. Cependant en dépit de ces arguments, le législateur OHADA fait obligation au poursuivant de faire les diligences nécessaires pour servir la sommation à personne ou à domicile et cette disposition ne doit souffrir d'aucune entorse. Aussi a-t-il été décidé que la sommation de prendre communication du cahier des charges doit être déclarée nulle dès lors que sa signification n'a pas été faite en la personne du débiteur, mais plutôt à parquet, en la personne du Substitut du Procureur de la République au mépris des prescriptions de l'article 269 alinéa 2 de l'AUVE²⁷⁴.

²⁷²P-G. POUGOUE, F. TEPEI KOLLOKO, op.cit. p.39 Voir aussi B. DIALLO, La saisie immobilière en droit OHADA vue par le juge suprême, commentaire de l'arrêt CCJA n°25 du 15 Juillet 2004 Affaire Dame M c/ Société Commerciale de Banque Crédit Lyonnais dite SGB-CL. Jurifis, édition spéciale N°12, Octobre 2012, p.44, ohata D-13-16, l'analyse faite par ces auteurs est de plus pertinente et mérite d'être saluée.

²⁷³ P-G. POUGOUE, F. TEPEI KOLLOKO, op.cit p.43, ces auteurs citent l'exemple du vendeur impayé dont l'exercice de l'action en résolution de ladite vente aura pour conséquence la sortie de l'immeuble du patrimoine du saisi, rendant ainsi la procédure de saisie immobilière entreprise sans objet.

²⁷⁴ CCJA, 1^{ère} chambre, arrêt N° 060 du 30 décembre 2008, Aff. Banque Internationale de l'Afrique de l'Ouest dite BIAO-CI c/ 1- Monsieur S. 2-Madame C. Juris Ohada N)1/2009, Janvier- mars p.39 ; Ohadata J-09-269.

Il est aussi arrivé que le poursuivant fasse fi de l'obligation à lui faite de servir sommation au débiteur et se limite de déposer le cahier des charges au greffe, le saisi n'apprenant l'existence de la procédure que par le biais du greffe lequel lui a notifié un avis d'audience à laquelle était jointe le cahier des charges!

La sommation de prendre communication du cahier des charges doit contenir certaines mentions. Aux termes de l'article 270 de l'AUVE, Cette sommation indique, à peine de nullité :

- 1) les jour et heure d'une audience dite éventuelle au cours de laquelle il sera statué sur les dires et observations qui auraient été formulés, cette audience ne pouvant avoir lieu moins de trente (30) jours après la dernière sommation ;
- 2) les jour et heure prévus pour l'adjudication qui doit avoir lieu entre le trentième et le soixantième jour après l'audience éventuelle ;
- 3) que les dires et observations seront reçus, à peine de déchéance jusqu'au cinquième jour précédant l'audience éventuelle et qu'à défaut de former et de faire mentionner à la suite du cahier des charges, dans ce même délai, la demande en résolution d'une vente antérieure ou la poursuite de folle enchère d'une réalisation forcée antérieure, ils seront déchus à l'égard de l'adjudicataire de leur droit d'exercer ces actions.

Dans les huit (08) jours, au plus tard, après le dépôt du cahier des charges, le poursuivant doit servir au saisi et aux créanciers inscrits, sommation de prendre communication, au greffe, du cahier des charges et d'y faire insérer leurs dires (art.269). Ce délai aussi bref soit-il doit être respecté par le poursuivant étant entendu que sa violation est sanctionnée par la déchéance (art.297 al.1). Le poursuivant doit faire toutes les diligences pour servir cette sommation au saisi dans les délais prescrits même lorsque ce dernier est domicilié hors du ressort du tribunal devant lequel le cahier des charges a été déposé. La question reste posée dans l'hypothèse où celui-ci est domicilié à l'étranger, les dispositions de l'article 39 du Code de procédure Civile, Commerciale, Administrative et Financière ne pouvant s'appliquer en cette matière et l'Acte Uniforme n'ayant pas prévu de prorogation des délais en raison des distances. Dans cette optique, le poursuivant devra faire preuve d'ingéniosité afin de toucher le débiteur. Nous osons espérer que le législateur OHADA prendra en compte cette préoccupation lors de la révision de l'Acte Uniforme à venir.

d)-Le dépôt des dires et observations

Le saisi qui a pris connaissance de la teneur du cahier des charges doit faire valoir ses prétentions au moyen des écritures intitulées « *dires et observations* ». L'article 270 AUVE lui impartit un délai assez bref, jusqu'au cinquième jour précédant l'audience éventuelle pour déposer ses dires. Le saisi ne doit pas attendre la tenue de l'audience éventuelle afin de déposer ses dires et observations. Ceux-ci doivent être déposés impérativement au greffe juste après avoir pris connaissance de la teneur du cahier des charges. Il s'agit d'une date butoir à laquelle il ne peut être dérogé. En cas d'inobservation, la déchéance sera encourue.

B - De l'audience éventuelle à l'adjudication de l'immeuble

Avant de poursuivre la vente par l'adjudication de l'immeuble, le tribunal doit, s'il ya lieu, trancher les contestations soulevées lors d'une audience dite éventuelle.

1)- La tenue de l'audience éventuelle

D'emblée, il faut indiquer que la tenue de l'audience éventuelle n'est pas une obligation pour le tribunal mais une éventualité, elle ne se tient « *qu'éventuellement* » lorsque que les dires et observations²⁷⁵ ont été déposés. En application de l'article 268 de l'AUVE, la tenue de cette audience doit être fixée quarante cinq (45) jours au plus tôt après le dépôt du cahier des charges et quatre vingt dix (90) jours au plus tard après le dépôt. Cette date est fixée dans la sommation de prendre communication du cahier de charges dans les conditions prévues à l'article 270 de l'Acte Uniforme. Quoiqu'il en soit, la tenue de l'audience éventuelle est fonction de l'absence ou du dépôt des dires et observations.

a) En l'absence des dires et observations

A défaut des dires et observations, la tenue de l'audience éventuelle est non avenue. Il sera procédé à l'accomplissement des formalités de publicité en vue de la vente de l'immeuble, le tribunal prendra acte de l'absence des dires et observations pour renvoyer l'affaire à l'audience d'adjudication dont il fixera la date, lorsque la première date n'a pu être tenue. Néanmoins, même en l'absence des dires, cette audience peut être tenue en application des dispositions de l'article 275 AUVE. Il en est ainsi lorsque le tribunal exerce d'office son contrôle²⁷⁶ sur le cahier des charges afin de s'assurer que celui-ci est conforme aux prescriptions légales. A cet effet, à l'audience éventuelle, il peut modifier le montant de la mise à prix si celle-ci n'a pas été fixée conformément aux dispositions de l'article 267-10 tout comme il peut ordonner la distraction de certains biens saisis toutes les fois que leur valeur globale apparait disproportionnée par rapport au montant des créances à récupérer.

b) En présence des dires et observations

Lorsque les dires et observations sont déposés, l'audience éventuelle doit être tenue afin qu'il soit statué sur leurs mérites. En vertu de l'article 272 de l'Acte Uniforme, ces dires et observations doivent être jugés après échange de conclusions motivées des parties, qui doit être effectué dans le respect du principe du contradictoire. Cela revient à dire que le tribunal ne peut statuer sur ces dires qu'à l'issue d'un débat contradictoire.

²⁷⁵ Dakar, Arrêt N°50 du 23 janv.2003, Aff. Paul FAYE et Véronique SARR C / BICIS, ohadata J.05.32, également cité par P-G. POUGOUE, F. TEPEI KOLLOKO, op.cit. p.51.

²⁷⁶ TGI, Brazzaville, audience éventuelle, jugement du 02 décembre 2011, rôle civil N°890, Répertoire N°730, Aff. Collectifs des clients de MIDECONGO c/ Conseil Supérieur Islamique du Congo.

Parmi les points qui font habituellement l'objet des contestations figure la mise à prix. Il faut rappeler que le poursuivant peut être déclaré adjudicataire de l'immeuble en l'absence d'adjudicataire (Art.283 al.5). C'est la raison pour laquelle le poursuivant est tenté de minorer la valeur vénale de l'immeuble en fixant une mise à prix en deçà de la valeur réelle²⁷⁷ du bien étant entendu qu'il se retrouve paradoxalement dans une situation où l'acquéreur fixe le prix de vente!

Les dires et observations sont le procédé idoine pour contester la mise à prix ainsi fixé, pour en modifier le quantum en proposant une nouvelle mise en adéquation avec la valeur vénale de l'immeuble et les conditions du marché. Cependant le saisi qui espère obtenir le versement du solde après avoir désintéressé ses créanciers est tout aussi tenté de surestimer la valeur de son bien en fixant une mise à prix sans rapport avec la valeur vénale de l'immeuble. Au regard de ces intérêts antagonistes, l'article 272 suscitée apporte une solution adéquate en disposant que « *lorsque le montant de la mise à prix est contesté, il appartient à celui qui formule cette contestation de rapporter la preuve du bien fondé de celle-ci. Il peut demander au président de la juridiction compétente la désignation d'un expert à ses frais avancés* ». La désignation d'un expert chargé d'évaluer, en toute objectivité, la valeur vénale de l'immeuble permet de concilier les intérêts divergents des deux parties. Encore faut-il que le débiteur contestataire puisse avancer les frais de l'expertise, ce qui n'est pas évident. La saisie immobilière étant l'ultime mesure d'exécution à laquelle le créancier a recours²⁷⁸, le débiteur saisi se trouvant souvent dans un état d'impécuniosité assez prononcé.

b-1) La date de l'audience

L'audience doit être tenue à la date fixée dans la sommation. Cette audience ne peut avoir lieu moins de trente (30) jours après la dernière sommation²⁷⁹. Ce qui revient à dire qu'entre la date de la dernière sommation et celle de la tenue de l'audience éventuelle, il doit s'écouler au minimum trente (30) jours, la jurisprudence rappelle que cette date ne peut être fixée avant l'épuisement de ce délai²⁸⁰.

Une fois fixée, la date de l'audience éventuelle ne doit pas faire l'objet de report. Ce principe consacré à l'article 273 de l'AUVE doit être observé par les tribunaux qui ne devraient y déroger que dans le respect des conditions prévues par le même article aux termes duquel « *Une remise de l'audience éventuelle ne peut avoir lieu que pour*

²⁷⁷ Dans une procédure de saisie immobilière opposant la BDEAC, ECOBANK CONGO, ECOBANK CAMEROUN et la Banque Congolaise de l'Habitat, à la société civile immobilière YOKA Bernard les poursuivants fixaient la mise à prix à la somme de 9.500.000.000 FCFA, alors que le débiteur saisi estimait son bien à la somme de 18.000.000.000 FCFA, estimation confirmée par la suite par une expertise (18.372.842.600 FCFA).

²⁷⁸ H. CROZE, C.LAPORTE, Guide Pratique de la Saisie Immobilière, LexisNexis, Litec, 2^e éd. 2010, coll. Litecprofessionnels, P.16.

²⁷⁹ Art.270 AUVE.

²⁸⁰ Civ.2^e, 16 mai 1990, n°88-10.663, Bull. civ. II, n° 108 ; D. 1990, Somm. 349, obs. Julien ; Gaz. Pal. 1990, somm. 628, obs. Véron.

des causes graves et dûment justifiées, ou bien lorsque la juridiction compétente exerce d'office son contrôle sur le cahier des charges ainsi qu'il est dit à l'article 275 ci-après ». Selon l'article 275 « La juridiction compétente peut, d'office, à l'audience éventuelle, et si nécessaire, après consultation par écrit d'un expert, recueillie sans délai :

- 1) ordonner la distraction de certains biens saisis toutes les fois que leur valeur globale apparaît disproportionnée par rapport au montant des créances à récupérer;*
- 2) modifier le montant de la mise à prix si celle-ci n'a pas été fixée conformément aux dispositions de l'article 267-10 ci-dessus.*

Dans ce cas, la juridiction compétente informe les parties de son intention de modifier le cahier des charges et les invite à présenter leurs observations dans un délai maximum de cinq (05) jours; elle leur indique, si besoin est, les jour et heure de l'audience si l'affaire n'a pu être jugée à la date initialement prévue ».

Hormis ces hypothèses de dérogations légales, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire que l'audience éventuelle ne peut faire l'objet d'un report, certains auteurs évoquant même le principe de « l'immutabilité de la date de l'audience éventuelle²⁸¹ ». Ainsi pour casser une décision ayant accordé un report de l'audience éventuelle, la Cour de Cassation a jugé « qu'il n'est au pouvoir ni des parties ni du tribunal de modifier la date de l'audience éventuelle fixée dans la sommation²⁸² ».

En dépit de cette exigence de célérité, dictée par le souci de vaincre le dilatoire dans les procédures de saisie immobilière²⁸³, force est de constater qu'en pratique, le principe de « l'immutabilité de la date de l'audience éventuelle » a été élevé au rang d'exception et l'exception de report érigée en principe de sorte que la tenue de l'audience éventuelle à la date fixée dans la sommation est devenue exceptionnelle.

Parmi les causes qui contribuent au report de l'audience éventuelle, on peut citer l'obligation faite à la juridiction des respecter le principe du contradictoire. L'avocat du saisi ne produisant ses dires que séance tenante à l'audience, le poursuivant va devoir solliciter un renvoi que le tribunal ne peut que lui concéder. Advenue la prochaine audience, le poursuivant qui reçoit communication des écritures du saisi va solliciter à son tour, un renvoi pour y répondre, puis s'instaure le jeu des renvois pouvant durer plusieurs mois. Ainsi «chaque juridiction s'accommode d'entorses au principe, soit en renvoyant purement et simplement l'audience, soit en mettant en continuation, lorsqu'un incident est soulevé²⁸⁴ ».

Le débiteur qui veut faire échec à l'expropriation forcée de son immeuble ou à tout le moins, à faire perdurer la procédure, saisira cette opportunité pour multiplier les manœuvres dilatoires et Dieu seul sait, jusqu'où peut aller l'imagination fertile d'un avocat qui entend mettre son talon au service du dilatoire: il peut solliciter le rabattement du délibéré pour la production d'une pièce, semble-t-il, essentielle, inciter à la constitution d'un confrère pendant que l'affaire est remise en délibéré, lequel confrère va, pour sa part, solliciter le rabattement pour produire ses écritures etc. Des

²⁸¹ P-G. POUGOUE, F. TEPPI KOLLOKO, op.cit. p.107.

²⁸² Civ.2^e, 27 mai 2004, n°02-26.626, Bull. civ. II, n°257.

²⁸³ P-G. POUGOUE, F. TEPPI KOLLOKO, op. cit p.45.

²⁸⁴ S. GUICHARD, T. MOUSSA (dir) op. cit, p.1355.

raisons indépendantes à la volonté des parties peuvent également contribuer au report de la date d'audience. Ce peut être le cas des perturbations constatées à l'occasion des vacances judiciaires, ou d'une grève des avocats ou encore celle des greffiers.

Dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du 05 octobre 2012²⁸⁵ rendu par le Tribunal de Grande Instance de Brazzaville, alors que la tenue de l'audience éventuelle était fixée à la date du 30 mars 2012, celle-ci n'a eu lieu que le 05 octobre 2012, soit six mois plus tard. Dans une autre affaire²⁸⁶ vidée le même jour par ce tribunal, la tenue de l'audience éventuelle était fixée initialement le 30 mars 2012.

Cette pratique déplorable contribue à faire perdurer la procédure. Elle est tout autant contraire aux objectifs de l'OHADA tels définis par le préambule du traité de Port-Louis de 1993 modifié à Québec le 17 octobre 2008 dans la mesure où elle risque de dissuader les banques à soutenir le développement des entreprises, d'où l'impérieuse nécessité pour le législateur OHADA d'encadrer cette pratique en limitant, par exemple, le nombre de renvois.

b- 2) La transcription du jugement sur le cahier des charges

Aux termes des dispositions de l'article 274 de l'AUVE, « *La décision judiciaire rendue à l'occasion de l'audience éventuelle est transcrite sur le cahier des charges par le greffier; elle est levée et signifiée à la demande de la partie la plus diligente* ». La transcription de ce jugement sur le cahier des charges permet de fixer les parties sur les conditions définitives de vente de l'immeuble. Il faut rappeler qu'une partie a pu élever des contestations lesquelles ont été tranchées à l'audience éventuelle. Ce faisant, le tribunal a dû trancher la contestation en apportant une réponse qui a pu bouleverser l'économie des clauses contenues dans le cahier des charges. Il en est ainsi lorsque le tribunal a fait droit à un dire tendant à la modification de la mise à prix fixée par le poursuivant. De ce fait, relativement à ce chef de demande, ce jugement devient partie intégrante du cahier des charges, qui s'impose aussi bien au poursuivant, au créancier inscrit qu'au saisi. Pourtant, force est de constater que cette formalité n'est jamais accomplie par le greffe, lequel se limite à matérialiser la décision rendue sans la transcrire sur le cahier des charges. Le Président du tribunal peut utilement instruire le greffe à propos. Le législateur OHADA n'a pas prescrit de délai pour l'accomplissement de cette transcription. Il convient d'indiquer que cette formalité doit être accomplie sans délai, après la signature de la minute.

En outre, ce jugement doit être levé et signifié à la demande de la partie la plus diligente. Cette formalité qui a l'avantage de porter la décision à la partie qui aurait abandonné la procédure doit être accomplie faute de quoi la suite de la procédure

²⁸⁵TGI, Brazzaville, audience éventuelle, jugement du 05 oct.2012, rôle civil N°359, Aff. La Banque congolaise de l'Habitat dite BCH c/ La Société Hyper Impex, précité.

²⁸⁶TGI, Brazzaville, audience éventuelle, jugement du 05 oct.2012, rôle civil N°358, Aff. La banque Congolaise de l'Habitat dite BCH c/ LEKON Ernest.

sera invalidée. Il a été décidé que, lorsque le jugement rendu à l'audience éventuelle n'a pas été signifié au débiteur, l'adjudication intervenue doit être annulée²⁸⁷.

b-3)- La publicité en vue de la vente

Les formalités de publicité doivent être accomplies trente (30) jours au plus tôt et quinze (15) jours au plus tard avant l'adjudication. Il s'agit « *d'un délai à rebours* »²⁸⁸ qui se calcule en remontant le temps en partant de la date de l'adjudication pour déterminer le point de départ. Ainsi pour une audience d'adjudication fixée au 31 mars, la publicité doit être accomplie au plus tôt le 1^{er} mars et au plus tard le 16 mars. Ce délai est largement tributaire de la tenue ou non de l'audience éventuelle. Si l'audience éventuelle a été reportée, la publicité sera accomplie en tenant compte de la nouvelle date d'adjudication fixée par le tribunal.

La publicité s'effectue par l'avocat poursuivant, lequel doit publier, sous sa signature, un extrait du cahier des charges, par insertion dans un journal d'annonces légales et par apposition de placards à la porte du domicile du saisi, du tribunal devant lequel aura lieu l'adjudication ou du notaire convenu ainsi que dans les lieux officiels d'affichage de la commune de la situation des biens²⁸⁹.

En vertu de l'article 277 AUVE, L'extrait contient à peine de nullité :

- 1) les noms, prénoms, professions, domiciles ou demeures des parties et de leurs avocats ;
- 2) la désignation des immeubles saisis telle qu'elle est insérée dans le cahier des charges ;
- 3) la mise à prix ;
- 4) l'indication des jour, lieu et heure de l'adjudication, de la juridiction compétente ou du notaire convenu devant qui elle se fera.

L'accomplissement de cette formalité ne va pas sans difficulté, certains auteurs font remarquer que le saisi a la fâcheuse habitude d'arracher systématiquement les placards apposés à la porte de son domicile. Cela ne devrait aucunement inciter le poursuivant à se soustraire à l'accomplissement de cette formalité substantielle. Il pourra simplement solliciter le ministère d'un huissier de justice qui dressera procès verbal de toutes ces diligences.

Pour justifier l'accomplissement de la publicité, l'article 278 indique que le poursuivant doit produire un exemplaire du journal, signé de l'imprimeur, et de l'affichage par un procès-verbal de l'huissier ou de l'agent d'exécution, rédigé sur un exemplaire du placard.

En outre, eu égard à la nature du bien, l'article 279 de l'Acte Uniforme donne la possibilité au Président du tribunal de restreindre ou d'accroître la publicité légale par décision non susceptible de recours, rendue sur requête,

2)-L'adjudication de l'immeuble

²⁸⁷ TGI du Moundou, Jugement n°13/Civ. du 21 Février 2008, Aff. SAMBALIS Dimitris et SAMBALIS Alexandre C/ La Compagnie Financière de l'Estuaire dite COFINEST, Ohadata J- 09-236,

²⁸⁸ L'expression est du professeur Anne LEBORGNE

²⁸⁹ Art.276 de l'AUVE

La vente est poursuivie devant la juridiction ayant plénitude de juridiction dans le ressort où se trouve l'immeuble. Dans l'organisation judiciaire du Congo (Congo-Brazzaville) ou du Niger, la juridiction ayant plénitude de juridiction est le Tribunal de Grande Instance. S'agissant de la Côte d'Ivoire, du Bénin ou du Gabon, le tribunal compétent dont il s'agit est le Tribunal de Première Instance (TPI).

La vente forcée des immeubles dépendant d'une même exploitation et situés dans le ressort de plusieurs juridictions se poursuit devant l'une quelconque de celles-ci (Art.247 AUYE). Il faut préciser que la vente peut également être poursuivie en l'étude du notaire convenu entre les parties. Néanmoins, même lorsque les parties ont convenu de poursuivre la vente devant notaire, en cas de contestations, c'est le Tribunal de Grande Instance qui devra trancher. Une difficulté peut cependant surgir lorsque le saisi conteste le notaire choisi par le poursuivant. En réalité, quoique l'article 288 AUYE emploie l'expression du «notaire convenu», en pratique le notaire est souvent choisi par le poursuivant sans l'avis du saisi²⁹⁰. L'Acte Uniforme n'a pas directement abordé la question, mais cette préoccupation trouve sa réponse dans les dispositions de l'article 298 de l'AUYE. Etant entendu qu'il s'agit d'une contestation formulée postérieurement à la signification du commandement, le contestataire doit saisir le tribunal, lequel devra décider du lieu de l'adjudication. Aussi a-t-il été jugé que le tribunal dispose d'un pouvoir souverain pour décider si la vente se fera à la barre ou devant notaire²⁹¹.

L'Acte Uniforme n'a pas réglementé l'adjudication poursuivie devant notaire pour des raisons évidentes, il a cependant réglementé le déroulement de celle se devant le tribunal.

a) Le déroulement de l'audience d'adjudication

L'audience d'adjudication obéit à un rituel assez particulier. A l'ouverture de l'audience, il est procédé à la vente sur la réquisition, même verbale, de l'avocat du poursuivant ou de tout créancier inscrit²⁹². Celui-ci indique publiquement le montant des frais de poursuite préalablement taxés par le président du tribunal²⁹³. Cette réquisition, souvent verbale, donne l'occasion à l'avocat poursuivant de rappeler, sommairement, les faits de la cause, les diligences accomplies avant de requérir la vente de l'immeuble. Rappelons que la loi fait obligation à l'avocat du poursuivant ou à celui du créancier inscrit de requérir la vente afin que le président puisse annoncer l'ouverture des enchères. A ce sujet, le Professeur Anne LEBORGNE estime que «*c'est là encore une particularité de la procédure de saisie immobilière : la vente,*

²⁹⁰Cependant lorsqu'il s'agit d'une réalisation d'hypothèque, au moment de la conclusion du contrat, les parties conviennent du notaire devant lequel sera réalisée l'hypothèque en cas de défaillance du débiteur.

²⁹¹ Civ. 2^e: 17 déc.1957, JCP N 1958, II, 10004, obs. Blin ; Civ. 1^{er}, 19 févr. 1958, Bull. civ. I, n° 106.

²⁹² Art.280 AUYE

²⁹³ En pratique le poursuivant ne saisi pas le président en amont pour que celui-ci fixe les frais des poursuites quoique l'article 280 le recommande. C'est donc lors de sa réquisition que l'avocat poursuivant annonce publiquement les frais qu'il fixe lui-même en l'absence de toute décision préalable du juge sur ce sujet. Cette démarche audacieuse peut susciter des contestations des autres créanciers ou du saisi, lorsque les frais taxés paraissent exagérés, dans ce cas le tribunal devra souverainement fixer le quantum.

*audience, n'est pas ordonnée d'office par le tribunal*²⁹⁴ » il faut donc qu'elle soit requise.

Avant l'ouverture des enchères, il est préparé trois bougies de manière que chacune d'elles ait une durée d'environ une minute. Aussitôt les enchères ouvertes²⁹⁵ et faisant droit à la réquisition de l'avocat poursuivant, le président annonce l'ouverture des enchères ; Il est allumé une bougie et le montant de la mise à prix est annoncé. Les enchères sont portées par ministère d'avocat ou par les enchérisseurs eux-mêmes conformément aux dispositions de l'article 282 AUVE.

Selon l'article 283, si pendant la durée d'une bougie, il survient une enchère, celle-ci ne devient définitive et n'entraîne l'adjudication que s'il n'en survient pas une nouvelle avant l'extinction de deux bougies. L'enchérisseur cesse d'être obligé si son enchère est couverte par une autre, alors même que l'enchère nouvelle serait déclarée nulle. S'il ne survient pas d'enchère après que l'on ait allumé successivement trois bougies, le poursuivant est déclaré adjudicataire pour la mise à prix à moins qu'il ne demande la remise de l'adjudication à une autre audience sur une nouvelle mise à prix conforme aux dispositions de l'article 267-10 ci-dessus. La remise de l'adjudication est de droit; les formalités de publicité doivent être réitérées.

En cas de remise, si aucune enchère n'est portée lors de la nouvelle adjudication le poursuivant est déclaré adjudicataire pour la première mise à prix. Cette disposition appelle quelques précisions : rappelons que lors de l'audience éventuelle, le tribunal a pu réévaluer la mise à prix de l'immeuble suite à un dire formulé par le saisi dans ce sens. Dans ce cas, la vente est poursuivie non pas sur la mise à prix fixée par le poursuivant mais sur celle fixée à l'audience éventuelle. En application de l'article 283, le poursuivant devra être déclaré adjudicataire sur cette mise à prix qu'il peut estimer exagérée à raison ou par pure mauvaise foi. Ne pouvant se porter adjudicataire pour une mise à prix qu'il n'a pas approuvé, il est en droit de solliciter une remise de la vente. Après quoi le poursuivant doit réitérer les formalités de publicité. Advenue cette audience, s'il n'y a pas d'enchérisseurs, le poursuivant sera déclaré adjudicataire, mais pour la première mise à prix, c'est – à dire celle par lui initialement fixée. Evidemment, prise au pied de la lettre, cette disposition peut donner lieu à beaucoup d'abus de la part du poursuivant. D'où la nécessité pour le saisi de veiller à la mise en œuvre des formalités de publicités afin d'intéresser un nombre considérable d'adjudicataires potentiels.

L'enchérisseur n'est pas tenu d'être présent à la vente. Il peut se faire représenter par son avocat²⁹⁶ ou par un mandataire. Contrairement, au Conseil National des Barreaux(CNB) de France dont le règlement intérieur national fait interdiction à un avocat de porter plusieurs enchères pour plusieurs clients²⁹⁷, l'article 282 AUVE

²⁹⁴ A. LEBORGNE, « Audience d'adjudication », in S. GUICHARD, T. MOUSSA (dir), Droit et Pratique des Voies d'exécution, op.cit, p.1386.

²⁹⁵ L'article 282 définit les enchères comme étant les offres successives et de plus en plus élevées présentées par des personnes qui désirent acquérir l'immeuble.

²⁹⁶ CCJA, arrêt N° 028/2009 du 30 avril 2009, Aff. Société ROMEO INTERNATIONAL c/ MEROUEH et autres, Recueil Jurisprudence N°13, Janvier-Juin 2009 P.85 ; ohadata J-10-72

²⁹⁷ Aux termes des dispositions de l'article 12.2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat (CNB, décision à caractère normatif, 24 avr.2009 : JO 12 mai 2009) « L'avocat doit s'assurer de l'identité

autorise un avocat de représenter plusieurs enchérisseurs lorsque ceux-ci désirent se porter Co-adjudicataires. Il s'infère que lorsque lesdits enchérisseurs entendent se porter adjudicataires, chacun en toute propriété, ils ne peuvent être représentés par le même avocat.

L'article 281 de l'Acte Uniforme autorise la remise de l'adjudication pour causes graves et légitimes par décision judiciaire motivée rendue sur requête déposée cinq (05) jours au moins avant le jour fixé pour la vente. En cas de remise, la décision judiciaire fixe, de nouveau, le jour de l'adjudication qui ne peut être éloigné de plus de soixante (60) jours. Le créancier poursuivant doit procéder à une nouvelle publicité.

b) Les formalités postérieures à l'adjudication

Si l'adjudication peut être considérée comme la fin de la procédure judiciaire lorsque l'expropriation s'est déroulée sans incident, elle constitue le point de départ pour l'accomplissement de certaines formalités consécutives à celle-ci.

1)-La déclaration d'adjudicataire

L'article 286 alinéas 1 de l'AUVE impose à l'avocat, dernier enchérisseur de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation ou de représenter son pouvoir, lequel demeure annexé à la minute de la déclaration judiciaire ou notariée, sinon il est réputé adjudicataire en son nom. Il est tenu de faire cette déclaration dans les trois (03) jours de l'adjudication. La brièveté de ce délai s'inscrit dans le souci de révéler l'identité de l'adjudicataire aux créanciers, lesquels peuvent soulever des contestations au cas où le preneur était interdit de se porter adjudicataire en vertu de l'article 284. L'avocat qui ne représente que son client pendant l'audience, les parties ignorent pour qui l'avocat s'est porté acquéreur.

2)-La déclaration de commande

L'obligation faite à l'avocat de révéler l'identité de l'adjudicataire s'impose également à l'adjudicataire qui s'est porté acquéreur pour un tiers, de faire connaître, par une déclaration dite « *de commande* » que ce n'est pas pour son compte qu'il s'est rendu acquéreur, mais pour une autre personne dont il révèle alors le nom. Cette déclaration doit être faite dans les vingt quatre heures, (Art.286 al.2). Ce délai (24 heures) est assez bref en comparaison à celui imparti à l'avocat dernier enchérisseur (72 heures).

de son client, de sa situation juridique, et s'il s'agit d'une personne morale, de la réalité de son existence, de l'étendue de son objet social et des pouvoirs de son représentant.

L'avocat ne peut porter d'enchères pour des personnes qui sont en conflit d'intérêts.

L'avocat ne peut porter d'enchères pour un même bien pour le compte de plusieurs mandants.

Lorsqu'un avocat s'est rendu adjudicataire pour le compte d'une personne, il ne peut accepter de former une surenchère au nom d'une autre personne sur cette adjudication, à défaut d'accord écrit de l'adjudicataire initial.

En cas d'adjudicataire d'un lot copropriété, il appartient à l'avocat poursuivant de notifier au syndic de copropriété ».

3)- la transcription de l'acte d'adjudication sur le cahier des charges

En application des dispositions de l'article 290, après la vente, la décision judiciaire ou le procès verbal d'adjudication du notaire doit être porté en minute à la suite du cahier des charges. Une expédition en est délivrée, selon le cas, par le greffier ou le notaire, à l'adjudicataire après paiement des frais de poursuite et du prix d'adjudication et après l'accomplissement des conditions du cahier des charges qui doivent être exécutées dans les vingt (20) jours de l'adjudication. Toutefois, si l'adjudicataire est seul créancier inscrit ou privilégié du saisi, il n'est tenu de payer, outre les frais, que le montant du prix d'adjudication excédant sa créance. La quittance et les pièces justificatives sont annexées à la minute de la décision judiciaire ou du procès-verbal d'adjudication établi par le notaire et reproduites à la suite de l'expédition. L'adjudicataire qui n'apporte pas ces justifications dans les vingt (20) jours de l'adjudication peut être poursuivi par la voie de la folle enchère sans préjudice des autres voies de droit.

Si l'adjudication comprend plusieurs lots, expédition de la décision judiciaire ou du procès-verbal d'adjudication établi par le notaire en la forme exécutoire est délivrée à chacun des adjudicataires

4)- La publication de l'acte d'adjudication

Selon les dispositions de l'article 294 de l'AUVE, lorsque l'adjudication est devenue définitive, une expédition de la décision judiciaire ou du procès-verbal d'adjudication établi par le notaire est déposée à la conservation foncière aux fins d'inscription. Le conservateur procède à la mention de cette publication en marge de la copie du commandement publié.

S'agissant de la saisie réalisée sur les impenses, l'article 295 dispose que lorsque la saisie immobilière porte sur des impenses réalisées par le débiteur sur un terrain dont il n'est pas propriétaire mais qui lui a été affecté par une décision d'une autorité administrative et que l'adjudication est devenue définitive, une expédition de la décision judiciaire ou du procès-verbal notarié d'adjudication est déposée auprès de cette autorité administrative aux fins de mention en marge de la décision d'affectation. La publication de l'acte d'adjudicataire doit être effectuée dans un délai de deux mois sous peine de revente sur folle enchère conformément à l'article 294 de l'AUVE. L'on peut remarquer que l'article 295 n'impartit aucun délai s'agissant de la saisie réalisée sur les impenses. Dans le silence de la loi, le délai prescrit à l'article 294 peut valablement être appliqué à la publication du jugement consécutif à une vente des impenses.

5)-La purge des garanties et radiation des inscriptions

La purge des garanties et la radiation des inscriptions sont la conséquence logique de l'adjudication. En effet, après avoir procédé à la mention de la publication de l'acte d'adjudication en marge de la copie du commandement publié, le conservateur procède également à la radiation de tous les privilèges et hypothèques inscrits qui se trouvent purgés par la vente, même de ceux inscrits postérieurement à la délivrance

des états d'inscription. Les créanciers n'ont, alors, plus d'actions que sur le prix (art.294 alinéa 3). De même, s'agissant des impenses visées à l'article 295 alinéa 1, l'autorité administrative procède à la radiation de toutes les mentions opérées en marge de la décision d'affectation initiale et transfère l'affectation au profit de l'adjudicataire. Les créanciers n'ont plus d'actions que sur le prix.

Toutefois, il est permis de relativiser la portée de ces dispositions étant entendu que selon les dispositions de l'article 296, « *L'adjudication, même publiée au bureau de la conservation foncière, ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits réels que ceux appartenant au saisi* », de sorte que la purge des garanties ne se produit pour autant que le saisi ait été le véritable propriétaire, les garanties constituées par le véritable propriétaire subsisteront²⁹⁸.

Le tiers propriétaire qui n'aurait pas eu connaissance de la procédure de saisie pour formuler une demande en distraction dans les délais peut valablement initier une action en revendication contre l'adjudicataire²⁹⁹ sans que ne lui soit opposé la déchéance de son action sur le fondement de l'article 299 alinéa 2 de l'AUVE. Dans l'affaire opposant la Société TAMOIL BURKINA S.A c/ SAWADOGO Pelga dit BOUKARY devant la Cour d'Appel de OUAGADOUGOU (arrêt N°20 du 18 février 2005), le sieur BOUKARY ignorant l'existence d'une procédure d'expropriation entreprise sur son immeuble adjudgé par la Société TAMOIL BURKINA au détriment de la société TANGUI, BOUKARY a obtenu l'expulsion de l'adjudicataire. Sur pourvoi formulé par la Société TAMOIL, la CCJA a jugé « *qu'il est de règle que dans la procédure de saisie immobilière entre les parties, le transfert de propriété se réalise dès le prononcé du jugement d'adjudication, que toutefois, l'adjudication ne transmettant à l'adjudicataire d'autres droits de propriété que ceux appartenant au saisi, si celui-ci n'était pas le véritable propriétaire de l'immeuble adjudgé, ce dernier pourrait légitimement exercer contre l'adjudicataire une action en revendication, dès lors que le revendiquant se fonde sur un droit réel incontestable qui, en raison de son caractère absolu, emporte droit de suite et droit de préférence*³⁰⁰».

En droit positif congolais, la mise en œuvre d'une action en revendication postérieurement à l'adjudication n'augure pas des perspectives reluisantes pour le revendiquant eu égard aux dispositions de la loi N° 17/2000 du 30 décembre 2000 précitée. En effet, en toute hypothèse, avant l'adjudication, l'immeuble à exproprier est immatriculé au nom du débiteur saisi, or, dit l'article 12 de cette loi, « *l'immatriculation annule tous titres et purge tous droits antérieurs (des potentiels revendiquants) dès lors que ceux –ci ne sont pas mentionnés dans le registre de la propriété foncière* ».

Dans une affaire soumise au Tribunal de Grande Instance de Brazzaville, le sieur MOMPELET créancier poursuivant avait requis l'immatriculation de l'immeuble de son débiteur le sieur NGAIBILI, avant de déclencher une procédure de saisie

²⁹⁸ A. LEBORGNE, « vente judiciaire », in S. GUICHARD, T. MOUSSA (dir), Droit et Pratique des Voies d'exécution, op.cit, p.1649

²⁹⁹ N. FRICERO, Procédures Civiles d'exécution, op.cit, p.193

³⁰⁰ CCJA, Arrêt N° 011/2009 du 26 février 2009, Aff. Société TAMOIL BURKINA S.A C / SAWADOGO Pelga dit BOUKARY, Recueil de Jurisprudence n°13, Janvier-Juin 2009, P.121 ; Ohadata J-10-82.

immobilière. Parallèlement, son débiteur, le sieur NGAIBILI qui était également débiteur de Sieur ITOUA va céder sa propriété à ce dernier à la suite d'une transaction et à l'insu du sieur MOMPELET. Alors que le sieur ITOUA se disant propriétaire avait réalisé d'importants travaux de réfection, il sera surpris de constater que son ex- débiteur, était également débiteur d'un autre créancier, lequel venait d'initier une procédure de saisie immobilière sur la propriété en cause, sieur ITOUA va solliciter la distraction dudit bien en articulant que l'immeuble dont s'agit était devenu sa propriété. Pour rejeter cette demande, le tribunal a décidé que l'action en distraction, doit, pour aboutir, établir de manière incontestable le droit de propriété du tiers revendiquant sur l'immeuble en cause, qu'en application de l'article 12 (loi N° 17/2000 du 30 décembre 2000 suscitée) l'immatriculation de la parcelle objet des poursuites au nom du sieur NGAIBILI, débiteur saisi, a purgé tous les droits antérieurs dont pouvaient se prévaloir le sieur ITOUA, tiers revendiquant, sur la propriété disputée³⁰¹.

3)-L'éventualité d'une surenchère

La saisie immobilière peut faire l'objet d'une surenchère. Celle-ci s'entend d'un acte par lequel l'adjudication est remise en cause, entraînant par la même occasion une nouvelle mise aux enchères³⁰². La surenchère est faite au greffe du tribunal qui a ordonné la vente ou devant le notaire convenu, par le surenchérisseur lui-même ou par ministère d'avocat, qui se constitue pour le surenchérisseur. Elle est mentionnée, sans délai, au cahier des charges. La surenchère est soumise aux conditions, tenant à la fois, à la personne du surenchérisseur et au délai.

a) Les conditions tenant au surenchérisseur

L'article 287 donne la possibilité à toute personne de faire une surenchère pourvu qu'elle soit du dixième au moins du prix principal de la vente. Cette disposition, doit être mise en relief avec l'article 284 de l'AUVE qui pose des restrictions à la liberté des enchères et écarte de celles-ci certaines personnes en raison soit de leurs fonctions, de leur implication dans la procédure ou de leur réputation. Ainsi les avocats qui sont interdits d'enchérir pour les membres du tribunal devant lequel l'adjudication a eu lieu ou de l'office notarial devant lequel se poursuit la vente, pour le saisi ni pour les personnes notoirement insolvables, ne peuvent davantage surenchérir pour les mêmes personnes. L'avocat poursuivant qui ne peut se rendre personnellement adjudicataire ne peut se porter surenchérisseur à peine de nullité de la surenchère et de dommages-intérêts envers toutes les parties. Mais cette restriction ne concerne nullement le créancier poursuivant qui entend faire une surenchère. C'est du moins ce que précise la CCJA lorsqu'elle a décidé que « *la faculté de surenchérir au moins au dixième du prix initial (...) n'interdit pas au créancier*

³⁰¹ TGI, Brazzaville, audience éventuelle, jugement, rôle civil n°1654, répertoire n°09 du 08 février 2013, Aff. MOMPELET Roger C/ NGAIBILI Albert.

³⁰² G. COUCHEZ, Voies d'exécution, Op. cit, p.254.

*poursuivant de faire une surenchère au cours d'une procédure de vente forcée d'un immeuble*³⁰³ ».

b)- Le délai pour surenchérir

Selon l'article 287 de l'AUVE, dans les dix (10) jours qui suivent l'adjudication, toute personne peut faire une surenchère pourvu qu'elle soit du dixième au moins du prix principal de la vente. Le délai de surenchère emporte forclusion. Le délai prévu par cet article se calcule conformément aux dispositions de l'article 335 de l'AUVE. Ainsi le jour de l'adjudication ne sera pas pris en compte pour la computation des délais, outre les hypothèses déjà évoquées lorsque le dernier jour est non ouvrable ou chômé. Dans ce cas, il ya une prorogation des délais jusqu'au premier jour ouvrable. Ceci étant, après avoir fait sa déclaration de surenchère, l'article 288 impartit au surenchérisseur un délai de cinq (05) jours pour la dénoncer à l'adjudicataire, au poursuivant et à la partie saisie. Mention de cette dénonciation est faite sur le cahier des charges dans un délai de cinq (05) jours. La même disposition ajoute que faute de dénonciation ou de mention de cette dénonciation dans lesdits délais par le surenchérisseur, le poursuivant, le saisi ou tout créancier inscrit ou sommé peuvent faire la dénonciation et sa mention dans les cinq (05) jours qui suivent; les frais seront supportés par le surenchérisseur négligent.

De ce fait, l'article 288 accorde la possibilité au poursuivant, créanciers inscrits ou sommés et au débiteur saisi de suppléer à la carence du surenchérisseur dans l'accomplissement de la formalité de la dénonciation ou celle relative à la mention de la déclaration de surenchère dans le cahier des charges au cas où celui-ci aurait négligé d'accomplir cette formalité.

Le délai de cinq (05) jours impartit au poursuivant, créancier inscrit et au saisi commence à courir à l'expiration du dernier délai de cinq (05) jours impartit au surenchérisseur pour la dénonciation.

Selon les dispositions de l'article 288 al.5 et 6, la dénonciation de surenchère doit indiquer la date de l'audience éventuelle au cours de laquelle seront jugées les contestations de la validité de la surenchère. Cette audience ne peut être fixée avant l'expiration d'un délai de vingt (20) jours à compter de la dénonciation. Elle fixe également la date de la nouvelle adjudication, laquelle ne peut avoir lieu plus de trente (30) jours après celle de l'audience éventuelle. Il en résulte qu'entre la dénonciation de surenchère et la date de l'audience éventuelle, il doit s'écouler un délai minimum de vingt (20) jours. L'audience ne pouvant être fixée qu'après l'expiration de ce délai. En outre, l'Acte Uniforme fixe une date butoir de trente (30) jours, après l'audience éventuelle, date au-delà de laquelle l'audience d'adjudication ne pourra être fixée. En clair, entre l'audience éventuelle et l'adjudication, il ne peut s'écouler plus de trente (30) jours. Cette disposition n'est pas sans rappeler l'article 270 al. 2 qui prescrivait déjà la tenue de l'audience d'adjudication entre le trentième et le soixantième jour après l'audience éventuelle.

³⁰³ CCJA 1^{ère} Chambre, arrêt N°002 du 05 février 2009, Aff. Héritiers de feu D c/ N AFRILAND FIRST BANK, Juris Ohada N°2/2009, avril-juin p.4.

Le poursuivant, les créanciers inscrits ou sommés, le débiteur saisi qui entend contester la validité de la surenchère doit le faire dans un délai de cinq (05) jours au moins avant l'audience éventuelle (Art.289 al.1). Après avoir reçu dénonciation de la surenchère, il peut sans délai en contester la validité et ce, jusqu'au cinquième jour précédant ladite audience. Il s'agit ici encore d'un « *délai à rebours* » selon la formule du professeur Anne LEBORGNE³⁰⁴.

Par ailleurs, si la surenchère n'est pas contestée ou si elle est validée, la nouvelle adjudication doit être précédée de l'apposition de placards, huit (08) jours au moins avant la vente, conformément aux dispositions des articles 276 à 279 ci-dessus (Art. 289).

L'adjudication sur surenchère ne devient une adjudication définitive que pour autant que le surenchérisseur ait satisfait aux conditions exigées par l'article 289 de l'AUVE. L'adjudicataire qui n'apporte pas ces justifications dans les vingt (20) jours de l'adjudication peut être poursuivi par la voie de la folle enchère sans préjudice des autres voies de droit.

II. Des incidents de la saisie immobilière à la distribution du prix

La saisie immobilière fait souvent l'objet des incidents (A) soulevés tant par le saisi que les créanciers inscrits voire des tiers. Mais lorsque ceux-ci ont été élagués et l'adjudication poursuivie jusqu'à son terme, les créanciers doivent encore procéder à la distribution du produit de la vente (B).

A- Les incidents de la saisie immobilière

De prime abord, il importe de présenter la procédure avant d'examiner les différents incidents de la saisie immobilière

1)-la procédure

Si le législateur OHADA a défini le cahier des charges, il n'a pas défini ce qu'il entendait par incident de la saisie immobilière. C'est la jurisprudence qui s'est chargée de définir cette notion. Celle-ci considère comme incident de la saisie immobilière, « *toute contestation née de la procédure de saisie ou qui s'y réfère directement et qui est de nature à exercer une influence immédiate et directe sur cette procédure* »³⁰⁵. Cette conception restrictive a depuis évolué puisqu'elle admet comme incident de la saisie immobilière toute contestation même si elle porte sur le fond du droit³⁰⁶. En effet, la saisie immobilière fait souvent l'objet de contestations de la part des parties à l'instance, mais aussi des autres créanciers inscrits et parfois des tiers

³⁰⁴ A. LEBORGNE, « Surenchère », in S. GUICHARD et T. MOUSSA (dir), Droit et Pratique des Voies d'exécution, op.cit, p.1454.

³⁰⁵ Civ. 2^e, 3 déc. 1980, n°79-10.285, Bull. Civ. II, n° 253 ; Gaz. Pal. 1980, 1, 317, obs. Viatte ; RTD civ. 1981, 909, obs. Perrot.

³⁰⁶Civ. 2^e, 18 déc. 1996, n°94-22.035, Bull. Civ. II, n° 309

qui peuvent formuler des griefs contre la procédure initiée par le poursuivant. A cet effet, l'Acte Uniforme donne la possibilité à toute personne qui entend contester l'expropriation entreprise de soulever un incident en respectant les conditions de forme et de délai selon l'objet et l'époque où la contestation est soulevée.

a)-L'acte de contestation

Selon les dispositions de l'article 298 de l'AUVE, toute contestation ou demande incidente relative à une poursuite de saisie immobilière formulée postérieurement à la signification du commandement est formée par simple acte d'avocat contenant les moyens et conclusions. Elle est formée, contre toute partie n'ayant pas constitué d'avocat, par requête avec assignation. Cette disposition semble avoir posé une règle générale pour présenter toutes contestations par simple acte d'avocat. Mais en pratique, comme l'ont déjà souligné le Professeur Paul Gérard POUGOUE et Maître Fidèle TEPEI KOLLOKO, la partie constituée avocat va élever la contestation par un dire. Par ailleurs, la lecture de cette disposition a conduit d'autres plaideurs à régulariser leurs contestations aux moyens des conclusions en dépit du fait que l'article 270 n'envisage que les dires et observations. Dans cette optique, un tiers à la procédure peut régulariser une requête aux fins d'intervention volontaire pour solliciter la distraction de son bien dès lors qu'il justifie d'un intérêt dans le litige.

b)-Le moment de la contestation

Le délai imparti au contestataire est lié à l'objet de l'incident. En vertu de l'article 299 alinéa 1, toutes les contestations doivent être soulevées avant l'audience éventuelle et ce à peine de déchéance. Il sera rappelé que cette audience est consacrée à statuer sur les contestations qui peuvent surgir à l'occasion de la procédure de la saisie. De sorte que, toutes les contestations, portant tant sur la régularité de la procédure suivie que sur les moyens de fond doivent être soulevés avant cette audience.

Selon le second alinéa du même article, les demandes fondées sur un fait ou un acte survenu ou révélé postérieurement à cette audience et celles tendant à faire prononcer la distraction de tout ou partie des biens saisis, la nullité de tout ou partie de la procédure suivie à l'audience éventuelle ou la radiation de la saisie, peuvent encore être présentées après l'audience éventuelle, mais seulement, à peine de déchéance, jusqu'au huitième jour avant l'adjudication.

2)- Les principaux incidents

L'Acte Uniforme distingue quatre types d'incidents à savoir les incidents nés de la pluralité de saisie, les demandes en distraction, les demandes en annulation de la saisie et la folle enchère

a) Les incidents nés de la pluralité des saisies

Lorsqu'un débiteur fait l'objet de plusieurs procédures de saisies initiées par divers poursuivants, l'Acte Uniforme envisage deux hypothèses. Dans un premier temps, les poursuites doivent être continuées par un seul poursuivant. En cas de défaillance de sa part, il sera subrogé dans les poursuites par un autre poursuivant.

1) La poursuite de la procédure par le premier poursuivant

Selon l'article 302 de l'AUVE, Si deux ou plusieurs saisissants ont fait publier des commandements relatifs à des immeubles différents appartenant au même débiteur et dont la saisie est poursuivie devant la même juridiction, les poursuites sont réunies à la requête de la partie la plus diligente et continuées par le premier saisissant. Si les commandements ont été publiés le même jour, la poursuite appartient au créancier dont le commandement est le premier en date et, si les commandements sont de même jour, au créancier le plus ancien. La question reste cependant posée s'agissant des poursuites engagées par plusieurs créanciers sur le même immeuble du débiteur, le texte suscitait n'envisageant que l'hypothèse d'une saisie pratiquée sur les immeubles différents appartenant au même débiteur et dont la saisie est poursuivie devant le même tribunal. Nous osons espérer que cette omission sera complétée lors de la réforme de l'Acte Uniforme.

2) La subrogation

La subrogation sanctionne la défaillance du premier poursuivant. Aux termes des dispositions de l'article 304 de l'AUVE, faute pour le premier saisissant d'avoir poursuivi sur la seconde saisie à lui dénoncée, le second saisissant peut, par un acte écrit adressé au conservateur de la propriété foncière, demander la subrogation.

La subrogation ne sanctionne pas toujours la défaillance du poursuivant, puisque l'article 305 indique que la subrogation peut être également demandée s'il y a collusion, fraude, négligence ou autre cause de retard imputable au saisissant, sans préjudice de dommages-intérêts envers qui il appartiendra. La subrogation permet de veiller à l'aboutissement de la procédure initiée par le premier saisissant en donnant les moyens de pression au second créancier.

En vertu de l'article 305 précité, un créancier ne peut demander la subrogation que huit (08) jours après une sommation restée infructueuse de continuer les poursuites, faite par acte d'avocat à avocat, aux créanciers dont les commandements ont été antérieurement mentionnés au bureau de la conservation foncière. Le saisi n'est pas mis en cause. Il s'en déduit que la subrogation ne s'opère pas de plein droit, il faut au préalable que le second saisissant qui entend subroger le premier poursuivant somme ce dernier de continuer les poursuites, faute de quoi, il sera subrogé dans les poursuites. A l'expiration de ce délai, le second saisissant, doit par un acte adressé au conservateur de la propriété foncière, demander la subrogation pour continuer les poursuites à la place du premier saisissant défaillant.

La partie qui succombe sur la contestation relative à la subrogation est condamnée personnellement aux dépens. Le poursuivant contre lequel la subrogation a été prononcée est tenu de remettre, contre récépissé, les pièces de la poursuite au subrogé qui poursuit la procédure à ses risques et périls. Par la seule remise des pièces, le poursuivant subrogé est déchargé de toutes ses obligations; il n'est payé de ses frais de poursuite qu'après l'adjudication, soit sur le prix, soit par l'adjudicataire (art.306)

b) La distraction de l'immeuble saisi

L'article 308 de l'Acte Uniforme donne la possibilité au tiers qui se prétend propriétaire d'un immeuble saisi et qui n'est tenu ni personnellement de la dette, ni réellement sur l'immeuble, de le soustraire à la saisie, en formant une demande en distraction avant l'adjudication. L'action en distraction est un incident permettant à un tiers propriétaire, copropriétaire, usufruitier ou à toute personne ayant un droit réel sur l'immeuble saisi, de le soustraire de l'assiette de la saisie ; avec cette précision que le demandeur à la distraction doit être un tiers à la procédure de saisie³⁰⁷. Il ne peut être partie à la procédure, même en qualité de tiers détenteur, ni être tenu personnellement de la dette cause de la saisie, en qualité de la caution³⁰⁸. Bien sûr, le saisi peut toujours soutenir que l'immeuble saisi n'est plus sa propriété puisqu'ayant fait l'objet d'une vente postérieurement au déclenchement des poursuites³⁰⁹. Il conviendra, dans cette hypothèse, de parler plutôt d'une demande en nullité, et non d'une demande en distraction.

En pratique, le tiers qui ne dépose pas toujours des dires et observations introduit une requête en intervention volontaire pour solliciter la distraction de son bien en application des dispositions combinées des articles 267 et 269 du Code de Procédure Civile, Commerciale, Administrative et Financière dite CPCCAF et 298 de l'AUVE. L'action en distraction des biens peut encore être présentée après l'audience éventuelle mais seulement, à peine de déchéance, jusqu'au huitième jour avant l'adjudication³¹⁰.

c)-Les demandes en annulation

Les demandes en annulation ont pour but de faire sanctionner un acte irrégulier ou l'omission d'une formalité prescrite à peine de nullité. Etant donné que nombreuses sont des formalités prescrites à peine de nullité, ce genre d'incidents sont de loin les plus fréquents et les plus nombreux. Ils couvrent aussi bien les nullités pour vice de forme que les irrégularités de fond. Les demandes en nullité doivent être soulevées par un dire annexé au cahier des charges.

L'article 313 permet de soulever la nullité du jugement d'adjudication ou du procès verbal notarié d'adjudication. En effet, aux termes des dispositions dudit article, « La

³⁰⁷ G. COUCHEZ, Voies d'exécution, op.cit, p.268.

³⁰⁸ P-G. POUGOUE, F. TEPEI KOLLOKO, op.cit. p.87.

³⁰⁹ TGI, Brazzaville, audience éventuelle, jugement, rôle civil n°1654, répertoire n°09 du 08 février 2013 précité.

³¹⁰ Art.299 alinéa 2 de l'AUVE.

nullité de la décision judiciaire ou du procès-verbal notarié d'adjudication ne peut être demandée par voie d'action principale en annulation portée devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle l'adjudication a été faite que dans un délai de quinze (15) jours suivant l'adjudication. Elle ne peut être demandée que pour des causes concomitantes ou postérieures à l'audience éventuelle, par tout intéressé, à l'exception de l'adjudicataire. L'annulation a pour effet d'invalider la procédure à partir de l'audience éventuelle ou postérieurement à celle-ci selon les causes de l'annulation ».

A priori, l'on peut noter que le législateur OHADA met le jugement d'adjudication et le procès verbal d'adjudication au même diapason alors que les deux actes n'émanent pas du même organe. La raison de cet agencement ne tient pas tant à la nature de l'organe dont émane l'acte d'adjudication qu'aux effets liés audit acte : le jugement d'adjudication, tout comme le procès verbal d'adjudication sont insusceptibles de recours. Ils ne peuvent faire l'objet d'opposition, ni d'appel ni, a fortiori, de pourvoi en cassation. Ils ne peuvent que faire l'objet d'une action en nullité par voie d'action principale ou d'exception devant le même Tribunal de Grande Instance ayant prononcé l'adjudication ou dans le ressort du tribunal l'adjudication a été faite.

Il faut distinguer selon que la demande en nullité porte sur un acte ou sur la procédure suivie avant l'audience éventuelle, après cette audience ou encore sur la décision rendue à l'audience d'adjudication ou sur le procès verbal notarié d'adjudication puisque les délais varient selon l'objet de la demande. En principe, en vertu de l'article 311 les moyens de nullité, tant en la forme qu'au fond, doivent être soulevés, cinq (05) jours avant la tenue de l'audience éventuelle, et ce, à peine de déchéance. Toutefois dit l'article 299, lorsque la demande en nullité est fondée sur un fait ou un acte survenu ou révélé postérieurement à cette audience ou lorsque le demandeur sollicite la nullité de tout ou partie de la procédure suivie à l'audience éventuelle, la demande peut encore être présentée jusqu'au huitième jour avant l'adjudication.

S'agissant de la demande en nullité portant sur le jugement d'adjudication ou le procès verbal notarié d'adjudication, celle-ci doit être présentée dans un délai de quinze (15) jours suivant l'adjudication à peine de déchéance.

d) La folle enchère

La folle enchère est un incident de la saisie immobilière tendant à mettre à néant l'adjudication en raison du manquement de l'adjudicataire à ses obligations afin de provoquer une nouvelle vente aux enchères de l'immeuble. Deux conditions, au demeurant non cumulatives, peuvent justifier l'ouverture d'une folle enchère.

Selon l'article 314 de l'AUVE, « *La folle enchère est ouverte lorsque l'adjudicataire*

1) ne justifie pas, dans les vingt (20) jours suivant l'adjudication, qu'il a payé le prix, les frais et satisfait aux conditions du cahier des charges ;

2) *ne fait pas publier la décision judiciaire ou le procès-verbal notarié d'adjudication à la conservation foncière dans le délai prévu à l'article 294 ci-dessus* »³¹¹. Il en découle que lorsque le prix et les frais taxés ne sont pas payés dans le délai prescrit ou s'il n'a pas fait publier l'acte d'adjudication dans les deux mois suivant l'adjudication, le saisi, le créancier poursuivant et les créanciers inscrits et chirographaires peuvent tenter une folle enchère. Toutefois la folle enchère peut ne plus être intentée lorsque l'adjudicataire s'exécute in extremis et que les causes d'ouverture de cette action ont disparu ainsi qu'il est dit à l'article 315 de l'AUVE.

Pour faire la preuve de la défaillance de l'adjudicataire, l'article 316 fait obligation au fol enchérisseur de se faire délivrer, par le greffier ou par le notaire, un certificat attestant que l'adjudicataire n'a pas justifié l'exécution des clauses et conditions du cahier des charges, lequel certificat doit être signifié à l'adjudicataire. L'article 316 indique que « *s'il y a opposition de la part de l'adjudicataire à la délivrance de ce certificat, il sera statué, à la requête de la partie la plus diligente, par le président de la juridiction compétente et sans recours* ». Le président de la juridiction compétente dont il est question ici est le président du Tribunal de Grande Instance compétent *rationae loci*.

Dans les cinq (05) jours de cette signification, il est procédé à la publicité en vue de la nouvelle adjudication. Les affiches et insertions indiquent les nom, prénoms, domicile ou demeure du fol enchérisseur, le montant de l'adjudication, une mise à prix fixée par le poursuivant, et le jour auquel aura lieu, sur l'ancien cahier des charges, la nouvelle adjudication. Le délai entre la nouvelle publicité et la vente est de quinze (15) jours au moins et de trente (30) jours au plus (art.317). Ainsi quinze (15) jours au moins avant l'adjudication, signification est faite à l'adjudicataire, au saisi, au saisissant et aux créanciers, des jours, heure et lieu de l'adjudication. Cette signification est faite par acte d'avocat à avocat et, à défaut d'avocat, par exploit d'huissier ou d'agent d'exécution.

Dans l'hypothèse où le titre d'adjudication a été délivré, l'article 319 indique que le poursuivant à la folle enchère signifie à l'adjudicataire, avec commandement, une copie de la décision judiciaire ou un procès-verbal notarié d'adjudication. Cinq (05) jours après cette signification, il peut procéder à la publicité de la nouvelle vente comme prévu à l'article 317 ci-dessus.

Il est dit à l'article 321 que les formalités et délais prévus par les articles 316 à 319 suscités sont observés à peine de nullité. Les moyens de nullité doivent être formulés cinq (05) jours avant l'adjudication prévue à l'article 317 ci-dessus. On peut noter une différence s'agissant des sanctions attachées à l'inobservation des délais. Alors que l'article 297 alinéa 1 sanctionne l'inobservation des délais par la déchéance, l'article 321 sanctionne de nullité le non respect des délais.

S'agissant de la vente, l'article 322 dispose que s'il n'est pas porté d'enchère, la mise à prix peut être diminuée, dans la limite fixée par l'article 267-10 ci-dessus, par décision du président de la juridiction compétente. Si malgré cette diminution de la mise à prix, aucune enchère n'est portée, le poursuivant est déclaré adjudicataire pour la

³¹¹ Le délai prévu à l'article 294 est de deux mois.

première mise à prix. Le fol enchérisseur ne peut enchérir sur la nouvelle adjudication.

Par ailleurs l'article 323 fait peser un certain nombre d'obligations sur le fol enchérisseur puisque aux termes de cette disposition, celui-ci est tenu des intérêts de son prix jusqu'au jour de la seconde vente et de la différence de son prix et de celui de la deuxième adjudication lorsque celui-ci est plus faible. En outre l'alinéa 2 du même article précise que si le deuxième prix est plus élevé que le premier, la différence en plus ne lui profite pas. Il ne peut obtenir le remboursement des frais de procédure et de greffe ni les droits d'enregistrement qu'il a payés.

B -La distribution du prix de vente de l'immeuble

La distribution du prix de vente de l'immeuble constitue l'ultime phase de la procédure de saisie immobilière. L'ordre de la distribution du prix est organisé par les dispositions de l'article 225 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés. Selon ce texte, « *Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant :*

1°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;

2°) aux créanciers de salaires super privilégiés ;

3°) aux créanciers titulaires d'une hypothèque conventionnelle ou forcée et aux créanciers séparatistes inscrits dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au registre de la publicité immobilière ;

4°) aux créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité chacun selon le rang de son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ;

5°) aux créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 180 du présent Acte Uniforme ;

6°) aux créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire lorsqu'ils sont intervenus par voie de saisie ou d'opposition à la procédure.

En cas d'insuffisance de deniers pour désintéresser les créanciers désignés aux 1°), 2°), 5°) et 6°) du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent à la distribution dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

L'Acte Uniforme a privilégié une distribution amiable du produit de la vente afin de ne pas obérer davantage les frais de poursuite avec l'introduction d'une action en distribution du prix. Encore faut-il que les créanciers parviennent à un accord; la divergence des intérêts des uns et l'intransigeance des autres pouvant ruiner les chances de parvenir à l'accord.

La recherche préalable d'un accord n'est pas une obligation, un créancier pouvant saisir le juge de la distribution. Il a été décidé que le fait pour un créancier de saisir directement le juge de la distribution sans rechercher au préalable un accord pour parvenir à une répartition amiable ne peut être sanctionné par l'irrecevabilité de

l'action; la seule obligation qui pèse sur le demandeur à la distribution est de respecter le délai d'un mois avant la saisine du juge³¹².

1)-La distribution amiable

La distribution amiable du produit de la vente peut être facilitée selon que l'on se trouve en présence d'un créancier unique ou de plusieurs créanciers.

a)Le créancier unique

En présence d'un seul créancier le juge n'intervient pas³¹³ et la répartition est plus aisée. Le produit de la vente est remis à celui-ci jusqu'à concurrence du montant de sa créance, en principal, intérêts et frais, dans un délai de quinze (15) jours, au plus tard, à compter du versement du prix de la vente. Dans le même délai, le solde est remis au débiteur. A l'expiration de ce délai, les sommes qui sont dues produisent intérêt au taux légal (art.324)

b) La pluralité des créanciers

En vertu des dispositions de l'article 325 de l'AUVE, s'il y a plusieurs créanciers inscrits ou privilégiés, ceux-ci peuvent s'entendre sur une répartition consensuelle du prix de la vente. Dans ce cas, ils adressent leur convention sous seing privé ou sous forme authentique au greffe ou à l'auxiliaire de justice qui détient les fonds. Le règlement des créanciers doit être effectué dans le délai de quinze (15) jours à compter de la réception de l'accord. Dans le même délai, le solde est remis au débiteur. A l'expiration de ce délai, les sommes qui sont dues produisent intérêt au taux légal.

2)-La distribution judiciaire

Elle n'intervient que si, dans le délai d'un mois qui suit le versement du prix de la vente, les créanciers ne sont pas parvenus à un accord. Dans ce cas le plus diligent d'entre eux saisit le président du Tribunal de Grande Instance du lieu de la vente ou le magistrat délégué par lui afin de l'entendre statuer sur la répartition du prix (art.326). L'article 327 ne précise pas le mode de saisine³¹⁴ du juge compétent et la question n'est pas dénuée d'intérêt lorsque l'on sait l'importance que l'Acte Uniforme attache au respect du formalisme dans la procédure de la saisie immobilière. Mais à la lecture de l'article 327, il est permis de dire que c'est par voie d'assignation que le juge sera saisi puisque selon ce texte, « *Cet acte de saisine indique la date de l'audience et fait sommation aux créanciers de produire, c'est-à-dire d'indiquer ce qui leur est dû, le*

³¹² Tribunal régional Hors classe de Dakar, jugement n°319 du 15 mars 2001, distribution du prix d'adjudication du TF n° 9795/DG saisi sur LOBATH FALL par la S.G.B.S, ohadata J-05-44.

³¹³I.SAMBE, Distribution du prix dans l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, ohadata-D-05-11.

³¹⁴I. SAMBE, op.cit, p.3.

rang auquel ils entendent être colloqués et de communiquer toutes pièces justificatives. La sommation reproduit les dispositions de l'article 330 ci-après ». L'exploit d'assignation doit également être signifié au saisi³¹⁵, ce dernier ayant intérêt à assister à la distribution du produit de la vente afin de voir ses créanciers être désintéressés.

L'audience ne peut avoir lieu moins de quarante (40) jours après la dernière signification.

Après avoir été sommés, les créanciers sont tenus de produire leur déclaration de créance au greffe. En effet, aux termes des dispositions de l'article 330, « dans les vingt (20) jours de la sommation, les créanciers effectuent leur production au greffe de la juridiction compétente. L'expiration de ce délai emporte de plein droit déchéance contre les créanciers non produisant ». Il en résulte que le créancier qui n'a pas produit sa déclaration de créances ou qui l'a effectué tardivement est déchu de plein droit³¹⁶. Ce faisant, il perd tout privilège ou tout droit de préférence par rapport aux créanciers produisant³¹⁷ et ne pourra plus faire valoir ses privilèges afin qu'il soit colloqué par préférence.

De ce fait, lorsque le produit de la vente est insuffisant pour désintéresser le créancier produisant, la totalité de la somme lui sera versée alors qu'autrement, une distribution au marc le franc serait envisagée en tenant compte du rang des privilèges des créanciers³¹⁸. Précisons toutefois que cette déchéance n'est attachée qu'au bénéfice de la sureté dans le cadre de la distribution du produit de la vente de l'immeuble, la conséquence est que le créancier perd son rang dans la hiérarchie de créanciers à désintéresser en priorité. C'est dire que même déchu pour production tardive, « celui qui a omis de produire peut se prévaloir, à l'encontre des créanciers chirographaires de son hypothèque, et se faire payer avant eux sur le reliquat restant à répartir », la déchéance ne pouvant purger sa créance. Ainsi lorsqu'il n'y a pas de solde restant, le créancier déchu peut utilement recourir à d'autres moyens pour recouvrer le paiement de sa créance³¹⁹.

La partie qui entend soulever des contestations doit le faire au moyen des dires qui doivent être déposés, au plus tard, cinq (05) jours avant l'audience. Ils doivent être communiqués aux autres parties (art.331). Au vu des productions, dires et explications des parties, le juge de la distribution procède à la répartition du prix de la vente. Il peut, pour causes graves et dûment justifiées, accorder une remise de la répartition, et fixer le jour de la nouvelle audience. Signalons que la décision judiciaire accordant ou refusant une remise n'est susceptible d'aucun recours (art.332).

³¹⁵ Art.328 AUGE.

³¹⁶ Dakar, Arrêt n°77 du 08 février 2001, Aff. La SGBS C/ La SNR, J-06-62.

³¹⁷ F.-J. PANSIER, « Ordre judiciaire », in S. GUICHARD, T. MOUSSA (dir), Droit et Pratique des voies d'exécution, op. cit. p.1793.

³¹⁸ Cf. Aff. La SGBS C/ La SNR, précitée.

³¹⁹ En droit français, l'article 113 du décret du 27 juillet 2006 indique à propos que « Nonobstant la déchéance qu'ils encourent dans la procédure de distribution en application de l'article 2215 du code civil, les créanciers sommés de déclarer leur créance et qui ont omis de le faire peuvent y procéder dans les formes prévues par l'alinéa ci-dessus aux fins de se voir répartir le solde éventuel ».

A contrario, en vertu de l'article 333, la décision judiciaire rendue sur le fond est susceptible d'appel dans les quinze (15) jours de sa signification. L'appel n'est recevable que si le montant de la somme contestée est supérieur au taux des décisions judiciaires rendues en dernier ressort.

Enfin, si l'adjudication ou folle enchère intervient au cours de la procédure ou même après le règlement définitif, la juridiction compétente modifie l'état de collocation suivant les résultats de l'adjudication (art.335).

C -Les voies de recours

Comme toutes décisions de justice, les décisions rendues en matière d'expropriation forcée peuvent faire l'objet des voies de recours. Cependant en cette matière, l'exercice des voies de recours obéit à des conditions particulières en raison bien entendu de la nature de la décision à attaquer.

1) L'appel

Selon l'article 300 AUVE « *les décisions judiciaires rendues en matière de saisie immobilière ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles ne peuvent être frappées d'appel que lorsqu'elles statuent sur le principe même de la créance ou sur des moyens de fond tirés de l'incapacité d'une des parties, de la propriété, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis. Les décisions de la juridiction d'appel ne sont pas susceptibles d'opposition. Les voies de recours sont exercées dans les conditions de droit commun* ». Ce texte ferme la voie de l'appel à la plupart des décisions rendues en matière de saisie immobilière ou, à tout le moins, le réduit à sa portion congrue en n'autorisant le recours à l'appel que dans les conditions limitativement énumérées, de sorte que le plaideur qui interjette appel d'une décision n'ayant pas statué sur le principe de la créance, l'incapacité d'une des parties, de la propriété du bien, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis sera déclaré irrecevable. C'est ce que rappelle la CCJA. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n°2 du 09 mars 2006³²⁰, au visa de l'article 300 AUVE, pour rejeter le pourvoi formé contre le jugement n°353 rendu par le Tribunal de Grande Instance du Wouri à Douala, la Haute Juridiction a décidé que le « *jugement attaqué rendu en matière de saisie immobilière, lequel ne statue ni sur le principe même de la créance, ni sur des moyens de fonds tirés de l'incapacité d'une des parties, ni sur la propriété ou l'insaisissabilité ou l'aliénabilité des biens saisis, n'est pas susceptible d'appel* ». Qui plus est, lorsque le tribunal n'a statué que sur l'annulation des actes de procédure, l'appel régularisé contre un tel jugement est irrecevable³²¹.

³²⁰CCJA, 2^{ème} chambre, arrêt n°2 du 9 mars 2006, Aff. Monsieur L.E. Société Camerounaise de transformation dite SOCATRAF c/ Caisse Commune d'Épargne et d'Investissement, dite CCEI-Bank S.A. devenue Afriland First Bank S.A, précité.

³²¹ Dakar, 10 juillet 2003, arrêt N°373, Aff. Alassane SECK c/ Thiédjiguène MBAYE épouse SOW, Yaya GUEYE, Ousseynou GUEYE, Abdoulaye GUEYE c/ La C.B.A.O, Ohadata J-05-36.

Selon l'alinéa 4 de l'article 300 les voies de recours sont exercées dans les conditions de droit commun. Cette disposition a suscité une vive controverse doctrinale alimentée par une jurisprudence souvent contradictoire, certaines juridictions considérant que les conditions de droit commun dont s'agit renvoient aux conditions d'exercice d'appel régies par le droit national de chaque Etat alors que d'autres estimant qu'il s'agit d'un renvoi à l'Acte Uniforme. Ainsi selon la Cour d'Appel du Littoral au Cameroun, le législateur OHADA n'ayant pas prévu de délai d'appel contre les décisions rendues en matière de saisie immobilière, c'est le délai de droit commun prévu par le législateur national qui doit être appliqué³²². A contrario la Cour d'Appel d'Abidjan estimant pour sa part, qu'il résulte de la combinaison des articles 300 et 313 de l'AUVE que le délai de droit commun pour interjeter appel en matière de saisie immobilière est de quinze (15) jours à compter du prononcé de la décision³²³.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 18 avril 2002, la CCJA a décidé que l'article 300 qui prescrit que les décisions rendues en matière de saisie immobilière ne peuvent être frappées d'appel que dans certains cas ne précise pas le délai d'appel ni son point de départ, indiquant simplement que les voies d'appel sont exercées dans les conditions de droit commun, qu'en l'absence de dispositions particulières, le délai d'appel pour tout litige relatif à une mesure d'exécution est celui prévu à l'article 49 des dispositions générales de l'Acte Uniforme suscité qui précise que la décision rendue par la juridiction compétente pour statuer sur tout litige relatif à une mesure d'exécution est susceptible d'appel dans un délai de quinze (15) jours à compter de son prononcé³²⁴, cette jurisprudence devenue constante est toujours rappelée par la haute juridiction³²⁵.

Conformément aux dispositions de l'article 301 AUVE, l'appel est notifié à toutes les parties en cause à leur domicile réel ou élu y compris à l'adjudicataire, celui-ci est particulièrement intéressé par un appel dont l'issue peut remettre en cause son droit de propriété, de sorte que les conséquences tirées d'un appel qui ne lui a pas été notifié conformément à l'article 301 ne peuvent lui être opposables³²⁶. L'acte est également notifié, dans le délai d'appel, au greffier en chef du Tribunal de Grande Instance, visé et mentionné par lui au cahier des charges. L'acte d'appel contient l'exposé des moyens de l'appelant à peine de nullité. Le fait pour l'appelant de ne pas avoir exposé

³²² Littoral, arrêt n°019/C du 18 avril 2008, Aff. La Société NGUESSI Avenue Hôtel Sarl c/ BICEC SA, J-10-266.

³²³ Abidjan, 1^{ère} chambre, arrêt N°205 du 06 février 2004, Aff. Mme A EPSE B c/ SGBCI, le juris Ohada 2 :2005, p.35, Ohadata J-05-365.

³²⁴ CCJA, arrêt n°13/2002 du 18 avril 2002, Aff. Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie de Cote d'Ivoire dite BICICI c/ Dioum Mbandy et Boucherie Moderne de Cote d'Ivoire dite Boucherie Dioum Mbandy et Fils. Rec. CCJA, n° Spécial, janvier 2003, p.58, Juriscop.org, Ohada.com/Ohadata J-02-06, Obs. Issa-Sayegh.

³²⁵ CCJA, 2^{ème} chambre, arrêt n°6 du 02 février 2012, Aff. Société SSI c/ SANY, Juris Ohada, n°4, Octobre-décembre P.25, ohadata J-13-60.

³²⁶ OUAGADOUGOU, arrêt n°61 du 07 juin 2002, Société TAMOIL BURKINA c/ Société de Pétrole TAGUI SA.

ses moyens dans l'acte d'appel entraîne la nullité dudit acte³²⁷. La Cour d'Appel statue sous quinzaine.

2)-La cassation

Il convient de rappeler que les décisions rendues par les juridictions d'appel en matière de saisie immobilière font l'objet d'un recours en cassation devant la CCJA. Ceci étant, s'il est entendu que les décisions rendues en matière de saisie immobilière ne peuvent être frappées d'appel que dans les conditions limitativement énumérées à l'article 300 de l'AUVE, la restriction du droit d'appel a pour conséquence d'ouvrir la voie de la cassation devant la CCJA aux plaideurs qui n'ont pas pu contester le jugement critiqué devant la Cour d'Appel lorsque ledit jugement est insusceptible d'appel. Toutefois, le pourvoi en cassation sera déclaré irrecevable dès lors que le jugement déféré à la censure de la haute juridiction a statué sur le principe de la propriété de l'immeuble puisqu'il est de ce fait, susceptible d'appel³²⁸. Il en sera de même lorsque ledit jugement a statué sur l'existence de la créance³²⁹, sur des moyens de fond tirés de l'incapacité d'une des parties, ou sur l'existence de la personne débitrice³³⁰, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis.

Cependant, nombreux sont des défendeurs au pourvoi qui soulèvent, in limine litis, l'irrecevabilité du pourvoi en cassation ainsi régularisé devant la CCJA par leurs colitigants pour violation des dispositions de l'article 14 du traité institutif de l'OHADA au motif qu'un jugement rendu par un tribunal n'étant ni une décision rendue par une juridictions d'appel, ni une décision non susceptible d'appel ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Ce moyen est régulièrement rejeté par la haute cour puisqu'il découle d'une lecture biaisée de l'article 14 du traité. En effet, l'article 14 alinéa 4 du traité OHADA dispose que la CCJA se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux. Or, en matière de saisie immobilière, les jugements rendus par les tribunaux sont insusceptibles d'appel lorsqu'ils n'ont pas statué sur le principe même de la créance ou sur des moyens de fond tirés de l'incapacité d'une des parties, de la propriété, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis, de sorte que l'unique voie de recours ouverte au plaideur reste le pourvoi en cassation.

³²⁷ BOBO-DIOULASSO, Chambre Civile, arrêt n°053/08 du 21 Juillet 2008, BALIMA Lamoussa c/ BOA, Ohadata J-10-122.

³²⁸ CCJA, 2^{ème} chambre, arrêt n°6 du 02 février 2012, Aff. Société SSI c/ SANY, précité.

³²⁹ Civ. 2^e, 4 mai 1988, n°87-12.016, Bull. civ.II, n°104. D.1988, IR 143.

³³⁰ Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, n°99-13.316, Bull. civ. I, n°173 ; Procédures 2001, n°233, obs. Junillon.

CONCLUSION

Il ressort de cette réflexion sur le formalisme de la saisie immobilière en droit OHADA, que le législateur OHADA accorde une importance particulière au respect du formalisme dans la mise en œuvre de la saisie immobilière ; ce formalisme se décline en deux angles: l'observation des mentions prescrites à peine de nullité et le respect de délais assorti de déchéance dans l'accomplissement des actes.

Pour mener à bien une saisie immobilière<<, il est impérieux de maîtriser les subtilités de la procédure, mais aussi de faire preuve d'une dextérité remarquable dans l'accomplissement des actes. Contrairement au régime de nullité de plein droit ou nullité automatique³³¹ régissant les autres mesure d'exécution institué par l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution, en matière de saisie immobilière, l'Acte Uniforme consacre le régime des nullités avec grief, de sorte que le moyen tiré de nullité articulé contre un acte vicié ne peut être accueilli que lorsque l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. L'exigence d'un grief permet d'atténuer les effets fâcheux d'un régime de nullité assez rigide pouvant permettre au débiteur de mauvaise foi d'échapper aux poursuites.

Cette exigence s'estompe lorsqu'un plaideur poursuit la déchéance d'un acte pour inobservation de délai, la déchéance étant acquise de plein droit à l'expiration du délai fixé sans que le plaideur qui l'invoque ne puisse justifier l'existence d'un préjudice.

La saisie immobilière exige une attention soutenue, la moindre inattention peut ruiner toute la procédure et avec elle, parfois, l'espoir de recouvrer une créance si essentielle pour l'entreprise. En dépit de la volonté affichée par le législateur OHADA de limiter les manœuvres dilatoires, l'accélération du temps du procès de la saisie immobilière, en vue de favoriser la célérité de l'instance judiciaire³³² se fait toujours attendre. Le contentieux de la saisie immobilière n'a pas échappé à la lenteur de la justice, hélas !

En définitive, le législateur OHADA devra profiter du chantier de la réforme de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution pour reformer en profondeur la procédure de la saisie immobilière en tenant compte des difficultés liées à la pratique pour limiter, les manœuvres dilatoires du débiteur, mais aussi pour toiler certaines dispositions et contribuer, in fine, à l'efficacité de cette mesure d'exécution si indispensable pour la sécurisation de l'investissement.

³³¹ M. ADJAKA, réflexion sur le régime des nullités consacré par l'Acte Uniforme de l'OHADA portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution, Ohadata D-11-25.

³³² P. A. TOURE, le nouveau visage de l'action en résiliation du bail à usage professionnel dans l'acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010, in revue de l'ERSUMA N°1, Juin 2012 p.357.

LA QUESTION DE LA DEFINITION DU CONTRAT EN DROIT PRIVE : ESSAI D'UNE THEORIE INSTITUTIONNELLE

*Par Docteur MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire, Ph./D en droit privé,
Chargé de cours à la Faculté des Sciences juridiques et politiques à l'Université de
Douala,*

Résumé

Le thème intitulé : «La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle » offre une grille de lecture iconoclaste de la notion de contrat. Si classiquement la matrice du contrat est l'accord de volontés, on propose que juridiquement l'accord de volontés ne génère qu'un projet de contrat. Ce projet ne deviendra contrat qu'en se conformant à la Loi. Cette Loi canalise l'accord de volontés ou impose aux parties des clauses. Au-delà de la définition du contrat, on trouve dans la logique institutionnelle souple un champ intégrateur des composantes des différentes doctrines sur la notion de contrat. Qui plus est, une théorie institutionnelle souple du contrat a le mérite de s'adapter aux fluctuations de la conjoncture économique, relativisant ainsi la crise du contrat.

Abstract

Classically, the root of the contract is the agreement of the contracting parties. That is why, sometimes people consider the contract as the agreement of the contracting parties. However, the agreement is not the contract. Both are different. In fact, if for the contracting parties there is a contract after an agreement, for the law there is a contract when the agreement of the contracting parties respects the frame previewed by the law. That is why the contract must be an institution. This view of the contract enables to have another meaning and to gather the keys ideas of the different opinions on the meaning of the contract. Thanks to the contract as an institution, we can no longer be afraid of the crisis of the contract.

Sommaire

I-UNE DIFFICILE STABILISATION DOCTRINALE DE LA DEFINITION DU CONTRAT EN DROIT PRIVE

A- Une partielle conceptualisation de la notion de contrat sous l'empire de l'autonomie de la volonté

1- L'exposé de la doctrine autonomiste de la volonté

a- Le contenu de la théorie de l'autonomie de la volonté

b- Les corollaires juridiques de la théorie de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle

2- Une définition volontariste lacunaire du contrat

a- La définition volontariste du contrat

b- Les lacunes de la définition volontariste du contrat

B- Une insuffisante définition du contrat par les critiques de l'autonomie de la volonté

1- Une définition dirigiste critiquable du contrat

- a-L'essentiel de la doctrine dirigiste du contrat
- b-La critique de la définition dirigiste du contrat
- 2–Une définition solidariste insatisfaisante du contrat
- a-La quintessence du solidarisme contractuel
- b-La critique de la théorie solidariste du contrat

II–UNE POSSIBLE STABILISATION DE LA DÉFINITION DU CONTRAT SOUS LE PRISME INSTITUTIONNEL EN DROIT PRIVÉ

- A–Le caractère matriciel de l'institutionnel dans le contrat
- 1–Le visage caché de l'institutionnel dans la définition du contrat
- a–Un faisceau de règles préétablies : un garde-fou canalisant la volonté des parties
- b–Un accord de volontés assujetti aux règles préétablies
- 2–La face cachée de l'institutionnel dans la force obligatoire du contrat
- a–Le fondement institutionnel de la force obligatoire du contrat
- b–La validité institutionnelle de la force obligatoire du contrat
- c–La matérialisation de l'institutionnel par un ordre public contractuel
- B–L'encadrement de la logomachie doctrinale dans la logique institutionnelle du contrat
- 1–le contrat-institution : un *instrumentum* de fédération doctrinale adaptable
- a– La contribution éclectique de la doctrine à l'édification d'une logique institutionnelle du contrat
- b–L'adaptation du contrat-institution aux fluctuations de la conjoncture
- 2–Le particularisme de la logique institutionnelle souple à l'aune des approches classiques du contrat
- a–La théorie autonomiste du contrat et la théorie institutionnelle souple du contrat
- b–Le dirigisme contractuel et la théorie institutionnelle souple du contrat
- c–Le solidarisme contractuel et la théorie institutionnelle souple du contrat

Introduction

1–Il est certainement téméraire et risqué de chercher une nouvelle grille de lecture du contrat après autant de controverses doctrinales³³³. Une opinion majoritaire de la doctrine sacralise l'omnipotence de l'accord de volontés dans la définition du contrat³³⁴. Si on respecte cette opinion, on s'en désolidarise en relativisant l'omnipotence de l'accord de volontés dans la genèse juridique du contrat en droit privé. Cette ambition a pour socle la logique institutionnelle du contrat. Pour y parvenir, il est apodictique de préciser la terminologie du contrat et celle de l'institution dans leur appréhension classique.

³³³ La notion de contrat a connu plusieurs grilles de lecture selon que l'on s'inscrit dans le courant du libéralisme économique, de l'interventionnisme étatique, enfin du solidarisme contractuel. Les détails sur ces doctrines seront exposés dans les développements ultérieurs.

³³⁴ On reviendra largement sur les auteurs qui sacralisent et articulent la définition du contrat autour de l'accord de volontés. Toutefois, on peut citer à titre indicatif : Beaumanoir, Domat, Pothier,...

2—Le mot contrat vient du latin *contractus*, dérivé de *contrahere*, et signifie rassembler, réunir, conclure. Pour préciser l'origine sémantique du mot contrat, on se réfère à la convention. Le mot convention vient du latin *conventio*, dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord. Conclure un contrat c'est se mettre d'accord sur quelque chose. La convention désigne tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque : créer une obligation, transférer la propriété, transmettre ou éteindre une obligation³³⁵. Il est établi que la convention est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire des effets de droit³³⁶. C'est aussi un acte juridique conventionnel générateur d'obligations et permettant le transfert des droits réels³³⁷. En réalité, le contrat est une variété d'une catégorie plus large qui serait la convention. Le contrat se distingue de la convention, terme plus générique désignant tout accord produisant des effets de droit. Si tout contrat est une convention, l'inverse n'est pas vrai ; car il existe des conventions qui ne créent pas d'obligations, mais les transfèrent ou les éteignent³³⁸. Cependant en pratique, on parle souvent indifféremment de contrat ou de convention³³⁹. C'est ainsi que l'article 1101 du code civil définit le contrat comme une, « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose³⁴⁰ ». Cette définition fait du contrat une convention génératrice d'obligations³⁴¹.

3—Il importe de ne pas confondre le contrat avec les accords volontaires non obligatoires. Ne constituent pas des contrats, les accords de volontés qui font naître les obligations sociales³⁴² ou morales. Ne produisent pas des effets de droit : l'entraide familiale ou amicale, les relations mondaines³⁴³, l'engagement d'honneur³⁴⁴. On ne saurait citer la lettre d'intention parce qu'elle constitue, selon les circonstances de l'espèce, un simple engagement moral ou un véritable contrat pouvant obliger le débiteur d'assurer le résultat³⁴⁵. En bref, la qualification de contrat devrait être écartée « lorsque l'accord des volontés n'a pas donné naissance à des effets pourvus d'une force juridique obligatoire³⁴⁶ ». De tels accords, dépourvus de sanction juridique, appartiennent au non-droit³⁴⁷.

³³⁵ Comité de rédaction, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 1^e éd., sous la dir. de Gérard Cornu, PUF, Paris, 1987, p. 266.

³³⁶ J. Ghestin, « la notion de contrat », Recueil Dalloz, 1990, p. 147.

³³⁷ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, Paris, 2010, p. 45.

³³⁸ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, LGDJ, Paris, 2007, p. 12.

³³⁹ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 16. ; Comp. avec la notion d'accord : v. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, L.G.D.J., Bibl.dr.privé, 2009, t. 502, pref.C.Hanoun.

³⁴⁰ Cette définition a été reprise par J. Gatsi, *Nouveau Dictionnaire juridique*, 2^e édition, PUL, AVUDRA, Douala, 2010, p. 88.

³⁴¹ B. Fages, *Droit des obligations*, L.G.D.J., EJA, Paris, 2007, p. 17.

³⁴² Ex : l'acceptation d'une invitation à dîner, la promesse de rendre service.

³⁴³ Soc.31 jan.2007, RDC 2007.1085, obs. J. Rochfeld : Le PARE, plan d'aide au retour à l'emploi, qui contente de rappeler des engagements déjà existants en vertu de la loi, n'est pas un contrat.

³⁴⁴ Cf. B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », D. 1979. 111.

³⁴⁵ M. Cabrillac, C. Mouly, P. Petel et S. Cabrillac, *Les sûretés*, 8^e éd., Litec, 2007, n^os 478 et s. et les décisions citées.

³⁴⁶ J. Ghestin, « La notion de contrat », in Revue Droits n^o 12, 1990, p. 19.

³⁴⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 7^e édition, L.G.D.J., 1992, p. 7 et s.

4-Cet exposé classique sur la notion de contrat constitue l'objet de l'analyse, dont il convient de mettre en relief avec le concept : « institutionnel ». L'adjectif « institutionnel » dérive du substantif : « institution », qui a la valeur (la pérennité) d'une institution ; qui échappe aux volontés particulières³⁴⁸. Pour cerner l'adjectif institutionnel, il faut se référer au substantif : institution.

Sous le prisme juridique, l'institution n'était qu'une des espèces du genre personnes juridiques, qu'on opposait aux corporations. Seule la théorie de la personnalité morale a recouru à ce concept. Cette théorie s'est développée d'abord et principalement en droit privé. L'idée d'institution est demeurée stérile en droit public³⁴⁹. La doctrine germanique l'a mise à profit afin d'élucider la notion de personne juridique. En droit administratif allemand s'est dessinée la figure de l'office public (*Anstalt*), qui ne serait pas une personne juridique, mais une unité composée d'un ensemble de moyens matériels ou personnels réunis dans les mains d'un sujet de droit relevant de l'administration publique, pour le service permanent d'un intérêt public déterminé : l'armée, une école, un observatoire, une académie, les postes, etc³⁵⁰. En France, Maurice Hauriou estimait que l'institution constitue une catégorie générale apte à expliquer bon nombre de principes et à recevoir d'importantes applications. C'est une organisation sociale³⁵¹. Pour Maurice Hauriou³⁵², l'institution se veut une réalité qui constitue, soit un organisme existant³⁵³, soit lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir³⁵⁴, etc. Dans un sens large, l'institution renvoie à un ensemble d'éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale ; ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité³⁵⁵. Selon Santi Romano³⁵⁶, l'institution désigne tout être³⁵⁷ ou corps social³⁵⁸. Pour Rawls, une institution renvoie à un système public de règles qui définit des fonctions et des positions avec leurs droits et leurs devoirs, leurs pouvoirs et leurs immunités et ainsi de suite. D'après ces règles, certaines formes d'action sont autorisées, d'autres sont interdites ; en cas d'infractions, elles prévoient des peines, des mesures de protection et ainsi de suite³⁵⁹.

³⁴⁸ Comité de rédaction, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 1^e éd., sous la dir. de Gérard Cornu, Paris, 1987, p. 500.

³⁴⁹ S. Romano, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 20.

³⁵⁰ V. principalement O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, § 51 ; Fleiner, *Institutionen des D. Verwaltungsrechts*, 3^e éd., Tübingen, 1913, § 18.

³⁵¹ « Tout arrangement permanent par lequel, à l'intérieur d'un groupement social déterminé, des organes disposant d'un pouvoir de domination sont mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble du groupe ».

³⁵² M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », in *Les Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, IV ; *Principes de droit public*, Sirey 1910 et 1916 ; *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^e éd., 1929, pp. 71 et s.

³⁵³ Exemple : un établissement administratif

³⁵⁴ Comité de rédaction, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, op.cit., p.499.

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ S. Romano, op.cit., p. 25.

³⁵⁷ L'être dont nous parlons doit avoir une existence objective et concrète.

³⁵⁸ L'institution est un être ou un corps social en ce sens qu'elle est une manifestation de la nature sociale et non purement individuelle.

³⁵⁹ J. Rawls, *Théorie de la justice*, Editions du Seuil, Paris, 1987, p. 86.

Toute institution juridique se caractérise par les trois traits positifs suivants³⁶⁰ : l'idée³⁶¹, le pouvoir organique³⁶² et la communauté de sentiments³⁶³. Elle débouche sur une totalité organique³⁶⁴. L'institution se singularise ainsi par sa durée et sa construction organisée³⁶⁵. Cette analyse s'attachera particulièrement à la définition de l'institution comme une unité stable et permanente, qui ne perd donc pas nécessairement son identité à la suite de mutations intervenues dans certains de ses éléments constitutifs : les personnes qui en font partie, son patrimoine, ses moyens, ses intérêts, ses bénéficiaires, ses règles, etc. Elle peut se renouveler tout en conservant inchangée son individualité propre³⁶⁶. On distingue les institutions-personnes, les institutions-organes et les institutions-mécanismes. On s'attardera sur les institutions-mécanismes. Elles s'entendent des faisceaux de règles régissant une certaine institution-organe ou une situation juridique donnée, tels que le droit de dissolution, le mariage ou la responsabilité civile³⁶⁷. Ces règles peuvent être formelles ou non écrites.

5—Au terme de l'exposé terminologique sur ces notions, on peut mieux cerner le libellé de la thématique : « La question de la définition du contrat en droit privé³⁶⁸ : essai d'une théorie institutionnelle ». Cette analyse n'est pas dénuée d'intérêts.

6—Le premier intérêt est cognitif. La notion de « contrat institutionnel » a déjà été évoquée en droit public³⁶⁹. Elle traduit le souci de pérennisation du contrat au-delà des vicissitudes affectant le sort des parties. S'il est d'usage de reconnaître le caractère institutionnel du contrat en droit public, l'affirmation n'est pas d'usage en droit privé³⁷⁰. En effet, l'approche institutionnelle souple du contrat devrait donner une autre grille de lecture, se désolidarisant des classiques tout en s'y inspirant. On aura ainsi une proposition de définition du contrat. Le deuxième intérêt réside dans le décryptage des éléments constitutifs de la notion de contrat. La prétention n'est pas de créer ce qui n'existe pas, mais de rechercher parmi les composantes du contrat, celle qui garantit réellement la force exécutoire. En d'autres termes, la contrainte étatique garantit-elle l'exécution du contrat au titre de l'accord des volontés ou plutôt de

³⁶⁰ G. Marty, « La théorie de l'institution », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1968, p.39.

³⁶¹ L'institution est un instrument de réalisation de l'idée que poursuit le groupe social qui a créé l'institution ; elle en est la mise en œuvre concrète.

³⁶² L'institution dispose d'un pouvoir organique afin d'édifier l'œuvre incarnant cette idée et d'en assurer la réalisation la plus complète possible.

³⁶³ L'institution est le lieu et le moyen par lequel le groupe exprime la communauté de sentiments au service de l'idée et de sa réalisation plénière.

³⁶⁴ J. C. Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd., Hachette, Paris, 2012, p.107.

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ S. Romano, *op.cit.*, p. 28.

³⁶⁷ R. Guillien et J. Vincent, *Lexiques des termes juridiques*, 14^e éd., Dalloz, Paris, 2003, p. 323.

³⁶⁸ L'ensemble des règles de Droit qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux : droit civil, commercial, droit social (en partie), etc. v. Comité de rédaction, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, *op.cit.*, p.723.

³⁶⁹ M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, p. 199 et s., p. 206 et s.

³⁷⁰ En fait le courant fondateur du code civil est le libéralisme économique et la théorie autonomiste de la volonté. Ces courants de pensée encadrent l'individualisme et la liberté contractuelle. Ce qui est antinomique d'une contrainte institutionnelle *a priori*.

l'assujettissement de l'accord aux règles préétablies parla Loi³⁷¹ ? Il s'agit d'apporter une réponse à la question : que reste-t-il de l'accord de volontés comme fondement de la force obligatoire du contrat ? La réponse à ces questions nécessite le décryptage de la notion d'institution. Un autre intérêt réside dans l'appréhension qu'on donne au concept « institution ». En effet, un *distinguo* peut s'établir entre institution rigide³⁷² et institution souple³⁷³. On optera pour une lecture souple³⁷⁴ de l'institution pour avoir une définition du contrat adaptable aux secousses et crises des doctrines sur le contrat. Ce résultat ne sera possible qu'en recourant à la méthode exégétique³⁷⁵, syncrétiste³⁷⁶ et éclectique³⁷⁷. Par ailleurs, moins à créer une notion institutionnelle du contrat, qui est une arlésienne en droit privé, il est plus question de voir dans la lecture institutionnelle une zone d'osmose faisant place à toutes les tendances doctrinales sur la notion de contrat, sans en être prisonnière. Le but est de relativiser la crise du contrat³⁷⁸. Elle renvoie à un renforcement de la réglementation de certains contrats, les apparentant aux statuts. Plus que la crise du contrat, certains ont prédit la mort de celui-ci³⁷⁹. Une lecture institutionnelle souple du contrat permet de tempérer la frayeur de cette tendance³⁸⁰. Sur le volet pratique, la définition institutionnelle du contrat en

³⁷¹ Cette loi est extérieure à celle que crée l'accord des volontés.

³⁷² Une institution rigide est celle qui ne permet pas de modification ultérieure.

³⁷³ Une institution souple est celle qui permet des ajustements ultérieurs.

³⁷⁴ L'idée de souplesse n'est pas nouvelle en droit privé. Une illustration a été faite avec le contrat-cadre. En effet, le contrat-cadre est un contrat souple répondant aux situations contractuelles complexes. Le contrat-cadre apparaîtrait alors comme un contrat qui fixe les grandes lignes de la volonté des contractants, en laissant à des contrats d'application le soin de les préciser et de les appliquer. La souplesse consiste pour les partenaires à créer un véritable cadre pour les relations futures, afin de répondre à tous les objectifs (J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, L. G. D. J, EJA, Bibliothèque de droit privé, tome 273, Paris, 1996, pp.3 et 10). La souplesse est perceptible aussi par le dynamisme de l'accord de volontés : « Le contrat-cadre peut en effet être modifié par un nouvel accord de volontés » (J. Gatsi, op. cit, p. 114.). Cet accord de volontés est exprimé par un contrat d'application, qui peut ou ne peut pas être l'exécution du contrat-cadre (les contractants peuvent au moment de la conclusion d'un contrat d'application, exclure une clause du contrat-cadre par un contrat d'application particulier. Cette exclusion correspond à la liberté contractuelle et à la flexibilité du contrat cadre ; v. J. Gatsi, op.cit., p. 298.). Cette appréhension de la souplesse intéresse la présente analyse parce qu'elle rend compte de l'adaptabilité du contrat. Seulement, si le Pr J. Gatsi analyse le contrat-cadre comme un contrat de prévision pour la conclusion des contrats futurs (contrats d'application) ; notre intérêt se limite à la définition du contrat classique en vue d'y rechercher les éléments institutionnels et leur statut dans la genèse juridique du contrat. Au-delà de cette divergence d'objets, l'idée de « souplesse », « d'adaptation » ou de « flexibilité » reste le nœud gordien entre ces deux analyses.

³⁷⁵ L'exégèse renvoie à l'interprétation d'un texte (Le petit Larousse : Grand format, Paris, 1999, p. 410). Nous allons interpréter les doctrines et les dispositions légales.

³⁷⁶ Le syncrétisme est un courant philosophique qui tend à fusionner plusieurs doctrines différentes (Le petit Larousse : Grand format, Paris, 1999, p. 982). Nous allons fusionner la théorie de l'autonomie de la volonté, le dirigisme contractuel et le solidarisme contractuel. Seulement, cette fusion se veut éclectique.

³⁷⁷ L'éclectisme est une méthode qui consiste à choisir dans différents systèmes, ce qui paraît meilleur pour en faire un nouveau système (Le petit Larousse : Grand format, Paris, 1999, p. 359). Nous choisissons dans : la théorie de l'autonomie de la volonté, le dirigisme contractuel et le solidarisme contractuel, ce qui permet de construire la théorie institutionnelle souple du contrat en droit privé.

³⁷⁸ H. Batiffol, *La crise du contrat et sa portée*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13.

³⁷⁹ K. Stoyanovitch, *La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 89.

³⁸⁰ Les partisans de la crise du contrat réduisent le contrat à l'accord de volontés, alors que le contrat comporte d'autres composantes parfois plus décisives que l'accord des volontés. Il s'agit des éléments

droit privé invite les usagers des contrats à plus de vigilance dans le respect des conditions de validité. Il est particulièrement décevant pour une partie de découvrir tardivement devant le juge, que l'accord qui a sous-tendu les transactions entre elles, n'a jamais été un contrat. La conséquence est la perte des effets de droit et de la protection non seulement du juge³⁸¹, mais aussi de la Loi³⁸².

7—Au-delà des intérêts de la présente analyse, il convient de préciser la question centrale et le nœud gordien de cette étude. Elle se libelle de la manière suivante : au regard de la polémique doctrinale sur la notion de contrat, peut-on concevoir une définition stable et constante du contrat en droit privé sous le prisme institutionnel ? La réponse à cette question est affirmative et exige d'établir en amont une difficile stabilisation doctrinale de la définition du contrat en droit privé (I). Au terme de cette entreprise, on pourra en aval proposer une possible stabilisation de la définition du contrat sous le prisme institutionnel en droit privé (II).

institutionnels du contrat. La réglementation du volet institutionnel du contrat n'annihile pas la liberté d'une ou de deux volontés de s'engager ou pas dans le contrat.

³⁸¹Les contractants disposent d'une véritable activité normative. Mais, ils doivent respecter les normes qui leur sont supérieures, afin que la validité de leurs engagements ne puisse pas être mise en doute par le juge (J. Gatsi, op. cit., p. 113). En clair, la phrase : « les normes qui leur sont supérieures », renvoie à la Loi.

³⁸²L'utilisation de la majuscule dans le terme « Loi » renvoie à la loi comme un acte extérieur de la volonté des parties et qui s'impose à elle.

I-UNE DIFFICILE STABILISATION DOCTRINALE DE LA DEFINITION DU CONTRAT EN DROIT PRIVE

Si la définition du contrat donnée par l'article 1101 du Code civil arrange le législateur, elle laisse la doctrine divisée. En effet, on assiste en doctrine à une réelle logomachie³⁸³ entre les courants de pensée sur la notion de contrat. On distingue selon les chapelles de pensée : la théorie de l'autonomie de la volonté, celle de l'interventionnisme étatique et celle du solidarisme contractuel. La similitude entre toutes ces doctrines est une approche partielle (A) et insuffisante (B) de la notion de contrat.

A-Une partielle conceptualisation de la notion de contrat sous l'empire de l'autonomie de la volonté

Avant de conclure sur une définition volontariste lacunaire du contrat (2), il est logique d'exposer préalablement la doctrine y relative (1).

1-L'exposé de la doctrine autonomiste de la volonté

L'exposé de la doctrine autonomiste de la volonté s'articule autour de son contenu (a) et de ses corollaires (b).

a-Le contenu de la théorie de l'autonomie de la volonté

8-La théorie de l'autonomie de la volonté est l'œuvre d'une partie de la doctrine de la fin du XIXe et du début du XXe siècle³⁸⁴. Sur le plan philosophique, elle est fortement imprégnée des idées du contrat social de Jean Jacques Rousseau. Selon les idées rousseauistes, « l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature³⁸⁵... ». En fait, l'autonomie de la volonté est un résultat de la philosophie individualiste et du libéralisme économique. Elle a fortement influencé le Code civil de 1810, en France.

Les auteurs qui inspirèrent le Code civil, comme Domat et Pothier³⁸⁶, ses rédacteurs et surtout les interprètes du XIXe siècle fondaient le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté : le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'y engagent³⁸⁷. Cette théorie s'inspirait des doctrines philosophiques et économiques variées.

L'origine philosophique de la théorie de l'autonomie de la volonté est à chercher chez les canonistes. Le contractant qui a donné sa parole est lié, s'il ne veut pas mentir, commettre un péché : « *Pacta sunt servanda* ». Une autre source de

³⁸³Discussion sur les mots, ou discussion dans laquelle les interlocuteurs emploient les mêmes mots dans les sens différents. ; voir, Le petit Larousse : Grand format ; Paris, 1999, p. 604.

³⁸⁴Sur cette question, v. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Trav. Univ. Paris II, 1980 ;rappr. G. Rouchette, « La force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 1987.

³⁸⁵C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, note de bas de page 31.

³⁸⁶Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1^{re}ed., 1689, réédité tout au long du XVIIIe siècle) et Robert. Joseph Pothier, *Traité des obligations*, 1761), Ad. : J-L. Gazzaniga, Domat et Pothier, *Le contrat à la fin de l'Ancien Régime*, Droits, 1990, n°12, p. 37s.

³⁸⁷V. Ranouil, op.cit.

l'autonomie de la volonté est dans le droit naturel laïc et la philosophie du siècle des Lumières : « L'homme est libre et ne peut être lié que parce qu'il a voulu, dans la mesure de ce qu'il a voulu ». Selon la lecture rousseauiste, le contrat social librement accepté par les citoyens est le fondement de toute société³⁸⁸.

Sous le prisme économique, l'autonomie de la volonté est le substrat du libéralisme. La loi du marché repose sur l'idée d'échange. Son meilleur instrument est le contrat dont la conclusion et le contenu sont abandonnés à la libre négociation des individus. Selon Kant, la volonté source unique de toute obligation juridique est également seule source de justice : « Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, dit-il, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice ; mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même³⁸⁹ ». Dans une formule célèbre, Fouillée, disciple de Kant, affirmait que « Toute justice est contractuelle ; qui dit contractuel dit juste³⁹⁰ », que l'on pourrait compléter par « Qui dit contractuel dit efficace³⁹¹ ». Chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts, on peut présumer que ceux-ci sont parfaitement respectés par les engagements qu'il a volontairement souscrits³⁹². Cette lecture de la théorie de l'autonomie de la volonté a des corollaires juridiques en matière contractuelle.

b-Les corollaires juridiques de la théorie de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle

9— Sous l'angle juridique, la théorie de l'autonomie de la volonté conduit à la proclamation de certains principes. Il s'agit du principe de la liberté contractuelle : les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter³⁹³. De même, elles sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu³⁹⁴. De l'accord de volontés, se déduit le principe du consensualisme. Il signifie que la volonté d'une personne suffit à l'engager. Le contrat est valable du fait de l'échange des consentements, sans qu'aucune condition de forme ne soit exigée³⁹⁵. C'est ce que traduit la célèbre maxime de Loysel : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ». Ensuite, l'autonomie de la volonté a également pour corollaire : le principe de la force obligatoire du contrat. En substance, un individu qui s'est librement lié, ne peut se délier de cet engagement : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à

³⁸⁸ R. Cabrillac, *op.cit.*, p.18.

³⁸⁹ E. Kant, *Doctrines du droit*, trad. Barni, p. 169.

³⁹⁰ Cette citation de Fouillée a été détournée de son contexte d'origine solidariste pour servir la vision autonomiste de la volonté. Selon A. Fouillée « Nous sommes frères parce que nous acceptons volontairement un même idéal en entrant dans la société et que nous nous obligeons à former une même famille ; nous sommes frères aussi parce que nous sommes naturellement membre d'un même organisme, parce que nous ne pouvons vivre, ou nous développer les uns sans les autres, parce que notre moralité même est liée à l'état social et à la moralité de l'ensemble. En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité et **qui dit contractuel dit juste** ». Voir, A. Fouillée, *La science sociale nouvelle*, 2^e éd., Hachette et Cie, 1885, p. 410.

³⁹¹ E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ*, 1996.685 s.

³⁹² D. Terré-Fornacciarì, « L'autonomie de la volonté », *Rev. Sc. Morales et politiques*, 1995, 255, sp.p. 264.

³⁹³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 31.

³⁹⁴ Article 1/1 Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats (Avant-projet).

³⁹⁵ R. Cabrillac, *op.cit.*, p.19.

ceux qui les ont faites »³⁹⁶. « Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées par le présent Acte Uniforme » pour reprendre l'article 1/4 de l'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats (Avant-projet). Enfin, le principe de l'effet relatif du contrat : sont seules tenues les personnes qui ont entendu se lier ou « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes³⁹⁷ ».

Ces corollaires juridiques de la théorie de l'autonomie de la volonté dévoilent la philosophie de la liberté contractuelle. Selon cette philosophie, le droit des contrats se révèle comme une matière ouverte à l'imagination des particuliers, et des entreprises, qui ont toute latitude pour façonner selon leurs besoins propres, les arrangements qui leur conviennent. Ils ne sont pas tenus de se couler dans l'un ou l'autre moule préfabriqué, que la loi met à leur disposition. Telle est, dans toute sa force, la liberté contractuelle. Lorsqu'on évoque celle-ci dans la théorie générale des obligations, c'est avant tout pour dire que les individus ont le droit, à condition de respecter l'ordre public, de déroger aux règles des contrats³⁹⁸. C'est dire si la notion « d'ordre public » qu'on évoque ici, n'est que décorative. La sacralité de l'accord des volontés range au second plan l'ordre public, et donc la Loi.

A ce stade de l'analyse, la doctrine de l'autonomie de la volonté propose le schéma suivant : l'accord de volontés est la locomotive + le législateur est un wagon = le tout formant le contrat (un train). Le particularisme de cette équation est de mettre la Loi au service de l'accord de volontés. Il en ressort une sorte de suprématie de l'accord de volontés sur la Loi. Cette approche volontariste du contrat aboutit à une définition lacunaire.

2–Une définition volontariste lacunaire du contrat

La démarche consistera en première amorce à présenter la définition volontariste du contrat (a). En seconde approche, on établira ses lacunes (b).

a–La définition volontariste du contrat

10–L'évolution s'est faite sous l'ancien droit, grâce à l'influence des canonistes qui ont promu le respect de la parole donnée : *pacta sunt servanda*³⁹⁹. Déjà Beaumanoir disait : « Toutes convenances sont à tenir⁴⁰⁰ ». Domat et Pothier, inspireurs directs du code civil, adoptèrent définitivement des définitions consensualistes du contrat⁴⁰¹. Au XVIIe siècle, Domat introduit la première partie de son ouvrage sur les : *Loix civiles dans l'ordre naturel*, par ces mots : « les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou de plusieurs personnes, qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles

³⁹⁶Article 1134 du code civil camerounais ; « Solus consensus obligat »

³⁹⁷Article 1165 du code civil camerounais.

³⁹⁸J. Huet, *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd, (dir) J. Ghestin, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 19.

³⁹⁹V. Gazzaniga, n° 85 et 146, et 154, selon lequel « au XVIe siècle, malgré quelques résistances, le principe *solus consensus obligat* apparaît absolu », n° 146.

⁴⁰⁰Coutumes de Beauvaisis, 1283, n° 999.

⁴⁰¹J.-L. Gazzaniga, Domat et Pothier, op.cit., n12 et 37.

promettent⁴⁰² ». Et, au XVIII^e siècle, Pothier peut écrire que « **toute convention, par laquelle les parties, ou l'une d'elles, promet à l'autre de lui donner, ou de faire ou ne pas faire quelque chose (est) selon la simplicité de notre droit, un vrai contrat**⁴⁰³ ». Ainsi pour Pothier, la convention est « le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement ou pour en résoudre un précédent ou le modifier », tandis que **le contrat est « l'espèce de convention qui a pour objet de former un engagement »**. De même pour Domat, « toutes les conventions nommées ou innommées ont toujours leur effet et elles obligent à ce qui est convenu »⁴⁰⁴. Cette approche volontariste du contrat souffre de certaines lacunes.

b-Les lacunes de la définition volontariste du contrat

11—La définition volontariste du contrat cristallise l'importance sur le consentement des parties ou l'accord des volontés, l'égalité des parties et leur liberté. Toutefois, cette liberté et cette égalité sont théoriques. Dans les faits, l'inégalité entre les parties n'est pas nouvelle. La société de l'Ancien Régime était fondamentalement inégalitaire. En fait dans l'échange, la partie, qui doit satisfaire un besoin vital, est désavantagée. De même le vendeur, parce qu'il connaît mieux l'objet vendu, est avantagé par rapport à l'acheteur⁴⁰⁵. Qu'il s'agisse des relations entre professionnels ou entre profanes et professionnels, cette inégalité est aggravée par la pratique des contrats d'adhésion. En effet, dans certains contrats la position des parties est telle que l'un des contractants est obligé de traiter aux conditions qui lui sont par l'autre à la fois offertes et imposées. On a donné à ces contrats le nom de contrats d'adhésion⁴⁰⁶. Ce sont de véritable réglementation unilatérale du contrat, que l'une des parties présente à l'adhésion de l'autre ; et que cette dernière ne peut guère en fait refuser, parce qu'elle est le plus souvent commune à toute une profession⁴⁰⁷. C'est l'hypothèse des contrats d'adhésion inventés par Saleilles en 1901, ou les contrats sources d'autorité légale décrits par Demogue en 1911, et que Christophe Jamin appelle les contrats de sujétion. Ils ont la particularité de s'inscrire dans la durée et de ne pas être seulement le support d'un échange. Parce qu'ils mettent aux prises des parties de force inégale, ces contrats peuvent réserver à l'une d'entre elles le droit de fixer les règles du jeu au cours de leur exécution. On peut illustrer avec les contrats de travail, les contrats hybrides des économistes (sous-traitance, franchise, concession, etc.) ou encore les contrats de la vie courante, tels que ces contrats d'abonnement conclus dans les multiples secteurs (téléphonie mobile, internet, crédit, etc.) qui réservent conventionnellement au professionnel le droit de modifier des clauses importantes du contrat au cours de son exécution, en laissant au consommateur la possibilité de le résilier, si cette modification ne lui convient pas. Ces contrats ont la particularité de faire de l'un des contractants le sujet de l'autre⁴⁰⁸.

⁴⁰²Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op.cit.

⁴⁰³Pothier s'exprime ainsi à propos du précaire, *Traité du prêt à usage et du précaire*, n° 89.

⁴⁰⁴M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, 1^{ère} éd., Thémis, PUF, Paris, 2004, p. 42.

⁴⁰⁵J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *Chronique*, Recueil Dalloz, Sirey, 1982, p. 2.

⁴⁰⁶G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, L.G.D.J., Paris, 1949, p. 97.

⁴⁰⁷J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », op.cit., p. 2.

⁴⁰⁸C. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in Comité de rédaction, *Le solidarisme contractuel*, Colloque, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Economica, Paris, 2004, p. 165.

Les contractants n'ont pas la même force économique et le plus puissant peut dicter sa loi au plus faible⁴⁰⁹. A la formule de Fouillée « Qui dit contractuel dit juste » répond celle de Lacordaire « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit⁴¹⁰ ». L'illustration du déséquilibre entre les contractants est manifeste dans les relations de travail, dans le droit de la consommation, nécessitant la réglementation du contrat entre consommateur et professionnel, qui influence la théorie des contrats⁴¹¹. Au postulat qui voulait que le libre jeu des volontés individuelles conduise aux rapports socialement les plus utiles, on a objecté que les hommes s'orientent naturellement vers les activités les plus rentables, lesquelles ne sont pas nécessairement les plus utiles⁴¹². Bien plus, l'autonomie de la volonté peut être conforme à l'intérêt des contractants, mais heurter l'intérêt général⁴¹³.

Au regard des lacunes de la définition volontariste du contrat, d'autres courants sur la notion de contrat se sont développés. Il s'est agi du dirigisme contractuel et du solidarisme contractuel. A l'observation de ces deux doctrines, il ressort une conceptualisation du contrat qui est tout aussi insuffisante.

B–Une insuffisante définition du contrat par les critiques de l'autonomie de la volonté

La définition du contrat proposée par la théorie de l'autonomie de la volonté a été critiquée par le dirigisme contractuel (1) et le solidarisme contractuel (2). Ces courants de pensée aboutissent elles aussi à des définitions tout aussi critiquables.

1–Une définition dirigiste critiquable du contrat

Pour critiquer la définition dirigiste du contrat (b), il importe préalablement de la présenter (a).

a–L'essentiel de la doctrine dirigiste du contrat

12–L'inégalité a naturellement engendré l'injustice. Elle a aussi permis aux plus forts d'imposer leur loi ; qui visait à protéger leurs intérêts particuliers, sans se soucier de l'intérêt général, de l'utilité publique. Sous l'influence des doctrines socialistes et sociales chrétiennes, et sous la pression des syndicats, et plus récemment des associations de consommateurs, l'Etat est intervenu⁴¹⁴. L'interventionnisme étatique a été systématisé par la doctrine dirigiste.

La doctrine dirigiste du contrat promeut l'interventionnisme de l'Etat par le truchement du législateur pour canaliser l'activité contractuelle, au nom de l'intérêt général. En effet, le grand mouvement interventionniste de la seconde moitié du XIX^e siècle a demandé avec insistance l'action du législateur pour repousser les abus du contrat et dénoncé notamment le contrat de travail « l'exploitation de l'homme par l'homme »⁴¹⁵. C'est ainsi que pour éviter que le fort n'exploite le faible, le législateur règlemente impérativement le contenu des contrats passés entre des parties qui sont dans une situation d'inégalité structurelle : employeur et salarié, transporteur et

⁴⁰⁹ R. Cabrillac, op.cit., p.19.

⁴¹⁰F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 38.

⁴¹¹ Cf. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 182.

⁴¹²F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 38.

⁴¹³R. Cabrillac, op.cit., p. 21.

⁴¹⁴J. Ghestin, op. Cit. p. 2.

⁴¹⁵Comp. Meynial, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 545.

transporté, assureur et assuré, bailleur et locataire⁴¹⁶etc. De même, pour lutter contre l'inflation, le gouvernement peut pratiquer une politique de taxation, c'est-à-dire qu'il fixera le prix des biens et des services⁴¹⁷.

L'interventionnisme étatique va parfois jusqu'à remettre en cause la liberté de conclure le contrat ou de choisir son cocontractant. On est en présence d'un contrat imposé⁴¹⁸. En guise d'illustration, tout propriétaire exploitant d'un véhicule est obligé de conclure un contrat d'assurance. Et au Cameroun tout fonctionnaire, qui perçoit un salaire supérieur à cent milles (100 000) FCFA, est obligé d'ouvrir un compte bancaire. En bref, l'idée est que dans une situation d'interventionnisme étatique, « le sujet a voulu contracter et c'est tout » ; « les effets de droit sont du domaine objectif et sont produits par le droit objectif sans que la volonté y ait un rôle quelconque⁴¹⁹ ». Cette doctrine dirigiste du contrat aboutit à une définition critiquable.

b-La critique de la définition dirigiste du contrat

13-Selon la doctrine dirigiste, l'acte de contracter se réduit pour les parties à se placer sous l'empire d'un statut légal impératif. Aussi a-t-on pu parler à ce propos des rapports légaux d'origine contractuelle et voir dans **le contrat un acte-condition, c'est-à-dire un acte qui n'a pas pour but de modeler des droits et des obligations, mais d'appliquer à la personne les droits et les obligations résultant d'un statut réglementaire**⁴²⁰.

Sous le prisme dirigiste, le contrat est un statut réglementaire de droits et d'obligations déclenché par l'accord de volontés. Cette définition neutralise la capacité des contractants à créer des droits et obligations. Seul le législateur ou le gouvernement dans un acte réglementaire peut créer des droits et des obligations. En effet, cette lecture est critiquable ; car si la loi ou le règlement fixe le régime des contrats nommés⁴²¹, les contrats innommés sont le fruit de l'accord des volontés et relèvent du droit commun des contrats⁴²². Si pour des raisons d'intérêt général et de protection de la partie économiquement faible, le législateur ou le gouvernement réglemente certains contrats ; on ne saurait généraliser cette réglementation à tous les contrats, paralysant ainsi le génie créateur de la volonté des parties. Il survit en conséquence la liberté de contracter, celle de choisir un domaine pas encore élaboré par le Code civil ou un autre texte, tant que l'accord des parties est conforme aux conditions de validité des contrats. Mieux encore, les parties sont libres de concevoir des projets de contrat en définissant des droits et des obligations ; c'est une possibilité aménagée par les contrats innommés du Code civil.

⁴¹⁶F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 39.

⁴¹⁷Op.cit., p. 40.

⁴¹⁸R. Morel, *Le contrat imposé*, Etudes Ripert, 1950, t.II, 116 ; Josserand, Le contrat forcé et le contrat légal, DH.1940, J. P. Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD civ. 1944. 73.

⁴¹⁹H., L. J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 116.

⁴²⁰L. Duguît, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, 1920, rééd.1999, p.114 et s.

⁴²¹F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 71.

⁴²²D. Grillet. Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, thèse ronéot. Lyon. III, n°400, p. 465 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, thèse, Paris I, éd, 1999,n° 46 et s.

Après l'éviction de la notion dirigiste du contrat, il convient d'examiner l'approche solidariste du contrat. Elle aboutit aussi à une définition insatisfaisante du contrat.

2–Une définition solidariste insatisfaisante du contrat

Pour démontrer l'insatisfaction de la définition solidariste du contrat (b), il est logique de rappeler la quintessence de cette doctrine (a).

a–La quintessence du solidarisme contractuel

14–Il convient de résumer la philosophie qui innerve le solidarisme contractuel. C'est avant tout à un renversement radical de la philosophie rousseauiste du contrat social, censée avoir gouverné la Révolution française, auquel procède le solidarisme. Celui-ci substitue au mythe fondateur d'un contrat librement conclu entre des individus, celui d'une société déjà constituée à laquelle ces derniers s'agrègent. Le fait social l'emporte, mais il n'écrase pas l'individu, qui est censé donner implicitement et en quelque sorte rétroactivement son accord à cette agrégation par le biais d'un contrat d'adhésion. L'individu s'agrège à la société, il est en outre le débiteur des autres membres qui la composent, qu'ils soient ses prédécesseurs ou ses contemporains. Chacun de nous (...) est nécessairement le débiteur de tous⁴²³. C'est ainsi que l'état naturel en société est la solidarité. La liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. Elle n'est plus placée au pinacle dans les rapports individuels⁴²⁴.

L'exposé de la genèse du solidarisme est une entreprise quantitative considérable⁴²⁵. Toutefois, il convient de convoquer certaines figures comme Pierre Leroux⁴²⁶, Léon Bourgeois⁴²⁷, F. Buisson⁴²⁸, C. Gide⁴²⁹, C. Bouglé⁴³⁰(...) pour donner quelques précisions sur l'évolution du solidarisme⁴³¹. A défaut de refaire l'histoire, on peut s'en tenir en droit privé à la perception de René Demogue. Dès l'entre-deux guerres, René Demogue avait pris appui sur l'article 1134 al 3 du Code civil⁴³² pour développer une autre conception du contrat. Selon lui, **le contrat serait**, non le résultat d'une tension entre des intérêts antagonistes, mais « **une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis (par les contractants), absolument comme la société civile ou commerciale**⁴³³ ». Pour Demogue, « l'opposition entre l'intérêt du créancier et

⁴²³C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, note de bas de page 24.

⁴²⁴R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Rousseau et Cie, t. 1, 1923, n° 10, p. 19.

⁴²⁵Comité de rédaction, *Le solidarisme contractuel*, Colloque, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Economica, Paris, 2004.

⁴²⁶*De l'humanité*, Paris, Perrotin, éditeur-libraire à Paris, 1840. L'ouvrage a été réédité, notamment chez Fayard, en 1985.

⁴²⁷*Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1896. Cet ouvrage a fait l'objet de rééditions, notamment en 1912.

⁴²⁸*La solidarité à l'école*, publié chez Alcan en 1902.

⁴²⁹*L'idée de solidarité en tant que programme économique*, Conférence de 1893, Paris.

⁴³⁰*Le solidarisme*, publié chez Alcan en 1907.

⁴³¹Sur la question, il convient de lire : Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme », in colloque sur *Le solidarisme contractuel*, (dir) de Luc Grynbaum et Marc Nicod, op.cit., p. 3 et s ; P. Mazet, « Le courant solidariste », in colloque sur *Le solidarisme contractuel*, op.cit., p.13 et s.

⁴³²« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁴³³R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, n° 3.

l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union », qu'il pèse sur le créancier non seulement une obligation de « coopérer à l'exécution » et « de faciliter au débiteur l'exécution du contrat » ; mais aussi, ce qui est généralement moins noté, une obligation de minimiser son dommage ou ses pertes⁴³⁴. Ce sont là des conséquences neuves à tirer de l'idée de bonne foi⁴³⁵. Seréclamant du « solidarisme contractuel⁴³⁶ », tout un courant de pensée contemporain⁴³⁷ soutient que le contrat « devient un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre⁴³⁸ ». « Loyauté, solidarité, fraternité », telle serait la « nouvelle devise contractuelle⁴³⁹ ». En vertu de celle-ci, on assisterait au « dépassement d'une conception (...) individualiste et antagoniste du contrat où chacun veillait à la défense de ses propres intérêts⁴⁴⁰ ». Il est question de se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence d'une sorte de solidarité, voire de fraternité contractuelle. Le souci n'est plus seulement d'être juste ; il est aussi d'être altruiste⁴⁴¹. Chaque contractant devrait non seulement considérer mais aussi privilégier les intérêts de son partenaire, puisque la bonne foi

⁴³⁴L'obligation de minimiser son dommage ou ses pertes signifie que le contractant doit prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter le préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution partielle ou totale du contrat. Cette obligation participe de l'esprit de collaboration dans les relations contractuelles et la prise en compte des attentes légitimes du cocontractant. C'est ainsi que la victime ne peut assister passivement au déclenchement des diverses conséquences de la faute, mais doit réagir de toute sa vigueur d'homme contre ses conséquences dans la mesure où elles aggraveraient le dommage (A. Tunc, « Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et la prise en compte des attentes légitimes du cocontractant », R.I.D.C., p. 29 ; Y. Derains, « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », R.D.A.I. 1987, p. 375 et s). En droit du commerce international, article 80 de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises « oblige chaque partie à agir pour le compte de l'autre » ; et l'article 77 dispose que « le créancier doit minimiser le dommage qu'il a subi à la suite du manquement de son cocontractant ». La même idée ressort dans l'article 266 de l'AUDCG « La partie qui invoque un manquement essentiel au contrat doit prendre toute mesure raisonnable eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, y compris le gain manqué résultant de ce manquement. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages et intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée » ; de l'article 7/26 du projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des mesures raisonnables ». Lire sur la question, A. Akam Akam, « Le comportement de la victime et la responsabilité civile », Cahiers juridiques et politiques, *Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, n°1, Université de Ngaoundéré, 2008, pp. 1 à 30. L'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats OHADA reprend cette obligation de minimiser le dommage en son article 7/26 (Atténuation du préjudice). Il dispose : « 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. ».

⁴³⁵ Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme », op.cit., p. 9.

⁴³⁶ Sur celui-ci, v. *Le solidarisme contractuel* (sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod), 2004 ; *La nouvelle crise du contrat* (sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud), 2003.

⁴³⁷ La paternité de l'expression a été attribuée par Yves Lequette à celui qui a été son chef de file entre 1995 et 2005 environ : Christophe Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2002, p. 441 et s. Mais d'autres contemporains sont associés à ce courant dont : Denis Mazeaud, Catherine Thibierge, Jacques Mestre, Bertrand Fages...

⁴³⁸ A. Seriaux, *Droit des obligations*, n° 55 in finé ; rapp. Ph. Le Tourneau, *Encycl. Dalloz droit civil*, v° Bonne foi, n° 44.

⁴³⁹ D. Mazeaud, « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 603.

⁴⁴⁰ C. ThibiergeGuelfucci, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », *RTD civ*, 1997, p. 357 et s., sp. p. 384.

⁴⁴¹ C. ThibiergeGuelfucci, op.cit., p. 376.

commanderait « d'aimer (son contractant) comme un frère⁴⁴² ». Il s'agirait d'une troisième voie « à mis chemin entre une conception dirigiste et une vision purement libérale du contrat⁴⁴³ ».

Le solidarisme contractuel n'a pas pour objectif de placer les deux contractants sur le même plan pour les rendre solidaires l'un de l'autre, mais de faire en sorte que le plus puissant d'entre eux ne puisse priver l'autre de ses droits issus du contrat. C'est bien à un travail de rééquilibrage que se livre le courant solidarisme⁴⁴⁴. Ce travail est confié au juge. Pour le courant solidariste, la voie de la révision du contrat pour imprévision est sans doute maintenant dégagée. Pourtant en matière civile, il n'est pas encore établi la désuétude de la jurisprudence *De Gallifet c/ Commune de Pelissanne* ou affaire *Canal de Craponne*⁴⁴⁵ en France⁴⁴⁶.

15—En fait, le solidarisme n'épargne pas le volontarisme de toute critique. C'est d'abord le dogme de l'autonomie de la volonté qui est susceptible d'être remis en cause⁴⁴⁷. La volonté individuelle ne peut plus être une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre. Le principe de liberté primordiale de l'individu, qui fonde cette conception du contrat, est désormais contesté au nom de la primauté du social. Ainsi que l'exprime très clairement Durkheim en 1893, ce n'est plus la volonté qui fonde la force obligatoire du contrat, mais la réglementation du contrat qui est d'origine sociale⁴⁴⁸. Il est question d'en finir avec la liberté contractuelle en déniautout rôle à la volonté individuelle ; il s'agit simplement de contester son autonomie en la soumettant à certaines exigences sociales censées lui être supérieures. Ces exigences tiennent le plus souvent à l'existence d'un lien de solidarité qui unit les individus⁴⁴⁹.

Ainsi, le solidarisme rompt avec une conception purement volontariste du contrat, c'est-à-dire avec le contractualisme, mais non point avec la contractualisation⁴⁵⁰. En effet, le contrat est en définitive perçu comme un instrument de solidarité où l'échange des services doit l'emporter sur l'opposition des intérêts,

⁴⁴² A. Seriaux, op.cit., n°55.

⁴⁴³ C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 46 et s. sp. p.56 ; v. aussi du même auteur, *Mélanges F. Terré*, 1999, p.125 et s., sp. p.135 et s.

⁴⁴⁴ C. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in colloque sur *Le solidarisme contractuel*, (dir) de Luc Grynbaum et Marc Nicod, op.cit., p. 162.

⁴⁴⁵ Civ., 6 mars 1876, *De Gallifet c/ Commune de Pelissanne*.

⁴⁴⁶ La précision est fondée parce que les autres pays de l'union européenne opèrent une décisive évolution sur la question. En effet, la Grande Bretagne, l'Allemagne, l'Espagne et la Suisse sont favorables à la révision judiciaire du contrat en cours d'exécution. De même, l'Italie, la Grèce, le Portugal sont favorables à la révision législative du contrat en cours d'exécution. La France admet la révision du contrat par les clauses prévues par les parties. Le juge administratif français a effectué une rupture en admettant la révision pour imprévision du contrat administratif (C.E., 30 mars 1916, arrêt Gaz de Bordeaux). Voir l'affaire *De Gallifet c/ Commune de Pelissanne*, Civ. 6 mars 1876, note Giboulot, D. 76. 1. 193.

⁴⁴⁷ Voir de manière générale, L. Dikoff, « L'évolution de la notion de contrat », dans *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1938, p. 201 et s., spéc. III.

⁴⁴⁸ De la division du travail social, Félix Alcan, 1893, réédité par les PUF, coll, Quadrige (11^e éd., 1986), p. 193 : « en résumé donc le contrat ne suffit pas à lui-même, mais il n'est possible que grâce à une réglementation du contrat qui est d'origine sociale ».

⁴⁴⁹ C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », op. cit., après note de bas de page 31.

⁴⁵⁰ Pour reprendre les mots d'Alain Supiot : « La fonction anthropologique du droit », *Esprit*, jan, mars, 2001, p. 155.

afin de conjurer le risque d'anomie, et plus largement de crise politique auquel aurait conduit le volontarisme individualiste du XIXe siècle⁴⁵¹. Selon la définition solidariste, « ...le contrat est une union d'intérêts équilibrés, instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance, sous l'égide d'un juge qui sait être, quand il le faut, juge d'équité⁴⁵²... ». Le solidarisme permet aux radicaux d'offrir une voie médiane à l'alternative libéralisme/socialisme en préservant un ordre économique et social bourgeois rendu plus humain. Il apparaît ainsi, comme l'ont montré Nicole et André-Jean Arnaud, comme « une doctrine de l'Etat tranquillisante⁴⁵³ ». Toutefois bien que séduisante, l'approche solidariste du contrat n'a pas échappé à la critique.

b-La critique de la théorie solidariste du contrat

16—Une des études critiques du solidarisme contractuel a été effectuée par Laurent Leveneur⁴⁵⁴. Il démontre que ce courant n'a pas d'assise dans la réalité contractuelle d'une part et que le mythe du solidarisme contractuel est dangereux d'autre part.

Le solidarisme n'a pas d'assise dans la réalité contractuelle, parce que la fraternité contractuelle est une vue de l'esprit. Contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de « faire ses affaires ». La critique est parfaitement ciselée par la plume de Philippe Delebecque, quand il affirme que : le contrat « n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité. Il repose avant tout, comme l'a écrit et dit le doyen Carbonnier, sur un antagonisme d'intérêts et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires. S'il faut réprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire d'encourager le sentimentalisme⁴⁵⁵ ».

En voulant que tous les contrats soient traités sur le modèle du contrat de société, Demogue confondait contrat-échange⁴⁵⁶ et contrat-organisation⁴⁵⁷. Dans le contrat-échange, les intérêts des contractants sont divergents ; alors que dans le contrat-organisation, les intérêts des contractants sont convergents, malgré des situations de divergences entre minoritaires et majoritaires⁴⁵⁸. Obéissant à des logiques différentes, ces deux catégories de contrats ne sauraient relever de la même

⁴⁵¹C. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in Colloque, *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin, D. Mazeaud, Dalloz, Paris, 2003, p. 13.

⁴⁵²Ph. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, sp. N°30.

⁴⁵³N. et A. J. Arnaud, « Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique », APD, 1976, p. 150.

⁴⁵⁴ « Le solidarisme contractuel : un mythe », in colloque sur *Le solidarisme contractuel*, (dir) de Luc Grynbaum et Marc Nicod, op.cit., p. 174 et s

⁴⁵⁵*Rép Defrénois*, 1996, p. 1374.

⁴⁵⁶Les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A ; v.F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 39.

⁴⁵⁷Les contrats-organisation instituent une coopération entre A et B lesquelles mettent en commun des choses qui leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe ; v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 39.

⁴⁵⁸P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, Mélanges F. Terré, 1999, p. 636.

philosophie⁴⁵⁹. M. Mauraie, derechef, a entrepris de « dissiper quelques idées fausses contemporaines » : « il faut, disent (des auteurs) que les contractants s'aident comme des frères, ou qu'ils s'aident les uns les autres ». « Cette vision du contrat relève du mythe », répond-t-il : c'est une vision sentimentale et irréaliste du droit des contrats. Dans les actes commutatifs..., il n'y a pas de *jus fraternitatis*. Aimez-vous les uns les autres, aidez-vous les uns les autres sont d'admirables règles évangéliques. Elles ne relèvent pas du droit⁴⁶⁰».

Plutôt que de tabler sur une hypothétique solidarité humaine, il convient de conserver le fait que les hommes portent plus d'attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui. La solidarité et la fraternité qui uniraient naturellement tous les membres du genre humain ne témoignent pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine. Le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût⁴⁶¹.

17—Le mythe du solidarisme contractuel est dangereux à raison de l'insécurité et l'imprévisibilité juridiques d'une part et le risque de recul de la protection de la partie faible d'autre part.

S'agissant de l'insécurité et l'imprévisibilité juridiques, on ne peut faire du droit sûr avec des concepts mous. La bonne foi est source d'insécurité et d'imprévisibilité. Comme le reconnaît D. Mazeaud, les trois éléments de la devise solidariste : « loyauté, solidarité, fraternité ») sont d'une « très faible charge normative⁴⁶² ». Accepter la mise en œuvre de cette doctrine, c'est donc nécessairement livrer le contrat au juge, avec un fort risque d'arbitraire. Des auteurs l'ont bien vu : « les principes d'égalité et de fraternité constituent, par hypothèse, des directives vagues dont la mise en œuvre ne peut qu'être abandonnée au juge et dont le contenu concret ne se révélera donc qu'après coup, non sans risque d'arbitraire et au détriment de la sécurité des contractants⁴⁶³. Ainsi, un simple défaut d'équivalence des obligations au prétexte que l'une des parties ne se serait pas montrée assez dévouée envers son partenaire menacerait gravement la sécurité des transactions⁴⁶⁴ ». Cela conduit à privilégier l'équilibre des volontés par une certaine justice contractuelle. On retrouve un dirigisme non plus du législateur mais du juge⁴⁶⁵. Qui sait mieux que les parties, ce qui est bon pour elles⁴⁶⁶.

Concernant le risque paradoxal de recul de la protection de la partie faible, il ressort à deux stades. En premier, si l'on considère la démarche solidariste, on peut faire confiance aux parties parce qu'elles se protègent mutuellement les intérêts. On a vu plus haut que l'homme est naturellement porté vers la protection de ses intérêts et ceux de l'autre en second plan. Cette donnée ontologique ne peut être abolie par le

⁴⁵⁹F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 44.

⁴⁶⁰F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 7^e édition, Dalloz, Paris, 1999, p. 217.

⁴⁶¹F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. Cit. N° 40-1.

⁴⁶²D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle crise contractuelle ? », op.cit., p. 604.

⁴⁶³J. Flour, J. L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, tome 1, 10^e édition, n° 67.

⁴⁶⁴Bakouche, *L'excès en droit civil*, th. Paris II, 2001, n° 373.

⁴⁶⁵ « ...le juge devenait partie au contrat », v. L. Cadet, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », Mélanges G. Farjat, 1999, p. 23, sp. p. 42, v. aussi du même auteur, Une justice contractuelle, l'autre, Mélanges Ghestin, 2001, p. 177.

⁴⁶⁶F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 46.

solidarisme. En second lieu, le solidarisme contractuel a pour but de permettre un rééquilibrage du contrat⁴⁶⁷. Or, selon Ripert « la liberté contractuelle n'est reconnue que parce que l'échange des produits et des services nous apparaît comme la plus juste et la plus facile organisation des rapports sociaux. Si, dans certains cas, cette liberté aboutit à l'exploitation injuste des faibles par les forts, il faut la briser⁴⁶⁸ ». Mais, s'il faut empêcher les abus de la puissance économique, ce n'est pas par la voie judiciaire, dans laquelle « on ne peut aller bien loin (...) sous peine d'établir un redoutable arbitraire », qu'il faut le faire : « C'est au législateur, puissance politique, qu'il appartient d'empêcher les abus de la puissance économique⁴⁶⁹ ».

18—On reproche au solidarisme contractuel de reposer sur une appréhension angélique et irénique du contrat⁴⁷⁰, imprégnée de solidarité et de fraternité, et sur une vision de l'homme idéalisée et régénérée. Cette doctrine livrerait le contrat pieds et poings liés au juge, investi du pouvoir d'imposer sa vision personnelle de l'équilibre et du contrat⁴⁷¹. Au-delà du feu des critiques, le solidarisme contractuel a pu renaître des cendres et brûler par ses braises le droit positif de *lege lata* et de *lege ferenda*⁴⁷². Il s'est autonomisé en ciblant les contrats répondant aux trois critères suivants : la durée, l'intérêt commun et la dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre. On peut citer les contrats de sujétion⁴⁷³, les contrats de distribution⁴⁷⁴. L'esprit du solidarisme est perceptible sur les lois protégeant les consommateurs profanes ou professionnels. Dans son article : « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », Denis Mazeaud va au-delà des critiques pour restaurer le réalisme du solidarisme contractuel et son pragmatisme au quotidien. Dans cette veine, la Cour de cassation a rigoureusement balisé le domaine du pouvoir de révision judiciaire, en le limitant aux seules clauses méritant le label de clause pénale, et en a strictement canalisé le régime⁴⁷⁵. La loyauté contractuelle interdit qu'un contractant puisse réclamer l'application des clauses clandestines, illisibles ou inintelligibles⁴⁷⁶. Dans le même sillage, l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil ne peut constituer l'alibi permettant à un contractant de confisquer le contrat à son seul profit, au point de sacrifier les intérêts

⁴⁶⁷C. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in Colloque sur *Le solidarisme contractuel*, (dir) de Luc Grynbaum et Marc Nicod, op.cit., p. 163.

⁴⁶⁸G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, LGDJ, 1949, n° 59.

⁴⁶⁹Ibid.

⁴⁷⁰J. Carbonnier, *Droit civil*, Les obligations, tome 4, PUF, 2000, n° 114.

⁴⁷¹D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », n° 8.

⁴⁷²D. Mazeaud, op. cit.

⁴⁷³Christophe Jamin a identifié les contrats de sujétion comme ceux qui ont la particularité de faire de l'un des contractants le sujet de l'autre, sans que le droit civil, ni d'ailleurs le droit de la consommation soit toujours en mesure de prendre en charge cette situation.

⁴⁷⁴Pour Yves Lequette, le solidarisme contractuel se trouve dans les contrats de distribution qui s'inscrivent dans la durée, qui sont sous-tendus par un projet commun et qui se traduisent par la dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité.

⁴⁷⁵Sur ces différents points, v. D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, *Droits et patrimoine*, mars 1998, p. 58 et s., spéc. P. 63 et s.

⁴⁷⁶Cass. civ. 1^{er}, 27 février 1996 : *Contrats, conc., consom.*, 1996, comm. n° 94, obs. J. Mestre.

de son partenaire ; l'article 1134, alinéa 3, au nom de l'idée de bonne foi, s'y oppose⁴⁷⁷. Pour synthétiser sa pensée, Denis Mazeaud conclut : « ...plaider pour la bonne foi dans les contrats ne revient pas nécessairement à prêcher pour un contrat sans foi, ni loi⁴⁷⁸... »

En guise de synthèse, on observe une lecture variable du contrat selon qu'on est en présence soit du volontarisme, soit du dirigisme, soit enfin du solidarisme contractuel. Il en ressort une réelle difficulté à cerner une définition constante, stable et fédératrice de ces courants de pensée sur la notion de contrat. Faut-il pour cette raison abdiquer à l'instar de l'épreuve de Penelope⁴⁷⁹ ? On pense qu'il est possible de stabiliser la notion du contrat en droit privé, par une lecture institutionnelle souple.

⁴⁷⁷D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », op. cit., n° 30.

⁴⁷⁸D. Mazeaud, op.cit., n° 33.

⁴⁷⁹ Dans la mythologie grecque, Penelope fut une héroïne de l'Odyssée, femme d'Ulysse et mère de Télémaque. Pendant les vingt ans d'absence d'Ulysse, elle résista, en usant de ruse, aux demandes en mariage des prétendants, remettant sa réponse au jour où elle aurait terminé la toile qu'elle tissait : chaque nuit, elle défaisait le travail de la veille. Elle est le symbole de la fidélité conjugale. ; voir, Le petit Larousse, op.cit., p. 1586.

II—UNE POSSIBLE STABILISATION DE LA DÉFINITION DU CONTRAT SOUS LE PRISME INSTITUTIONNEL EN DROIT PRIVÉ

On ne crée rien en affirmant que le contrat est une institution. On en veut pour preuve l'illustration du concept « institution » par le contrat dans les lexiques juridiques⁴⁸⁰. La doctrine a même affirmé que « le contrat est devenu un paradigme, comme l'est l'institution⁴⁸¹ ». Ce qui intéresse la présente analyse est de contribuer à une définition institutionnelle souple du contrat en droit privé. La première approche est consécutive à la difficile définition doctrinale illustrée en première partie. En seconde analyse, on prône une approche institutionnelle souple de la notion de contrat, parce que l'institutionnel est le visage caché du contrat (A) et le meilleur moyen de fédérer la logomachie sur la notion de contrat (B).

A—Le caractère matriciel de l'institutionnel dans le contrat

Par institutionnel ou institution, on entend un faisceau de règles préétablies dont le non-respect entraîne la sanction par les autorités⁴⁸². L'institution se particularise par sa posture démarquée des acteurs qui doivent s'y conformer. A la lecture de l'article 1101 du Code civil et de multiples essais sur la définition du contrat, il ressort en premier : « l'accord de volontés ». Il est la partie visible de l'iceberg, qui masque la partie invisible, mais plus décisive : « l'institutionnel ». Il est le visage caché de la définition du contrat (1) et sa force obligatoire (2).

1—Le visage caché de l'institutionnel dans la définition du contrat

19—L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Une convention est un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire un effet de droit quelconque⁴⁸³. De même aux Etats-Unis, le Restatement (Second) of the Law of Contracts définit le contrat comme « *a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty* ». Sur le plan doctrinal, Ghestin entend par contrat, un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droits et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets⁴⁸⁴. L'accord des volontés ne produit des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci⁴⁸⁵. Dans cette veine, Dutilleul définit le contrat comme un accord de volontés que la loi et/ou le juge reconnaissent autoritairement comme tel et qu'ils

⁴⁸⁰ Comité de rédaction, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, op.cit., p.499.

⁴⁸¹ F. Collart Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in colloque, *La nouvelle crise du contrat*, op.cit., p. 227.

⁴⁸² Cette définition s'inspire de l'institution-mécanisme, v. R. Guillien et J. Vincent, op.cit., p. 323.

⁴⁸³ R. Guillien et J. Vincent, op.cit., p. 166 ; Comité de rédaction, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, op.cit., p. 238.

⁴⁸⁴ J. Ghestin, « La notion de contrat », op.cit., p. 260.

⁴⁸⁵ V. J. Ghestin, op. cit., n° 156 s.

soumettent au droit des contrats⁴⁸⁶. Pour Jestaz, le contrat est un système normateur à courte portée, qui régit deux personnes (ou parfois davantage), et dont les assujettis ont eux-mêmes l'initiative de déclencher la mise en jeu. Son contenu normatif est d'abord fixé d'autorité par la loi et/ou par le juge, puis dans la mesure où la loi le permet, par une réglementation privée qui passe par l'œuvre commune des parties même quand elle émane d'une seule d'entre elles⁴⁸⁷. Ces multiples définitions du contrat, en général, celle de Jestaz avec l'expression « ...dans la mesure où la loi le permet... » en particulier, permettent d'affirmer que si le contrat produit des effets, ce n'est pas tellement en raison de l'accord des volontés (b), mais surtout parce que cet accord est en phase avec un faisceau de règles préétablies (a). La dynamique institutionnelle commande ainsi de primer la conformité aux règles préétablies sur l'accord des volontés.

a-Un faisceau de règles préétablies : un garde-fou canalisant la volonté des parties

20—Le contrat est souvent évoqué comme exemple d'acte juridique par excellence. En instituant l'acte juridique comme fait créateur de droit, l'ordre juridique habilite les sujets de droit à régler leurs relations réciproques, dans le cadre des normes juridiques générales créées par la législation ou par la coutume. Ces normes créées par acte juridique ne sont pas des normes juridiques autonomes, se suffisant à elles-mêmes ; elles ne statuent pas sur des sanctions, mais seulement sur une conduite dont le contraire est la condition d'une sanction, qu'établissent les normes juridiques générales. Elles ne sont autonomes ou complètes, que si on les combine avec les normes juridiques générales qui prévoient les sanctions⁴⁸⁸.

A la suite de Kelsen, la volonté a été considérée comme un pouvoir délégué et encadré par la loi, ou comme un simple élément subjectif dont le droit tient compte. Si la volonté était l'égale de la loi, les contractants seraient eux-mêmes leur propre législateur. Mais, la situation de la loi à la fois au-dessus et dans le contrat conduit à un « changement d'état » de la volonté⁴⁸⁹. Ainsi avant que les parties n'envisagent accorder leurs volontés, il existe déjà une réglementation qui trace le permis et l'interdit. Ce faisceau de règles concerne aussi bien les contrats nommés que les contrats innommés⁴⁹⁰. En quoi consistent ces règles préétablies ? Elles consistent notamment en des lois, des usages...

S'agissant de la loi, on peut citer *de lege lata*, les règles préétablies par le Code civil⁴⁹¹ ou *de lege ferenda* l'Acte Uniforme sur le droit des contrats (Avant-

⁴⁸⁶F. Collart Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in colloque, *La nouvelle crise du contrat*, op.cit., p. 230.

⁴⁸⁷ Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse : Quel contrat pour demain ? », in colloque, *La nouvelle crise du contrat*, op.cit., p. 258.

⁴⁸⁸H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 343.

⁴⁸⁹F. Collart Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in colloque, *La nouvelle crise du contrat*, op.cit., p. 233.

⁴⁹⁰Cette distinction est simplement évoquée par l'article 1107 du code civil. Le contrat nommé est celui qui est qualifié et réglementé par la loi (exemple : vente, bail, travail...); le contrat innommé ne fait l'objet d'aucun régime légal spécifique (exemple : abonnement). La distinction n'emporte pas de grandes conséquences pratiques, les deux catégories étant soumises au droit commun des contrats. V. R. Cabrillac, 9^e éd., op.cit., p.35.

⁴⁹¹Il s'agit du Code civil en vigueur au Cameroun.

projet), avant que les parties n'accordent leurs volontés. C'est ainsi que les conditions de formation du contrat⁴⁹², les effets du contrat⁴⁹³, les sanctions des conditions de formation⁴⁹⁴ et l'inexécution du contrat⁴⁹⁵ sont préétablies dans le code civil en général. Bien plus, le Code civil préétablit l'encadrement juridique de contrats nommés à l'instar : du contrat de mariage⁴⁹⁶, du contrat de vente⁴⁹⁷, du contrat d'échange⁴⁹⁸, du contrat de louage⁴⁹⁹, du contrat de société⁵⁰⁰, du contrat de prêt⁵⁰¹, du contrat de dépôt et du séquestre⁵⁰², du contrat de mandat⁵⁰³, du cautionnement⁵⁰⁴, du nantissement⁵⁰⁵, etc.

Concernant les usages en droit du commerce international, ce sont des pratiques préétablies qui encadrent les transactions commerciales internationales. On parle de *Lex mercatoria*⁵⁰⁶. Il convient de distinguer les usages du commerce international, des usages conventionnels⁵⁰⁷. Si les usages conventionnels sont envisagés sous l'angle des relations d'affaires entre les parties et sont donc assez relatifs ; les usages du commerce international ont une portée vaste qui dépasse largement le seul cadre des contractants et correspondent à une répétition de pratiques dans un milieu professionnel particulier. On peut alors parler « d'usage-règle » dans la mesure où ils ont une aptitude à la généralisation. De tels usages peuvent être relatifs à une branche ou un secteur d'activités. Par conséquent, le seul fait d'en faire partie a pour effet que l'on est obligé de les respecter⁵⁰⁸.

Ce corps de règles préétablies n'est pas le contrat mais un élément décisif pour valider ou invalider le projet de contrat des parties. C'est pourquoi l'accord de volontés doit être conforme au système normatif.

⁴⁹² Articles 1108 à 1133 du code civil.

⁴⁹³ Articles 1134 à 1145 et 1165 du code civil.

⁴⁹⁴ Il s'agit du régime des nullités : absolue et relative.

⁴⁹⁵ Articles 1146 à 1155 du code civil.

⁴⁹⁶ Articles 1387 à 1581 du code civil.

⁴⁹⁷ Articles 1582 à 1701 du code civil. Il convient d'ajouter les textes suivants : Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général, tel que révisé le 15 décembre 2010 ; Loi n°90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun.

⁴⁹⁸ Articles 1702 à 1707 du code civil.

⁴⁹⁹ Articles 1708 à 1799 du code civil.

⁵⁰⁰ Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

⁵⁰¹ Articles 1874 à 1914 du code civil.

⁵⁰² Articles 1915 à 1963 du code civil.

⁵⁰³ Articles 1984 à 2010 du code civil.

⁵⁰⁴ Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, tel que révisé le 15 décembre 2010.

⁵⁰⁵ Articles 2071 à 2072 du code civil, et l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés.

⁵⁰⁶ C'est le Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout Droit étatique et dont l'application échapperait, pour cette raison, à la méthode du conflit de lois. Ex : usage du commerce international, coutume marchande. V. Comité de rédaction, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, op.cit., p.546.

⁵⁰⁷ Article 1/8 (Usages et pratiques) « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable. » Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats (Avant-projet).

⁵⁰⁸ H. Kenfack, *Droit du commerce international*, Mémentos, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2012, pp. 10-11.

b-Un accord de volontés assujetti aux règles préétablies

21—À l’opposé du consensualisme où le contrat est formé par la seule rencontre des volontés, on partage la lecture romaine où le contrat n’acquiert de valeur juridique que s’il se moule dans un rituel et dans les formalités précises⁵⁰⁹. Mais, il convient de partir du formalisme pour aboutir à l’institutionnel. Au regard des approches qui sacralisent l’accord de volontés comme créateur des effets de droit, il n’est pas aisé de rendre compte de la dynamique institutionnelle. C’est illusoire de donner à l’accord de volontés une importance qu’il n’a pas. En effet cet accord, nonobstant toute la considération du consensualisme, se résume à un déclencheur⁵¹⁰ des règles préétablies. C’est pourquoi un contrat⁵¹¹ qui ne remplit pas les conditions établies par la loi à sa reconnaissance est inefficace. Au sens le plus large, il ne produit pas l’effet juridique voulu par les parties⁵¹². Ainsi la volonté ne produit d’effets juridiques, que si elle se manifeste dans les conditions et formes prévues par la loi⁵¹³.

On se rapproche de l’invalidité du contrat. C’est l’hypothèse dans laquelle nonobstant l’accord de volontés, le projet de contrat n’est pas valable, parce qu’il ne remplit pas toutes les exigences légales. Les parties ne sont pas en principe liées⁵¹⁴. La sanction prévue par la loi dans cette hypothèse est la nullité. Elle concerne le cas où un accord est pourtant conclu, mais qui ne remplit pas les exigences légales. En dépit de l’accord, il n’y a pas de contrat⁵¹⁵.

On ne saurait confondre cette hypothèse d’invalidité de l’accord *a priori* avec l’invalidité du contrat *a posteriori*. Lorsque le contrat est invalidé *a posteriori*, la sanction consiste dans la résolution⁵¹⁶ ou la résiliation⁵¹⁷. En fait, l’accord des parties était conforme au faisceau de règles préétablies, d’où un contrat valide ; mais des difficultés sont apparues au stade de l’exécution.

A ce stade de l’analyse, il ressort une information sur les composantes du contrat. Ce dernier comprend : un accord de volontés + un faisceau de règles préétablies = contrat. Le + renvoie à la conformité. L’inverse est possible. Sous cet angle, le contrat = un faisceau de règles préétablies + accord de volontés. Le + signifie : déclencher par. Cette lecture du contrat permet de mieux cerner la face cachée de l’institutionnel dans la force obligatoire du contrat.

⁵⁰⁹M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, Paris, 2004, p. 34.

⁵¹⁰Le mot déclencheur ne doit pas être compris dans un sens automatique. Il signifie être à la recherche de... ainsi, lorsque l’accord de volontés est consommé, il doit rechercher sa légitimité et sa juridicité dans sa conformité avec le droit positif.

⁵¹¹On préfère : un accord de volontés.

⁵¹²P. Tercier, *Le droit des obligations*, 3^e éd., Schulthess, 2004, p. 99.

⁵¹³G. Ripert, *op.cit.*, p. 370.

⁵¹⁴P. Tercier, *op.cit.*, p. 100.

⁵¹⁵*Op.cit.*, pp. 100-101.

⁵¹⁶C’est la sanction consistant dans l’effacement rétroactif des obligations nées d’un contrat synallagmatique, lorsque l’une des parties n’exécute pas ses prestations. V. R. Guillien et J. Vincent, *op.cit.*, p. 508.

⁵¹⁷C’est la suppression pour l’avenir d’un contrat successif, en raison de l’inexécution par l’une des parties de ses obligations ; v. R. Guillien et J. Vincent, *op.cit.*, p. 508.

2–La face cachée de l’institutionnel dans la force obligatoire du contrat

Pour appréhender la face cachée de l’institutionnel dans la force obligatoire du contrat, il convient d’établir le fondement institutionnel de la force obligatoire du contrat(a), la validité institutionnelle de la force obligatoire du contrat (b) et la matérialisation de l’institutionnel par un ordre public contractuel (c).

a- Le fondement institutionnel de la force obligatoire du contrat

22–Déterminer le fondement d’une règle, c’est rechercher la raison qui la justifie. Le fondement d’une norme juridique doit être recherché en dehors du droit, dans un principe métajuridique. La raison est que l’on ne peut songer trouver le fondement d’une norme établie par le droit dans le droit lui-même. En effet, une norme juridique ne peut jamais permettre de justifier une autre norme juridique, c’est-à-dire d’affirmer qu’une telle norme est juste (ou injuste). Elle peut seulement permettre d’en juger, d’apprécier la validité. Autrement dit, le fondement de la norme juridique doit être recherché dans une règlesupra-juridique, c’est-à-dire l’ordre moral⁵¹⁸. A partir de cette approche globale, on peut mieux s’appesantir sur le particularisme du fondement de la force obligatoire du contrat. Qu’est ce qui fonde la force obligatoire du contrat ? Quelles sont les raisons qui ont amené le législateur à instituer la convention comme étant un fait créateur de droit ? C’est la recherche par le droit objectif de l’utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat⁵¹⁹. Cette réponse ne constitue pas le but de l’analyse ; car l’enjeu est d’exposer le visage de l’institutionnel dans l’utilité et la justice contractuelles.

23–Peut-on illustrer l’institutionnel dans l’utilité du contrat ? Il faut partir du postulat suivant lequel : « le contrat est obligatoire parce qu’il est utile⁵²⁰ ». Toutefois, on ne saurait confondre l’utilité particulière avec l’utilité publique. L’utilité particulière du contrat apprécie la capacité ou les pouvoirs de l’une des parties. Il ne semble pas que l’utilité particulière du contrat pour chacune des parties soit une condition nécessaire de sa validité⁵²¹. C’est ainsi que la jurisprudence admet la validité d’un contrat qui ne présente aucune utilité pour l’une des parties, parce qu’il fait double emploi avec un autre⁵²². Si l’utilité particulière renseigne peu sur le caractère institutionnel, l’utilité publique consolide le volet institutionnel de la force obligatoire du contrat. En effet, le contrat est sanctionné par le droit objectif en raison de son utilité sociale. Le contrat est un instrument que le droit sanctionne parce qu’il permet des opérations socialement utiles. Ces opérations ou échanges doivent être

⁵¹⁸L. Bach, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité en droit civil français », R. T.D.Civ, 1977. N° 3 et 4.

⁵¹⁹J. Ghestin, « L’utile et le juste dans les contrats », op. cit. p. 3.

⁵²⁰Ibid.

⁵²¹J. Ghestin, op. cit., p. 4.

⁵²²Pour la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 juin 1959, un cultivateur qui avait contracté deux assurances couvrant de façon illimitée sa responsabilité civile pour les accidents nés de son exploitation agricole n’a pu obtenir l’annulation de la seconde police faisant double emploi avec la première, et par là inutile.

conformes à l'utilité publique, c'est-à-dire à l'intérêt général⁵²³. Ce n'est donc plus le jeu pur et simple des intérêts privés et des caprices individuels qui dicte la convention, c'est une nécessité première d'organisation d'un service⁵²⁴. Toutefois, L'utilité sociale ou publique du contrat n'est pas exclusive des volontés individuelles. En fait, elle les encadre. On parle de « l'utilité économique du contrat qui est un acte de prévision⁵²⁵ » et de prise de possession de l'avenir⁵²⁶. C'est surtout dans sa fonction principale d'échange qu'apparaît cette utilité du contrat. Comme l'écrivait Gounot, « les hommes sentent le besoin d'embrasser l'avenir dans un acte de prévision et...d'obtenir contre des services actuels des avantages futurs, ou contre des avantages futurs des services actuels⁵²⁷ ». Or, une telle opération à terme, dont l'utilité est certaine, est inconcevable sans la force obligatoire du contrat. Celle-ci dépend du droit objectif et, concrètement, de la volonté du législateur. Cette volonté n'est pas arbitraire. Sur le plan strict de l'utilité publique, il est opportun de laisser aux individus un pouvoir d'initiative dont ils recueilleront les fruits sous forme d'avantages personnels. C'est un moyen de les faire collaborer volontairement à la recherche du bien commun. Appliquée au contrat, lorsque l'engagement a été librement assumé, l'obligation de l'exécuter est ressentie par le débiteur comme un devoir de conscience, qui justifie à ses yeux la force obligatoire du contrat et renforce la contrainte étatique. La règle morale du respect de la parole donnée peut être ainsi justifiée par son utilité sociale⁵²⁸. Le plus important dans cette analyse est le rôle que joue le législateur dans la détermination de l'utilité publique ou de l'intérêt général. Ce législateur est une institution étrangère aux parties contractantes. C'est ce qui garantit le caractère institutionnel dans l'utilité du contrat. La force obligatoire du contrat vient aussi de ce qu'il est juste.

24–Peut-on ressortir le volet institutionnel dans la justice contractuelle ? Il convient au préalable de définir le juste. Dans un premier sens, le juste peut être défini comme ce qui est conforme au droit. Les positivistes ajouteront que c'est ce qui est conforme au droit positif. Pour Saint Thomas d'Aquin, la loi humaine doit être juste, c'est-à-dire orientée vers le bien commun du peuple auquel il est orienté⁵²⁹. On distingue la justice distributive et la justice commutative ou correctrice, dont la justice contractuelle n'est qu'une application particulière. La justice contractuelle conduit à exiger que le contrat ne remette pas en cause l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines. C'est ainsi que considéré dans sa fonction principale d'instrument des échanges de biens et de services, le contrat est, comme les obligations en général, soumis au principe de justice commutative. Il ne faut pas qu'il compromette l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui

⁵²³J. Ghestin, op. cit., p. 4.

⁵²⁴G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 102.

⁵²⁵G. Ripert et J. Boulanger, *Droit civil*, t.2, 1957, n° 14.

⁵²⁶G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 123.

⁵²⁷E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, n° 6, p. 354.

⁵²⁸J. Ghestin, op. cit., p. 5.

⁵²⁹Ibid.

implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne⁵³⁰. Il y a lieu pour cela de présumer que le contrat, conclu par des individus libres et responsables, est de ce fait conforme à la justice. Mais, il ne s'agit que d'une simple présomption⁵³¹. La constatation d'un déséquilibre excessif entre les prestations, ou la preuve que l'une des parties n'a pas été en situation d'apprécier ou de défendre normalement ses intérêts justifie l'intervention des pouvoirs publics⁵³². Par pouvoirs publics *in abstracto*, il faut entendre le juge *in concreto*. Le législateur prévoit l'intervention du juge dans le contrat en organisant le droit de la résolution de l'article 1184 du Code civil⁵³³. La résolution, dit la Cour de cassation, est la « consécration de *cette règle d'équité* qui ne permet pas de laisser un des contractants dans le lien du contrat dont l'autre partie ne lui fournit pas l'équivalent »⁵³⁴. Le juge apprécie le degré de l'inexécution et essaye en un mot de sauver le contrat⁵³⁵. Il peut même modifier le droit du créancier en retardant les poursuites⁵³⁶.

Le juge est une institution extérieure aux parties. Il ne peut être saisi que par une des parties, pour qu'il se prononce sur la validité de la force obligatoire du contrat et les questions d'ordre public contractuel.

b-La validité institutionnelle de la force obligatoire du contrat

25—Le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations découlant du contrat. Pour Marty et Raynaud, « pourvu que le contrat soit formé, il s'impose aux parties : le créancier peut exiger l'exécution de l'obligation convenue »⁵³⁷. Pour MM Malaurie et Aynès, « le contrat a pour effet de faire naître des obligations ; en d'autres termes, il a une force obligatoire »⁵³⁸. De façon plus précise, Flour et Aubert pensent que la force obligatoire « ne signifie pas seulement que le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations et qu'il y sera éventuellement contraint par l'autorité publique, qui veille au respect des contrats comme à l'observation de la loi. Elle signifie, en outre, que les obligations qui doivent être ainsi exécutées sont, en principe, toutes celles, mais celles seulement qu'ont voulues les parties⁵³⁹ ».

⁵³⁰V. J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale*, par J. Ghestin et G. Goubeaux, n° 192 et 193. - Cf. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse 1912, p. 358-359 : « Chacun cède ou promet pour obtenir lui-même. Un bien ne sort de mon patrimoine, mon activité ne se met au service d'autrui, je n'assume une obligation quelconque que parce qu'une valeur correspondante m'est actuellement fournie ou, ce qui revient au même, m'est promise, et qu'ainsi un dédommagement vient rétablir l'intégrité première de mon patrimoine. En sorte que si (...) nous pénétrons à l'intérieur du contrat (...) c'est un principe de justice commutative que, dès l'abord, nous rencontrons ». - Cf. N. M. K. Gomma, *Théorie des sources de l'obligation*, thèse Paris, 1968, LGDJ, préface J. Carbonnier, p. 236 à 241 et p. 249.

⁵³¹V. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, p. 387-388.

⁵³²J. Ghestin, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 5.

⁵³³Article 1184 alinéa 3 « la résolution doit être demandée en justice... ».

⁵³⁴Cass., 29 novembre 1865, D. 66, I, 27, S. 66, I, 21.

⁵³⁵G. Ripert, *op. cit.*, p. 134.

⁵³⁶L'article 1244 du Code civil permet au juge d'accorder les délais de paiement et surseoir à l'exécution des poursuites. L'article 1184 du Code civil dispose « la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

⁵³⁷G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., t.1, Les sources, Sirey, 1987, n°246.

⁵³⁸Malaurie et Aynès, *Droit civil, Obligations*, 9^e éd., 1998-1999 par L. Aynès, p.337.

⁵³⁹J. Flour et J. L. Aubert, *Droit civil, Les obligations*, t.1, L'acte juridique, 8^e éd., 1998, n° 385.

Derrière cette explication, il importe de cerner la validité de cette force obligatoire : d'où le contrat tire-t-il cette force ? Une lecture médiane contourne la question en affirmant que : le contrat tire sa force obligatoire non pas de la seule volonté des parties, mais aussi du droit objectif qui la lui confère⁵⁴⁰. Une distinction entre « l'accord de volontés » et « le droit objectif ou la Loi » s'impose pour apprécier la place de l'institutionnel dans la validité de la force obligatoire du contrat. Le contrat la tire-t-il de l'accord de volontés ? Si la réponse est affirmative, on retrouve la philosophie du consensualisme. Or, celle-ci affirme que si l'homme est lié, c'est parce qu'il a voulu. Toutefois, tout accord de volontés est-il légal ou juridique ? Est-ce que tout ce que les parties veulent, oblige l'autorité publique à en garantir le respect ? La réponse est négative, parce que seul l'accord de volontés conforme à une Loi devient la loi des parties. Il y a donc emprunt de la légalité à la Loi⁵⁴¹. Le contrat tire ainsi sa légalité du fait que l'accord des parties est conforme à un faisceau de règles préétablies par la loi. On retrouve dans cette démarche l'approche kelsenienne. En effet, inscrivant le contrat dans son univers normativiste, Kelsen le définit comme une procédure créant une norme. Cette norme est située à l'étage inférieur de la pyramide et elle tient sa valeur de la norme supérieure qui autorise les contractants à la créer⁵⁴². Une norme donnée est une norme juridique tant qu'elle appartient à un ordre juridique ; et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre⁵⁴³. En effet, le contrat tire sa force obligatoire, non de lui-même, mais d'une norme qui lui est extérieure. Le pouvoir reconnu aux volontés individuelles n'est pas originaire, mais dérivé. La force obligatoire du contrat n'est pas une réalité qui existerait et s'imposerait indépendamment de l'ordre juridique⁵⁴⁴. Dans cette veine, contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit⁵⁴⁵.

26—La validité institutionnelle de la force obligatoire du contrat vient de sa conformité à la loi ou aux règles préétablies par la loi sur les contrats ou les usages. Ces règles existent indépendamment de la volonté des contractants. Toutefois, on ne conteste pas l'approche subjectiviste du contrat comme le pur produit des volontés des parties, soit de manière radicale⁵⁴⁶, soit de manière nuancée⁵⁴⁷. Il est nécessaire de préciser que le contrat reste l'affaire des parties⁵⁴⁸ tant que l'accord de volontés est conforme aux règles préétablies par la loi ou les usages. C'est dans ce sens qu'il faut

⁵⁴⁰ J. Ghestin, « La notion de contrat », op. cit., p. 148. Et dans le même sens, H. Kenfack, « La consécration de la confiance en droit privé des contrats », Colloque organisé par le Laboratoire DANTE de l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Palais de Justice de Versailles, 22 juin 2007, inédit.

⁵⁴¹ L'accord des parties emprunte sa légalité à une Loi neutre, mais garantie par l'autorité publique.

⁵⁴² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 170 à 194.

⁵⁴³ Op.cit., p. 43.

⁵⁴⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 33.

⁵⁴⁵ Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., 2001, p.203 s.

⁵⁴⁶ M. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, M. Rouhette définit le contrat comme « un acte productif de normes bilatérales, c'est-à-dire liant deux centres d'intérêts »

⁵⁴⁷ J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., 1993, n° 172 et s.

⁵⁴⁸ B. Fages, « Nouveaux pouvoirs : le contrat est-il encore la « chose » des parties ? », in colloque, *La nouvelle crise du contrat*, op.cit., p. 153.

comprendre les dispositions de l'article 1134 du code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». On peut reformuler en affirmant que « les conventions (accord de volontés) légalement formées (formées dans le strict respect de la Loi préétablie) deviennent la petite loi des contractants ». Cette Loi préétablie comprend les règles législatives et coutumières règlementant ce que doit être un contrat. La Loi préétablie se veut impersonnelle, générale et neutre par rapport aux sujets qui veulent convertir leur accord en contrat. On retrouve la caractéristique de l'institution, qui renvoie à la dépersonnalisation.

Ayant cerné le caractère institutionnel dans la validité de la force obligatoire du contrat, on peut mieux rendre compte de l'ordre public contractuel comme une conséquence de l'institutionnel.

b-La matérialisation de l'institutionnel par un ordre public contractuel

27—Chère au publiciste⁵⁴⁹, la notion d'ordre public ne laisse pas les privatistes indifférents⁵⁵⁰. Selon le Vocabulaire juridique de Capitant, l'ordre public est défini comme l'« ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères... »⁵⁵¹. Le privatiste y voit le caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux. Les parties ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public⁵⁵². L'ordre public désigne en d'autres mots l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu. Traditionnellement, l'ordre public se décompose entre la tranquillité, la sécurité et la salubrité publique. C'est une limite de la liberté contractuelle⁵⁵³. Appliquée au champ du contrat, on a le concept d'ordre public contractuel. Seule la logique institutionnelle permet de comprendre l'imposition d'un ordre public dans le contrat. C'est ainsi que les contractants n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que, et dans la mesure où l'Etat le leur reconnaît. Cette subordination permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que dans le silence de la loi, il

⁵⁴⁹Lire sur la question, Comité de rédaction, *L'ordre public*, dir. Raymond Polin, PUF, Paris, 1996 ; E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Actes du colloque de Caen jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, (dir) M. J. Rédor, Bruylant, Bruxelles, 2001.

⁵⁵⁰B. Beignier, A. Bénabent, M.C. Boutard Labarde, J. Carbonnier, S. Cimamonti, R. Libchaber, Ph. Malaurie, J. Mestre, T. Revêt, et F. Terré, *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Sirey, 1996 ; J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », Exposé fait au C.N.R.L., le 12 mai 1982.

⁵⁵¹F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Sirey, 1996, p. 3.

⁵⁵²R. Guillien et J. Vincent, op.cit., p. 408.

⁵⁵³J. Gatsi, *Nouveau Dictionnaire juridique*, op.cit., p. 229.

prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et/ou de les compléter par le recours aux usages ou à l'équité selon la formule de l'article 1135⁵⁵⁴ du Code civil⁵⁵⁵.

28–Selon les articles 6⁵⁵⁶ du Code civil et l'article 3/1⁵⁵⁷ de l'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats (Avant-projet), la référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs permettait au juge de sanctionner les contrats qui heurteraient les valeurs essentielles de la société. Sont, par conséquent illicites, les contrats qui contreviennent aux règles d'organisation de l'Etat ou de la famille, à la morale sexuelle ou atteignent la dignité de la personne humaine⁵⁵⁸, etc. En matière commerciale, « Sont d'ordre public les dispositions des articles 101⁵⁵⁹, 102⁵⁶⁰, 103⁵⁶¹, 107⁵⁶², 110⁵⁶³, 111⁵⁶⁴, 117⁵⁶⁵, 123⁵⁶⁶, 124⁵⁶⁷, 125⁵⁶⁸, 126⁵⁶⁹, 127⁵⁷⁰, 130⁵⁷¹ et 133⁵⁷² du

⁵⁵⁴ « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les autres que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

⁵⁵⁵ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ, 1999, p. 775.

⁵⁵⁶ « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁵⁵⁷ « Sont nuls tout contrat ou toute clause : a) contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; b) contraires aux dispositions impératives de la loi, sauf si la loi en dispose autrement ».

⁵⁵⁸ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 9^e éd., op.cit., p. 21.

⁵⁵⁹ Article 101-« Les dispositions du présent titre sont applicables à tous les baux portant sur des immeubles rentrant dans les catégories suivantes : 1° locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel ; 2° locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel, à la condition, si ces locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, que cette location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur, et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la conclusion du bail ; 3° terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage industriel, commercial, artisanal ou à tout autre usage professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du propriétaire ou portées à sa connaissance et expressément agréées par lui. ».

⁵⁶⁰ Article 102- « Les dispositions du présent Titre sont également applicables aux personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial, et aux sociétés à capitaux publics, qu'elles agissent en qualité de bailleur ou de preneur ».

⁵⁶¹ Article 103- « Est réputé bail à usage professionnel toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent Titre, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle. ».

⁵⁶² Article 107-« Lorsque le bailleur refuse d'assumer les grosses réparations qui lui incombent, le preneur peut se faire autoriser par la juridiction compétente, statuant à bref délai, à les exécuter conformément aux règles de l'art, pour le compte du bailleur. Dans ce cas, la juridiction compétente, statuant à bref délai, fixe le montant de ces réparations et les modalités de leur remboursement. »

⁵⁶³ Article 110- « Le bail ne prend pas fin par la cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail. Dans ce cas, le nouveau bailleur est substitué de plein droit dans les obligations de l'ancien bailleur et doit poursuivre l'exécution du bail. »

⁵⁶⁴ Article 111- « Le bail ne prend pas fin par le décès de l'une ou l'autre des parties. En cas de décès du preneur, personne physique, le bail se poursuit avec les conjoints, ascendants ou descendants en ligne directe, qui en ont fait la demande au bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, dans un délai de trois mois à compter du décès. En cas de pluralité de demandes, le bailleur peut saisir la juridiction compétente, statuant à bref délai, afin de voir désigner le successeur dans le bail. En l'absence de toute demande dans ce délai de trois mois, le bail est résilié de plein droit. La dissolution de la personne morale preneuse n'entraîne pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité du preneur. Le liquidateur est tenu d'exécuter

les obligations du preneur, dans les conditions fixées par les parties. Le bail est résilié de plein droit après une mise en demeure adressée au liquidateur, restée plus de soixante (60) jours sans effet. »

⁵⁶⁵Article 117- « A défaut d'accord écrit entre les parties sur le nouveau montant du loyer, la juridiction compétente, statuant à bref délai, est saisie par la partie la plus diligente. Pour fixer le nouveau montant du loyer, la juridiction compétente tient notamment compte des éléments suivants : - la situation des locaux ; - leur superficie ; - l'état de vétusté ; - le prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour des locaux similaires. »

⁵⁶⁶Article 123- « Le droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée est acquis au preneur qui justifie avoir exploité, conformément aux stipulations du bail, l'activité prévue à celui-ci, pendant une durée minimale de deux ans. Aucune stipulation du contrat ne peut faire échec au droit au renouvellement. En cas de renouvellement exprès ou tacite, le bail est conclu pour une durée minimale de trois ans. En cas de renouvellement pour une durée indéterminée les parties doivent prévoir la durée du préavis de congé qui ne peut être inférieure à six mois. »

⁵⁶⁷Article 124- « Dans le cas du bail à durée déterminée, le preneur qui a droit au renouvellement de son bail en vertu de l'article 123 ci-dessus peut demander le renouvellement de celui-ci, par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, au plus tard trois mois avant la date d'expiration du bail. Le preneur qui n'a pas formé sa demande de renouvellement dans ce délai est déchu du droit au renouvellement du bail. Le bailleur qui n'a pas fait connaître sa réponse à la demande de renouvellement au plus tard un mois avant l'expiration du bail est réputé avoir accepté le principe du renouvellement de ce bail. »

⁵⁶⁸Article 125- Dans le cas d'un bail à durée indéterminée, toute partie qui entend le résilier doit donner congé par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire au moins six mois à l'avance. Le preneur, bénéficiaire du droit au renouvellement en vertu de l'article 123 ci-dessus peut s'opposer à ce congé, au plus tard à la date d'effet de celui-ci, en notifiant au bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire sa contestation de congé. Faute de contestation dans ce délai, le bail à durée indéterminée cesse à la date fixée par le congé.

⁵⁶⁹Article 126- « Le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée en réglant au locataire une indemnité d'éviction. A défaut d'accord sur le montant de cette indemnité, celle-ci est fixée par la juridiction compétente en tenant compte notamment du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur, de la situation géographique du local et des frais de déménagement imposés par le défaut de renouvellement. »

⁵⁷⁰Article 127- « Le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée, sans avoir à régler d'indemnité d'éviction, dans les cas suivants : 1°) s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du preneur sortant. Ce motif doit consister soit dans l'inexécution par le locataire d'une obligation substantielle du bail, soit encore dans la cessation de l'exploitation de l'activité ; Ce motif ne peut être invoqué que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux mois après une mise en demeure du bailleur, par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, d'avoir à les faire cesser. 2°) s'il envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués, et de le reconstruire. Le bailleur doit dans ce cas justifier de la nature et de la description des travaux projetés. Le preneur a le droit de rester dans les lieux jusqu'au commencement des travaux de démolition, et il bénéficie d'un droit de priorité pour se voir attribuer un nouveau bail dans l'immeuble reconstruit. Si les locaux reconstruits ont une destination différente de celle des locaux objet du bail, ou s'il n'est pas offert au preneur un bail dans les nouveaux locaux, le bailleur doit verser au preneur l'indemnité d'éviction prévue à l'article 126 ci-dessus. »

⁵⁷¹Article 130- « Le sous-locataire peut demander le renouvellement de son bail au locataire principal dans la mesure des droits que celui-ci tient de la personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location. Ce droit est soumis aux dispositions des articles 118 à 122 du présent Acte uniforme. »

⁵⁷²Article 133-« Le preneur et le bailleur sont tenus chacun en ce qui le concerne au respect de chacune des clauses et conditions du bail sous peine de résiliation. La demande en justice aux fins de résiliation du bail doit être précédée d'une mise en demeure d'avoir à respecter la ou les clauses ou conditions violées. La mise en demeure est faite par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire. A peine de nullité, la mise en demeure doit indiquer la ou les clauses et conditions du bail non respectées et informer le destinataire qu'à défaut de s'exécuter dans un délai d'un mois à compter de sa réception, la juridiction compétente statuant à bref délai est saisie aux fins de

présent Acte uniforme », dispose l'article 134 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.

La notion d'ordre public a connu un développement remarquable correspondant à l'intervention croissante de l'Etat dans le domaine économique⁵⁷³. De nos jours, on distingue un ordre public de direction⁵⁷⁴ et un ordre public de protection⁵⁷⁵. Dans le prolongement de l'ordre public, le développement des droits fondamentaux contribue à limiter le rôle de la volonté des contractants⁵⁷⁶. Une clause qui porterait une atteinte injustifiée à l'un de ces droits pourrait être neutralisée par les juges. Ainsi la Cour de cassation a considéré comme contraire à l'article 8 de la CEDH—proclamant le droit au respect de la vie privée et familiale—, la clause d'un contrat de bail qui interdit au locataire d'héberger ses proches⁵⁷⁷. C'est dans la même lancée qu'il importe d'inscrire les lois de police en droit du commerce international. Francescakis les définit comme des lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays⁵⁷⁸ ». Il s'agit des lois substantielles internes que le juge doit appliquer en principe immédiatement, avant tout raisonnement conflictuel. Le Règlement de Rome I dispose désormais à son article 9 « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Que les parties aient ou non choisi la loi applicable à leur contrat,

résiliation du bail et d'expulsion, le cas échéant, du preneur et de tout occupant de son chef. Le contrat de bail peut prévoir une clause résolutoire de plein droit. La juridiction compétente statuant à bref délai constate la résiliation du bail et prononce, le cas échéant, l'expulsion du preneur et de tout occupant de son chef, en cas d'inexécution d'une clause ou d'une condition du bail après la mise en demeure visée aux alinéas précédents. La partie qui entend poursuivre la résiliation du bail doit notifier aux créanciers inscrits une copie de l'acte introductif d'instance. La décision prononçant ou constatant la résiliation du bail ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la demande aux créanciers inscrits. »

⁵⁷³ P. Malaurie, L'ordre public et le contrat, thèse, Paris, 1953 ; G. Farjat, L'ordre public économique, L.G.D.J., 1963, t.37, pref. B. Goldman ; *L'ordre public à la fin du XXe siècle* ; sous la direction de T. Revet, Dalloz, 1996 ; P. Catala, « A propos de l'ordre public », Etudes P. DRAI, Dalloz, 1999, p. 511s.

⁵⁷⁴ L'ordre public de direction se traduit par des règles étatiques impératives qui expriment une certaine politique économique, financière, monétaire de l'Etat. On parle aussi d'ordre étatique impératif. Il renvoie à un ensemble de règles qui se superposent au contenu de l'accord des parties, viennent vraiment d'en haut, poursuivent une politique nationale que l'Etat impose aux parties en marge de leur propre accord. Voir. J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, op.cit., 34.

⁵⁷⁵ L'ordre public de protection exprime les règles impératives que le législateur adopte dans le souci de protéger une partie qu'il estime en situation de faiblesse dans une relation contractuelle. On parle d'ordre privé impératif. Voir. J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, op.cit., 34.

⁵⁷⁶ Cf. S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 ; C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, (dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras), Dalloz, 2009, p. 177et s.

⁵⁷⁷Civ. 3^e, 6 mars 1996, RTD civ, 1996, 897, obs. J. Mestre. Cette clause est aujourd'hui réputée non écrite par le législateur, art. 4 de la loi du 06 juillet 1989, issu d'une loi du 05 mars 2007.

⁵⁷⁸P. Francescakis, *Trav. com. fr.*, DIP 1966-1969, p. 144.

ce dernier reste soumis à la contrainte des lois de police⁵⁷⁹. Les lois de police ont pour domaine de prédilection le droit de la consommation⁵⁸⁰, le droit des assurances⁵⁸¹, le droit du travail⁵⁸², etc. C'est à juste titre que l'article 3 du code civil dispose : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

29—La notion d'ordre public contractuel invisible⁵⁸³ est récurrente en droit du commerce international. Les contractants doivent se soumettre non pas à des règles écrites, mais aux usages. On en veut pour preuve l'applicabilité des usages du commerce international. S'agissant de l'applicabilité des usages du commerce international, les parties sont tenues au respect desdits usages. C'est ce qui ressort de l'article 1135 du code civil⁵⁸⁴, article 9 de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1964⁵⁸⁵, article 9 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980⁵⁸⁶ et l'article 7 de la Convention sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961⁵⁸⁷. En synthèse, les usages du commerce international ont une valeur supérieure aux stipulations contractuelles⁵⁸⁸.

En bref, le champ contractuel comporte ainsi un ordre public = faisceau de règles préétablies. Lorsque les parties accordent leurs volontés, elles doivent suivre la discipline prévue par les textes sous la vigilance du juge⁵⁸⁹. On retrouve le schéma de l'institutionnel, c'est-à-dire un faisceau de règles préétablies sanctionnées par une autorité (le juge). Ce schéma institutionnel permet de cerner le fondement de la force obligatoire du contrat. Dans l'ensemble, la logique institutionnelle souple du contrat encadre ou fédère la logomachie doctrinale sur la définition du contrat.

B—L'encadrement de la logomachie doctrinale dans la logique institutionnelle du contrat

On part du constat que le mot contrat en doctrine a plusieurs sens difficilement conciliables, pour conclure à une logomachie. Faut-il y voir une cacophonie inconciliable ? On pense qu'il faut positiver cette diversité et l'encadrer ;

⁵⁷⁹H. Kenfack, op. cit., p. 32.

⁵⁸⁰Loi-cadre n° 2011/012 du 06 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

⁵⁸¹Le code CIMA (Conférences Interafricaines des Marchés d'Assurances) en son article 8 précise les mentions du contrat d'assurance. Celles-ci sont d'ordre public.

⁵⁸²Au Cameroun, le code de travail de 1992 est toujours en vigueur à titre de droit positif de *lege lata*. Mais un Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit du travail en conçu comme droit de *lege feranda*.

⁵⁸³On entend par ordre public contractuel invisible les règles non écrites et impératives, qui canalisent la volonté des contractants et s'imposent à eux. C'est nous qui soulignons.

⁵⁸⁴Article 1135 : « les conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

⁵⁸⁵Article 9 : « les parties sont liées par les usages auxquels elles se sont référées expressément ou tacitement et par les habitudes qui se sont établies entre elles ; elles sont également par les usages que des personnes raisonnables de même qualité, placées dans leur situation, considèrent comme normalement applicables à leur contrat ».

⁵⁸⁶Article 9 : « les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles... »

⁵⁸⁷Article 7 : « les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ».

⁵⁸⁸H. Kenfack, op. cit., p. 12.

⁵⁸⁹La vigilance du juge est requise en cas de litige à lui présenter, lorsqu'une partie demande qu'on dise le droit. Il devra qualifier l'accord qui lui est présenté comme contrat, et si possible accorder la sanction prévue par la loi.

le contrat-institution souple est un *instrumentum* de fédération doctrinale adaptable (1). Bien plus, il importe de ressortir le particularisme de la logique institutionnelle souple du contrat à l'aune des autres approches classiques (2).

1–Le contrat-institution : un instrumentum de fédération doctrinale adaptable

La lecture du contrat sous le prisme d'une institution souple procède de l'éclectisme des différentes doctrines classiques. Chacune de ces doctrines dans une autre lecture offre un outil apodictique à l'édification d'une définition institutionnelle souple du contrat (a). La souplesse du contrat-institution est illustrée par son adaptation aux fluctuations de la conjoncture (b).

a–La contribution éclectique de la doctrine à l'édification d'une logique institutionnelle du contrat

28–Loin de demeurer un champ conflictuel, les différentes lectures doctrinales participent en fait à l'édification de la logique institutionnelle du contrat. Pour s'en convaincre, scrutons l'apport de chaque doctrine dans le contrat institution.

29–La doctrine de l'autonomie de la volonté assimile le contrat à l'accord de volontés. Ce qui débouche au consensualisme. En effet, c'est par la rencontre des volontés qui consentent à quelque chose, qu'on aura l'opportunité d'arriver au contrat. Il est vrai l'accord des volontés n'est pas le contrat ; mais pour arriver au contrat il faut que les volontés s'accordent. Il en découle une réciprocité existentielle entre l'accord de volontés et le contrat ; sans toutefois fertiliser la confusion ou l'assimilation des deux notions. Vu sous l'angle institutionnel, un accord permet de déclencher un système normatif encadrant le contrat. On peut en conséquence retenir de la théorie de l'autonomie de la volonté : l'importance de l'accord de volontés dans le déclenchement des mécanismes institutionnels conditionnant la genèse juridique du contrat.

30–S'agissant du dirigisme contractuel, il permet de comprendre le rôle que joue l'Etat par le truchement de la loi pour discipliner les volontés accordées. Cette doctrine soutient que l'Etat met en place un système de normes préétablies pour encadrer les volontés accordées. En fait, le dirigisme contractuel permet de cerner les constituants de ce qu'on désigne par « faisceau de règles préétablies ». C'est tout ce qui gouverne le contrat à l'exclusion de la volonté des parties. Il peut s'agir : d'une décision gouvernementale, de la loi, des usages et du juge. Le gouvernement peut imposer des clauses abusives. La loi, à l'instar du code civil, définit à l'avance le contrat, son contenu, le permis et l'interdit, les sanctions...Les usages dans le commerce international fixe les pratiques en vigueur et qui s'imposent aux parties. Le juge sanctionne le non-respect de ce cadre préétabli en cas de contestation d'un contractant. Il ressort un apport décisif du dirigisme contractuel dans la logique institutionnelle du contrat. Mais la confusion des deux n'est pas plausible. Si le dirigisme contractuel neutralise le dynamisme créateur des volontés individuelles, la logique institutionnelle *a contrario* n'impacte pas sur l'initiative créatrice du projet de contrat par les parties. Elle assujettit la conversion de ce projet de contrat en contrat au respect d'un système normateur préétabli. Cette logique institutionnelle intègre la contribution solidariste.

31—Quant au solidarisme contractuel, il justifie et amplifie l'intervention du juge dans le contrat pour garantir les normes préétablies ou forcer le contrat. Le juge force le contrat⁵⁹⁰ en interprétant activement le contenu. En conséquence, il va imposer les comportements loyaux, coopératifs, voire solidaires⁵⁹¹. Bien plus, le juge peut réputer non écrite une clause abusive à condition que celle-ci crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des contractants. Il ne peut réviser une clause pénale qu'à condition que celle-ci soit manifestement excessive. Il peut aussi sanctionner le contractant qui a fixé un prix déséquilibré. Le prix peut être considéré comme n'étant pas abusif, alors qu'il est déséquilibré⁵⁹². Cet activisme du juge dans le contrat est extérieur à l'accord des parties et s'impose à elles en cas de litige. C'est cette extériorité de l'office du juge qui conforte l'apport du solidarisme dans la logique institutionnelle. Le juge devient ainsi l'autorité ou l'organe de l'institution contractuelle.

En synthèse, l'accord de volontés, les règles préétablies par la loi ou les usages et l'intervention du juge constituent la contribution de la doctrine à l'élaboration d'une définition institutionnelle du contrat. Sur la base de ces éléments, on peut définir le contrat comme **un accord de volontés⁵⁹³ assujetti aux règles préétablies⁵⁹⁴ pour pouvoir produire des effets de droit**. On parle de contrat-institution. Ce dernier doit s'adapter aux fluctuations de la conjoncture par sa souplesse.

b—L'adaptation du contrat-institution aux fluctuations de la conjoncture

32—Les fluctuations de la conjoncture renvoient aux changements qui peuvent s'effectuer dans l'environnement socio-économique. Le droit, qui régle aussi l'activité économique, doit prévoir des outils susceptibles de s'y adapter. L'outil juridique présentement analysé est le contrat-institution. Pour que le contrat-institution s'ajuste aux fluctuations de la conjoncture, il faut que l'institution soit souple. C'est aussi reconnaître au sein de l'institution un noyau-dur dont les éléments sont inamovibles au péril de ruiner l'institution. Au tour de ce noyau gravitent des atomes amovibles au gré de la conjoncture. Parmi les éléments inamovibles du

⁵⁹⁰L. Leveueur, « Le forçage du contrat », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Dr. patr.1998, n° 98, p. 69 et s.

⁵⁹¹Ch. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, op.cit., adde D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », in Mélanges en hommages à François Terré, *L'avenir du droit*, PUF, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 617 et s.

⁵⁹²En ce sens, Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance » in *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p. 37 et s. ; « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat » in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p.31 et s.

⁵⁹³Il faut entendre par « accord des volontés » accord des consentements ou accord des parties ; car la volonté (phénomène psychologique) précède le consentement (phénomène juridique). Le consentement est la matérialisation de la volonté. C'est dans ce sillage que Cyril Grimaldi définit l'acte juridique comme l'engagement, c'est-à-dire le consentement à une promesse. V, C. Grimaldi, « La distinction entre l'acte et le fait juridique », RDA, n° 7, fevr.2013, p. 50.

⁵⁹⁴Dans le vocable : « règles préétablies », on pense aux règles prévoyant les normes applicables au contrat et les règles organisant l'office du juge dans le contrat. Ces règles sont préétablies dans le cadre d'une Loi à laquelle les parties (particuliers) sont étrangères. La Loi ici est une institution-mécanisme qui régleme et canalise les aspirations des individus.

contrat-institution, on peut énumérer: l'article 6 du Code civil⁵⁹⁵, les conditions de validité de l'article 1108 du Code civil: le consentement, la capacité, la cause et l'objet; l'article 3 du Code civil portant sur les lois de police et de sûreté; et l'article 1135 du Code civil⁵⁹⁶. On peut assimiler cette énumération à des lois ou normes impératives. Parmi les éléments amovibles du contrat-institution figurent: le rôle du gouvernement ou de l'Etat et du juge. Il s'agit des entités alternatives, dont le recours est justifié par des circonstances particulièrement définies.

33—L'illustration de la fluctuation est la suivante: lorsqu'on veut promouvoir l'initiative privée (le libéralisme économique), on fait reculer l'interventionnisme étatique et du juge. Lorsqu'on veut protéger les parties faibles, l'Etat peut prévoir des clauses abusives sanctionnées par l'office du juge. Lorsque le contrat présente un déséquilibre manifeste dans les prestations, le juge peut intervenir pour les équilibrer, nonobstant le refus catégorique institué par l'*arrêt du Canal de Craponne* en France. Il s'agit en fait d'une construction théorique pour illustrer l'adaptabilité du contrat-institution selon les contraintes du moment. Bien plus, que le contrat soit de gré à gré ou d'adhésion, il reste qu'on est libre de s'engager ou de ne pas s'engager selon qu'on veut obtenir ou non les effets juridiques d'une institution contractuelle donnée. C'est ce qui relativise les inquiétudes sur la crise du contrat.

En synthèse partielle, empruntant à chaque doctrine classique sur le contrat, on réussit par le truchement de l'exégèse institutionnelle à construire une définition institutionnelle souple du contrat en droit privé. Cette construction théorique est suivie d'une illustration empirique. Mais, une question demeure: en quoi cette définition institutionnelle souple du contrat se démarque des définitions doctrinales classiques? La réponse est nécessaire à l'admission ou non de cette possible doctrine.

2—Le particularisme de la logique institutionnelle souple à l'aune des approches classiques du contrat

A ce stade de l'analyse, il est question d'exploiter les données déjà acquises pour ressortir, à chaque articulation, la distinction et la spécificité des doctrines avec la logique institutionnelle. C'est ce qui affirmera son particularisme.

a-La théorie autonomiste du contrat et la théorie institutionnelle souple du contrat

34—Le point commun entre ces deux théories est la reconnaissance de l'accord de volontés comme élément basique du processus contractuel. Celui-ci permet aux parties soit de créer leur projet de contrat (hypothèse des contrats innommés), soit de s'engager pour un contrat nommé. Toutefois, si dans la théorie autonomiste du contrat, l'accord des volontés suffit à créer le contrat; dans la théorie institutionnelle, la genèse juridique du contrat est assujettie au respect des conditions ou règles préétablies tributaires de la validité du contrat. En fait, l'accord de volontés n'est pas le contrat; il peut selon l'hypothèse, créer un projet de contrat que les parties veulent convertir en contrat. Pour ce faire, l'accord des parties doit être

⁵⁹⁵ « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁵⁹⁶ « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les autres que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

conforme à la loi pour devenir un contrat. Il se dégage une exigence de validation d'un accord privé en amont pour pouvoir devenir le contrat en aval. Le filtre est constitué des composantes institutionnelles du contrat. Il s'agit des règles ou normes écrites ou non écrites. Ainsi dans la dynamique institutionnelle, « la volonté entre (dans l'acte juridique) par son pouvoir d'initiative », puisque « la liberté reste toujours la racine subjective du contrat⁵⁹⁷ ». La théorie institutionnelle souple du contrat n'est non plus à assimiler avec le dirigisme contractuel.

b–Le dirigisme contractuel et la théorie institutionnelle souple du contrat

35–La confusion est possible entre les deux théories au regard de la marge importante occupée par les composantes institutionnelles. Dans le dirigisme contractuel, l'Etat réglemente le contenu du contrat ; qui s'apparente à un statut. Et ce statut ne peut être modifié par les contractants ; au risque que le plus fort s'impose au plus faible. On retrouve la marque des institutions rigides, qui ne laissent pas de marge de manœuvre aux utilisateurs. Cette dimension institutionnelle est prise en compte dans les éléments institutionnels de la théorie souple du contrat. Il s'agit des articles 6, 1108 et 1135 du code civil, des usages, des lois de police, etc. Ce sont les éléments inamovibles de l'institution contractuelle. A contrario, le dirigisme contractuel exclut la capacité créatrice des droits et des obligations par l'accord de volontés ; car le contrat ici est un acte-condition. Le contenu est réglementé et les parties doivent accepter ou refuser. Tel n'est pas le cas avec la théorie institutionnelle souple, qui reconnaît la liberté aux parties de créer des projets de contrat. Mais, ces projets de contrat n'ont pas d'existence juridique tant qu'ils ne sont pas conformes aux composantes institutionnelles. Derechef, la théorie institutionnelle souple admet dans l'ensemble « institutionnel » : des composantes inamovibles et celles amovibles. A l'inverse, le dirigisme contractuel n'est constitué que d'un corpus institutionnel inamovible. Il impose systématiquement le contenu du contrat, en annihilant la capacité des parties à concevoir un projet de contrat (de droits et d'obligations). L'intérêt de cette distinction concerne aussi le solidarisme contractuel.

c–Le solidarisme contractuel et la théorie institutionnelle souple du contrat

36–Le rapprochement entre ces deux doctrines est considérable pour certaines raisons. Sur le plan philosophique, le solidarisme se veut la médiane entre le libéralisme et le socialisme. Ce qui suppose la reconnaissance de la marge de manœuvre des parties et le respect de l'intérêt général. La théorie institutionnelle souple du contrat combine aussi ces deux finalités : liberté des parties de concevoir leur projet d'une part et le strict respect de l'intérêt social incarné par la loi d'autre part. Bien plus l'intervention du juge dans le contrat pour le rééquilibrer, est commune aux deux théories.

37–Au départ, en cas de changement de circonstances provoquant un bouleversement des prévisions contractuelles initiales, la Cour de cassation avait édicté dans les arrêts rendus en 1992 et 1998 : le devoir de renégocier dans tous les

⁵⁹⁷J. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », Mélanges offerts à J. Maury, t.2, p. 425.

projets⁵⁹⁸. Les avant-projets « Gouvernemental » et « Terré » admettent exceptionnellement soit la résiliation, soit la révision judiciaire pour imprévision. L'avancée est de taille car, comme chacun le sait, le juge judiciaire ne peut pas réviser un contrat en dépit du profond bouleversement que son économie interne a subi en cours d'exécution à la suite d'un changement imprévu des circonstances qui avaient présidé à sa conclusion. Les raisons étaient les suivantes : la révision judiciaire pour imprévision entraîne l'ingérence du juge dans le contrat, cause d'instabilité économique et d'insécurité contractuelle. Une autre raison : les contractants sont « des individus libres et responsables, capables de prévoyance(...). L'absence de révision judiciaire est préférable, en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption par les parties de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique ou monétaire⁵⁹⁹ ».

38—La consolidation de la révision judiciaire est sous tendue par une surestimation de la rationalité des contractants en pensant : qu'ils soient des individus libres et responsables, ils sont capables au jour de la conclusion du contrat d'anticiper et de gérer le risque de changement de circonstances via des clauses appropriées. En réponse à cette naïveté juridique, l'« Avant-projet Terré⁶⁰⁰ » admet qu'en cas d'échec de la renégociation conventionnelle du contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement imprévisible de circonstances (pendant l'exécution), que « *le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties(...)*⁶⁰¹ ». C'est dans le même sens que s'oriente l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats dans l'espace OHADA. Son article 6/24 dispose : « 1) En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal. 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. »

La nature de l'interventionnisme du juge rapproche aussi ces deux théories. En effet, le juge intervient à titre exceptionnel. C'est pourquoi les solidaristes réclament un rôle accru du juge pour tempérer les abus et les excès engendrés par la liberté unilatérale dans certaines relations contractuelles échappant à la théorie générale des contrats, et pour résoudre les crises contractuellesexceptionnelles⁶⁰². Cet interventionnisme exceptionnel du juge est l'une des caractéristiques de la théorie institutionnelle souple du contrat. Il rentre dans les éléments amovibles du contrat-institution.

⁵⁹⁸Cass. com., 3 novembre 1992 : RTDciv. 1993, 124, obs. J. Mestre ; 24 novembre 1998 : Defrénois, 1999, 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999. II. 12210, obs. Y. Picod ; RTDciv. 1999, 98, obs. J. Mestre et 646, obs. P. Y. Gautier.

⁵⁹⁹Y. Lequette, cité par D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », op. cit., n° 24.

⁶⁰⁰Comme l'ont toujours proposé les solidaristes.

⁶⁰¹Article 92, al. 3.

⁶⁰²D. Mazeaud, op.cit., n° 12.

39–Toutefois, la théorie institutionnelle souple du contrat s'éloigne du solidarisme contractuel par son domaine. Sous le prisme institutionnel souple, on éprouve le contrat dans sa généralité. On se situe au niveau de la théorie générale du contrat sans s'appesantir sur les spécialités. On n'opère pas une distinction sur une typologie de contrat. A l'inverse, le solidarisme contractuel se veut limitatif à certains contrats : contrats de sujétion, contrats de distribution. C'est une conséquence tirée des trois critères d'éligibilité des contrats d'obédience solidariste : la durée, l'intérêt commun et la dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre. Il ressort que par sa généralité, la théorie institutionnelle souple intègre le solidarisme contractuel. Toutefois, l'inverse n'est pas possible.

40–Un autre critère est fondamental dans la distinction du solidarisme contractuel d'avec la théorie institutionnelle souple du contrat : il s'agit de la nature des rapports entre les éléments constitutifs du contrat. Dans le solidarisme contractuel, on cherche à concilier les libertés et les exigences de la collectivité : le libéralisme et le socialisme. Cependant, la théorie institutionnelle souple du contrat assujettit les libertés au respect des exigences de la collectivité : le libéralisme est assujettit au socialisme. Ainsi, le solidarisme contractuel plaide la collaboration entre le libéralisme et le socialisme ; alors que la théorie institutionnelle souple du contrat propose l'emprise du socialisme sur le libéralisme.

Conclusion

41–En conclusion, la thématique s'intitule : « la question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle ». Les développements se sont structurés autour de la question suivante : peut-on concevoir une définition stable et constante du contrat en droit privé sous le prisme institutionnel ? A partir du constat d'une difficile stabilisation doctrinale de la définition du contrat en droit privé, on a abouti à une possible stabilisation par une définition institutionnelle souple du contrat en droit privé. Les enjeux de cette analyse sont de deux ordres. L'enjeu mineur a consisté en la proposition d'une définition institutionnelle du contrat. A ce titre, on a défini **le contrat comme un accord de volonté assujetti aux règles préétablies pour pouvoir produire des effets de droit**. L'enjeu majeur est dans l'élaboration de la théorie institutionnelle souple du contrat en droit privé. Elle se nourrit des théories classiques pour briller par son particularisme et son réalisme. Il est à espérer que cette grille de lecture résistera aux secousses futures sur la notion de contrat.

"La protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce dans l'espace OHADA".

Par

Amina BALLA KALTO, *Assistante à la FSEJ/UAM*

Résumé : La protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce s'inscrit dans un contexte global de la garantie de sécurité juridique et judiciaire que le législateur tente d'offrir aux investisseurs dans l'espace OHADA. Il vise à réaliser cet objectif par l'élaboration d'une réglementation appropriée en instituant des mesures de publicité ou d'exécution forcée de leurs droits de créance que le juge OHADA (gardien de la légalité et garant de la protection des droits individuels des justiciables) tente d'appliquer de manière effective.

Mots clés : protection des droits des créanciers du vendeur de fonds de commerce, sécurité juridique et judiciaire, publicité, Journal d'annonces légales, opposition au paiement du prix par le vendeur, droit de surenchère, créancier chirographaire, créancier privilégié, créancier nanti, déchéance du terme, action paulienne, mesures d'urgence, mesures d'exécution forcée, saisie-conservatoire, saisie-attribution, saisie-appréhension, saisie-vente, etc.

Abstract : Business vendor's creditor's protection is in line with the general pattern of legal and judicial security guarantee that the legislator tries to offer to the investors in OHADA's legislation space. To achieve its aim, the legislator draws up investors' protection centered on regulation by taking steps consisting of advertisement measures or forced execution of investors' claims and entrusts the guardian of legality and guarantor of justiciables' individual rights protection, OHADA's judge with the mission to check if these protective norms are efficient.

Keywords : business, vendor, protection, common OHADA legislation, measures, legal and judicial security, advertising, Magazine of legal announcements, opposition to the payment of the price by the seller, right of one-upmanship, creditor unsecured, creditor privileged, wealthy creditor, Paulian action, emergency measures, implementing forced Conservatory attachment, seizure-award, seizure-apprehension, seizure and sale, etc.

SOMMAIRE

- I - Les prérogatives accordées aux créanciers du vendeur de fonds de commerce.**
 - A- Dans une vente régulièrement publiée.**
 - B - Dans une vente non publiée.**
- II – Les garanties de paiement instituées au profit des créanciers du vendeur de fonds de commerce.**
 - A - L'adoption des mesures conservatoires.**
 - B) – Le recouvrement de la créance.**

Introduction.

Pour atteindre l'objectif de sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, le législateur communautaire a élaboré une réglementation de la vente du fonds de commerce qui produit un effet direct dans les législations des Etats-Parties. L'avantage d'une telle réglementation réside surtout dans la nécessité de protéger les créanciers qui ont accepté de faire crédit au vendeur sur la base du nantissement du fonds de commerce (ou de ses éléments cessibles) ou même ceux qui ont accepté de lui faire crédit sans garantie, c'est-à-dire, ceux qui n'ont qu'un droit de gage général et qui risquent de voir échapper cet élément important du patrimoine de leur débiteur. Comment le législateur communautaire organise-t-il cette protection ? A l'instar du législateur français, il impose à l'acquéreur l'obligation de publier la vente pour leur permettre d'exercer leur droit d'opposition au paiement du prix entre les mains du vendeur et leur droit de surenchère contre toute vente portant sur un prix dérisoire afin de concourir au paiement du prix dans la mesure où, tous ont droit au paiement de leur créance à l'échéance ⁽⁶⁰³⁾.

A cette obligation préalable d'information des créanciers du vendeur de fonds de commerce, s'ajoutent d'autres mentions obligatoires prévues à l'article 150 de l'AUDCG aux fins de l'accomplissement des formalités d'immatriculation et de publicité. Avant toute formalité de publicité, l'acte de vente passé sous une forme écrite ⁽⁶⁰⁴⁾, doit conformément à l'article 152 de l'AUDCG, sous peine de la nullité, être enregistré ⁽⁶⁰⁵⁾ à la diligence de l'acheteur ou du vendeur au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). Puis, chacune des parties doit procéder en ce qui la concerne, à l'insertion dans le RCCM recueillant son immatriculation de toutes les modifications intervenues par le changement de la propriété ⁽⁶⁰⁶⁾. Ce n'est qu'après l'accomplissement de l'enregistrement, que l'article 153 de l'AUDCG fait obligation à l'acquéreur de publier la vente.

Quel est alors l'intérêt de cette publicité qu'impose le législateur OHADA à l'acquéreur du fonds de commerce ? Si la publicité de la vente du fonds de commerce permet aux créanciers du vendeur de fonds de commerce, d'exercer les

⁶⁰³S'inspirant de la réglementation française de la vente du fonds de commerce, le législateur OHADA soumet la vente à l'application des règles de droit commun des obligations tout en dérogeant à certains principes (figurant aux articles 149 et 150 de l'Acte Uniforme portant Droit Commercial Général A.U.D.C.G.). Cf. Mamadou Koné, **Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : comparaisons avec le droit français**, LGDJ, Paris, 2003, page 211.

⁶⁰⁴Outre les conditions de validité de contrat de droit commun relatives à la capacité et au consentement des parties exigées par l'article 1108 du Code Civil, l'article 150 de l'AUDCG soumet la vente du fonds de commerce à un formalisme contraignant faisant obligation aux parties d'énumérer dans l'acte, certaines mentions et les différents éléments qui composent le fonds vendu (incorporels, corporels et les marchandises). La vente doit être passée par écrit, par acte sous seing privé ou par acte authentique. Elle peut porter sur le fonds entier mais aussi sur les autres éléments cités par l'article 136 de l'AUDCG, à condition qu'elle soit simultanément faite au sens de l'article 162 de l'AUS avec la clientèle (la clientèle est l'élément essentiel qui confère au fonds sa véritable nature d'élément incorporel), et/ou le nom commercial et l'enseigne.

⁶⁰⁵L'enregistrement permet d'informer l'Etat de la vente du fonds pour qu'il puisse exercer son droit de préemption. En raison de la stabilité du fonds de commerce (attaché à un local), le fisc lui applique des droits de mutation qui sont exigés en matière immobilière.

⁶⁰⁶En application des articles 52 et 60 de l'AUS, l'acheteur procède à une inscription initiale et le vendeur à une inscription modificative.

prérogatives d'opposition et de surenchère, qu'en est-il alors, lorsqu'ils n'ont pas exercé ces prérogatives : disposent-ils encore d'autres moyens pour faire valoir leurs droits ? Si dans cette hypothèse, ils n'ont ni le droit de critiquer le paiement fait par l'acheteur au vendeur, ni celui d'invoquer le bénéfice de la surenchère, ils peuvent néanmoins recourir à des actions de droit commun nécessaires au recouvrement de leur créance en application des dispositions de l'AUPSRVE (Acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution). A cette fin, le législateur a aménagé des procédures tendant à assurer la sauvegarde de leurs droits et intérêts, d'abord en instituant des garanties à leur profit et ensuite en leur reconnaissant le droit de recourir au recouvrement forcé de leurs créances. Si tous les créanciers connus (du fait de l'inscription de leur créance sur le fonds de commerce), qu'ils soient nantis ⁽⁶⁰⁷⁾ ou privilégiés ⁽⁶⁰⁸⁾, peuvent facilement recourir aux dispositions des Actes Uniformes qui leur accordent certains privilèges, les créanciers non-inscrits (à l'instar des créanciers chirographaires), doivent eux s'adresser au juge des référés pour obtenir un titre exécutoire leur permettant d'agir.

Toutes les mesures protectrices de leurs droits peuvent être décelées dans divers Actes Uniformes (AUDCG, AUPSRVE, AUS "*Acte Uniforme portant Droit des Sûretés*", etc.) et dans les dispositions du Code civil, mais aussi, en raison de son caractère supranational ⁽⁶⁰⁹⁾, le droit OHADA renvoie-il aux législations nationales pour garantir de manière complémentaire une plus grande sécurité juridique aux créanciers du vendeur de fonds de commerce ⁽⁶¹⁰⁾. Dans le prolongement de la protection légale, le juge OHADA ⁽⁶¹¹⁾ intervient aussi pour assurer la sauvegarde des droits des créanciers du vendeur de fonds de commerce à travers l'application des normes communautaires protectrices, dans la mesure où, selon le Professeur Barthélemy MERCADAL, le droit OHADA "*reçoit des applications qui révèlent, en effet, que ses juges sont aptes à le saisir et à le faire vivre*" ⁽⁶¹²⁾. Le rôle de l'application des normes légales est dévolu aux juridictions nationales qui connaissent du contentieux en première instance et en appel et à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (à ses articles 13 et 14 du Traité) qui statue en cassation ⁽⁶¹³⁾ afin de

⁶⁰⁷Les créanciers ayant inscrit leur nantissement, ont en application de l'article 178 de l'AUS un droit de suite, un droit de préférence et un droit de réalisation. Ceux qui n'ont aucune sûreté peuvent recourir à des mesures conservatoires ou à des voies d'exécution leur permettant de sauvegarder leurs créances.

⁶⁰⁸Le créancier est privilégié lorsqu'il bénéficie, de par la loi (le fisc, les salariés, les bailleurs d'immeuble ou le vendeur impayé du prix du fonds de commerce) ou par la convention, d'une préférence de paiement de sa créance avant d'autres créanciers y compris hypothécaires. Le vendeur impayé du prix de vente du fonds ne peut exercer son privilège et l'action résolutoire qu'à condition de les inscrire et de notifier sa décision d'exercer l'action au créancier nanti (article 167 de l'AUS).

⁶⁰⁹Selon auteurs à l'instar de Djibril ABARCHI, in « La Supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) », *Ohadata*, J-02-02, page 17.

⁶¹⁰Cf. Paul-Gérard POUGOUE, "*Doctrine OHADA et Théorie Juridique*", in *Revue de l'ERSUMA*, N° Spécial, novembre-décembre 2011, page 14.

⁶¹¹Le Traité et les Actes Uniformes constituent le droit primaire alors que les règlements du Conseil des ministres et la jurisprudence de la CCJA et des juridictions de fond des Etats membres résultant de l'application du droit OHADA en constitue le droit dérivé.

⁶¹²Barthélemy Mercadal, "*La valeur du droit de l'OHADA*", <http://www.ohada.com>.

⁶¹³La Cour commune de justice se penche sur l'examen des moyens de droit soulevés par le pourvoi faisant grief à la décision attaquée d'avoir méconnu ou mal interprété une règle de droit communautaire. A l'occasion du contrôle de légalité qu'elle exerce sur la décision attaquée, la CCJA censure la décision

veiller à l'interprétation et l'application communes du Traité. Pour concilier sa mission de gardienne des lois et de garant des droits individuels, la Cour s'évertue à assurer la protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce, tout en veillant à concilier l'équilibre des intérêts contradictoires en des parties présence ⁽⁶¹⁴⁾.

Il ressort de tout ce qui précède que le législateur OHADA a aménagé des modalités de protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce à travers d'une part, les prérogatives tendant à préserver leurs droits et intérêts (I) et d'autre part, les garanties de paiement qu'il institue en leur faveur pour le recouvrement de leur créance (II).

d'Appel si elle estime que le juge national a mal appliqué la loi ou n'a pas suffisamment motivé sa décision en cassant et annulant l'arrêt (pour soit renvoyer l'Affaire devant une autre juridiction, soit l'évoquer afin de statuer en fait et en droit). En matière de rejet où, elle statue uniquement en droit si elle constate que le juge national a fait une exacte application de la règle de droit et qu'il n'a pas dénaturé les faits de la cause, elle confirme sa décision en rejetant le pourvoi.

⁶¹⁴A l'exemple du droit français qui tend à concilier les intérêts contradictoires du créancier et du débiteur.

I – Les prérogatives accordées aux créanciers du vendeur de fonds de commerce.

En organisant la procédure de publicité destinée à informer les tiers et plus particulièrement les créanciers du vendeur (notamment ceux qui sont inscrits sur fonds de commerce) de la cession du fonds de commerce, le législateur OHADA entend assurer la protection de leurs droits et la sauvegarde de leurs intérêts. C'est une mesure de précaution instituée à leur profit, qu'ils soient d'ailleurs créanciers chirographaires ou créanciers privilégiés, ils sont indirectement concernés par cette vente et ont intérêt à la surveiller pour qu'elle n'intervienne en fraude de leurs droits. Si leurs droits sont sauvegardés par la formalité de la publicité, qu'en est-il alors de la vente non publiée ou de celle qui est intervenue en fraude de leurs droits ? Le législateur OHADA étant resté muet sur la question, il importe de combler le vide juridique en recourant à d'autres dispositions légales qui concourent à la sauvegarde des droits et intérêts des créanciers du vendeur de fonds de commerce.

Il convient d'examiner les prérogatives que la loi accorde aux créanciers du vendeur de fonds de commerce dans une vente régulièrement publiée et dans celle qui ne l'est pas.

A- Dans une vente régulièrement publiée.

Pour protéger les créanciers du vendeur de fonds de commerce, le législateur OHADA soumet à publicité toute vente de fonds de commerce, y compris celle intervenue sous forme d'apport d'un fonds de commerce à une société ⁽⁶¹⁵⁾. A cet effet, l'article 153 de l'AUDCG impose à l'acheteur, l'obligation de publier la vente, sous forme d'avis, dans un journal habilité à publier des annonces légales et paraissant dans le lieu où le vendeur est inscrit au RCCM. L'Acte uniforme ne donnant pas de définition, se contente seulement d'indiquer que cette insertion doit être faite dans un Journal d'Annonces Légales ⁽⁶¹⁶⁾. L'avantage de la publicité est de porter la vente à la connaissance du public pour permettre aux créanciers du vendeur de fonds de commerce de faire opposition au paiement du prix ou d'exercer leur droit de surenchère. La publicité constitue une condition d'opposabilité aux tiers du paiement du prix de la vente du fonds de commerce et non de la vente elle-même.

Avertis de la vente par le biais de la publicité ⁽⁶¹⁷⁾, les créanciers du vendeur disposent de deux principaux moyens de protection que sont l'opposition et la surenchère.

1 - Le droit d'opposition des créanciers.

⁶¹⁵L'acte d'apport du fonds de commerce en société étant assimilé à la vente est soumis aux mêmes formalités. Cf. Jean GATSI et Martin KAMAKO, **L'approche du fonds de commerce dans l'espace OHADA**, Presses Universitaires Libres, Douala, 2006, page 64.

⁶¹⁶A l'exception de la Côte d'Ivoire qui possède un Journal d'Annonces Légales et Judiciaires (le JALO), la publicité de la vente de fonds de commerce est faite dans la plupart des pays membres de l'OHADA, dans les Journaux d'Annonces Légales (à l'exemple de ceux définis à l'article 257 du Code de commerce sénégalais).

⁶¹⁷La publicité de la vente du fonds vise à les protéger contre les mutations clandestines, voire frauduleuses pour les droits des créanciers pour éviter que le débiteur n'organise volontairement ou involontairement par négligence son insolvabilité.

L'opposition est une prérogative reconnue à tous les créanciers du vendeur de fonds de commerce, titulaires d'une créance civile ou commerciale, peu importe qu'elle soit exigible ou conditionnelle, pourvu qu'elle soit certaine. Cette prérogative leur permet d'interdire à l'acquéreur de payer le prix directement entre les mains du vendeur. Informés de cette vente, ils ne peuvent plus s'opposer au paiement du prix, dès lors que le délai légal de la publicité est expiré. Cette mesure est une condition préalable au déclenchement de la procédure de surenchère, dans la mesure où, tout créancier chirographaire qui n'a pas fait opposition dans le délai requis perd les droits de contester le paiement du prix au vendeur.

Pour que l'opposition puisse produire des effets, le créancier du vendeur de fonds de commerce doit respecter les conditions nécessaires à l'exercice de cette prérogative.

a) - Les conditions de l'opposition.

Pour faciliter aux créanciers du vendeur de fonds de commerce l'exercice de cette prérogative, le législateur OHADA impose certaines conditions préalables à l'acquéreur du fonds de commerce. Après avoir effectué les formalités de publicité destinée à informer les créanciers, l'article 157 de l'AUDCG fait obligation à l'acheteur de payer le prix, aux jours et lieu fixés dans l'acte de vente, entre les mains du notaire ou de tout établissement bancaire désigné en qualité de séquestre d'un commun accord entre les parties. Le notaire ou l'établissement bancaire devra conserver les fonds pendant le délai de 30 jours⁽⁶¹⁸⁾.

Le créancier doit former opposition au paiement du prix de vente dans ce délai, à compter de la publication de la vente dans un Journal d'Annonces Légales. L'acte d'opposition doit à peine de nullité, énoncer outre les mentions d'identification du créancier opposant, le montant et les causes de la créance et contenir élection de domicile dans le ressort de la juridiction où est tenu le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). C'est à cette condition d'accomplissement des formalités et sous réserve de l'apport de la preuve de l'existence de la créance qu'une juridiction nationale a, conformément aux dispositions des articles 128 et 129 de l'A.U.D.C.G. (ancienne version) reconnu le droit à l'opposition à un créancier du vendeur de fonds de commerce⁽⁶¹⁹⁾. L'article 159 de l'AUDCG impose au créancier opposant sous peine de nullité, l'obligation de formuler l'opposition par acte extrajudiciaire⁽⁶²⁰⁾ signifiée à l'acquéreur et de notifier au notaire ou à l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre et au greffe de la juridiction ou à l'organe compétent dans l'État Partie qui tient le RCCM sur lequel est inscrit le vendeur, à charge pour le greffier ou l'organe compétent dans l'Etat Partie de procéder à l'inscription de cette opposition sur le RCCM.

L'opposition régulièrement effectuée, est susceptible de produire des effets juridiques.

b) - Les effets de l'opposition.

⁶¹⁸Il engage sa responsabilité s'il procède à un paiement avant l'expiration de ce délai de 30 jours. Passé ce délai, le créancier ne peut seulement que recourir aux voies d'exécution de droit commun.

⁶¹⁹Cour d'Appel de Yaoundé, Arrêt n° 46 et 48/Civ, du 07 novembre 2003 Affaires n° 728 et 729/RG/02-03 du 07 Juillet 2003, **Ohadata** J-06-105 et J-06-88.

⁶²⁰Par acte d'huissier ou par tout moyen permettant d'en établir la réception effective.

L'article 160 de l'AUDCG déclare que l'opposition régulièrement formée produit un effet conservatoire. Elle rend le prix de vente indisponible, qui reste bloqué entre les mains du séquestre, jusqu'à l'expiration du délai des oppositions ou jusqu'au règlement s'il y a des oppositions. L'opposition a également pour effet d'empêcher le vendeur de consentir une réduction de prix et ou de modifier le montant du prix pour permettre au créancier opposant de surenchérir : le vendeur ne peut plus, dès lors qu'il y a opposition, disposer de sa créance sur l'acheteur. Elle a aussi pour effet de fixer la créance à l'égard des créanciers, le créancier opposant doit, sous peine de forclusion, saisir la juridiction compétente pour constater la créance et en réclamer le montant dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'opposition ⁽⁶²¹⁾. L'opposition n'engendre au profit des créanciers ni un transfert du prix ni un privilège mais empêche simplement le paiement du prix. Si elle est justifiée, l'acheteur est alors tenu de verser le prix entre les mains des créanciers opposants. Considérée comme une mesure conservatoire et non un acte de saisie, l'opposition place tous les créanciers sur un même pied d'égalité en permettant à d'autres de se joindre à la procédure tant que le délai requis n'est pas expiré. Par conséquent, l'opposant même inscrit sera en concours avec d'autres créanciers opposants qui peuvent se joindre à la procédure (article 130 de l'AUPSRVE).

L'opposition régulière ouvre aux créanciers le droit de surenchérir du sixième du prix et de se faire payer sur le supplément résultant de la surenchère. Tout paiement effectué par l'acheteur au mépris des oppositions ou sans avoir publié la vente, ou sans avoir attendu l'expiration du délai donné aux créanciers du vendeur pour faire opposition, est inopposable aux opposants, à hauteur du montant des oppositions. L'article 162 de l'AUDCG rend nulle, toute opposition qui, dans le mois de sa notification, n'est pas levée amiablement ou ne donne pas lieu à la saisine du juge. Toute personne intéressée peut saisir le juge statuant à bref délai qui constate cette nullité et ordonne la mainlevée de l'opposition, sans préjudice de l'action en dommages-intérêts pour opposition abusive.

L'opposition faite à la légère, c'est-à-dire ne se fondant ni sur un titre ni sur une cause réelle, serait nulle en la forme faute d'avoir respecté les exigences légales, le vendeur peut demander et obtenir de la juridiction compétente statuant à bref délai, la mainlevée de l'opposition et le versement des fonds entre ses mains, en contrepartie d'un cautionnement, ou d'une garantie équivalente au montant de la créance objet de l'opposition. Le créancier opposant peut décider d'une mainlevée amiable qu'il notifie au vendeur dans les formes identiques de l'opposition. Le prix de vente du fonds sera ainsi réparti entre les créanciers par le séquestre selon le mode de répartition déterminé dans l'acte d'opposition ou à défaut de répartition amiable, par une procédure simplifiée de distribution par le juge compétent saisi. Le prix ne sera réparti qu'après règlement des créanciers privilégiés, entre tous les créanciers, opposants ou non, à proportion de leur créance. La répartition pourra être retardée si l'un des créanciers inscrits ou opposants du vendeur prend l'initiative d'une surenchère, puisque le prix définitif à répartir ne pourra alors être connu qu'à l'issue de cette procédure.

⁶²¹OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, **Juriscope** 2012, page 319.

Après l'opposition, les créanciers sont autorisés à exercer leur droit de surenchère.

2 - Le droit de surenchère.

L'article 1583 du code civil subordonne la validité de la vente au transfert de la propriété du fonds et au versement d'un "*prix réel, sérieux et sincère*". La vente portant sur le prix dérisoire ou fictif qu'évoque l'article 1591 du Code civil est sanctionnée par l'article 158 de l'AUDCG qui déclare "*nulle et de nul effet toute contre-lettre ou convention ayant pour objet ou pour effet de dissimuler tout ou partie du prix de cession du fonds de commerce*"⁽⁶²²⁾. Complétant l'article 177 de l'Acte Uniforme portant Suretés (AUS), l'article 163 de l'AUDCG autorise les créanciers inscrits à exercer un droit de surenchère au même titre que les créanciers qui ont régulièrement fait opposition. La surenchère est une procédure destinée à protéger les créanciers du vendeur contre toute vente du fonds faite à un prix dérisoire ou à un prix dissimulé. Elle doit être effectuée dans le délai d'un mois qui suit la publication de la vente et n'est admise que si le prix proposé par l'acquéreur est insuffisant pour désintéresser les créanciers inscrits ou opposants. Toutefois, qu'ils soient nantis ou opposants, les créanciers inscrits bénéficient du même droit de surenchère qui s'exerce dans le même délai d'un mois à compter ou après adjudication ⁽⁶²³⁾.

Tout comme en matière d'opposition, la surenchère est soumise à conditions d'exercice et produit des effets.

a) - Les conditions de la surenchère.

L'article 162 fixe les conditions de surenchère qui prévoit qu'elle doit être introduite par assignation au greffe de la juridiction compétente. La surenchère permet aux créanciers du cédant non satisfaits du prix d'acquisition proposé, d'exiger que le fonds soit vendu aux enchères publiques à un prix supérieur d'un sixième du prix des éléments incorporels du fonds tel qu'il est porté dans l'acte de cession initiale, à l'exception du matériel et des marchandises. Sont ainsi admis à surenchérir les créanciers privilégiés et nantis ainsi que ceux qui ont fait l'opposition dans le délai légal. Aux termes de l'article 163, alinéa 3 de l'AUDCG, le créancier surenchérisseur doit consigner dans le même délai d'un mois, au greffe de la juridiction compétente, le montant du prix augmenté du sixième. Il s'engage, dans le cas où il n'y aurait pas d'offre supérieure, à se porter acquéreur du fonds pour un prix égal au prix initialement convenu avec l'acquéreur majoré du sixième.

Le tribunal saisi de l'assignation de surenchère examine si la notification satisfait aux conditions de fond et de forme prescrites par la loi avant de valider la surenchère et d'ordonner la vente publique du fonds de commerce. Dans son jugement, il fixe la mise à prix, détermine les conditions principales de la vente et commet un officier ministériel pour y procéder et pour dresser un cahier des charges ⁽⁶²⁴⁾. Dans les 15 jours francs de la surenchère, le surenchérisseur publie à ses frais

⁶²²Un prix dérisoire ou fictif dissimule une atteinte aux droits des créanciers ou une fraude fiscale que prohibe le droit fiscal des Etats membres que l'article 504- 1) du Code Général des Impôts du Niger réprime.

⁶²³Cour d'Appel de Dakar, chambre civile et commerciale 1, Arrêt n° 237 du 13/04/2001 Civil, Référé, Samba BA c/ La S.G.B.S, Ohadata J-06-86 et n° 142, 3 avril 1971, COCC, annoté, EDJA, 1991, p. 183.

⁶²⁴Le cahier des charges, établi antérieurement à la vente en justice à la diligence du surenchérisseur, reproduit intégralement l'acte de cession ayant donné lieu à surenchère en mentionnant les nantissements

avancés, dans un journal habilité à publier des annonces légales et paraissant dans le lieu où le vendeur est inscrit au RCCM, un avis comportant l'indication du lieu et de la date de la vente en justice ainsi que des modalités de consultation du cahier des charges. Passé ce délai, la surenchère est nulle de plein droit et les frais en sont définitivement supportés par le seul surenchérisseur ⁽⁶²⁵⁾. Aucune nouvelle opposition ne peut être formée pendant la procédure de surenchère.

Lorsque la surenchère est régulièrement formée, elle produit des effets juridiques.

b) - Les effets de la surenchère.

La surenchère a pour effet de provoquer la vente aux enchères publiques du fonds de commerce qui se fait à la barre de la juridiction compétente, sous la forme des criées. Le fonds mis aux enchères est adjugé au plus fort enchérisseur. L'adjudication est constatée par un procès-verbal dressé par l'officier ministériel chargé de la vente. L'adjudication consécutive à la surenchère du sixième, entraîne la résolution de la vente initiale. Lorsqu'une surenchère aura été notifiée, chacun des créanciers inscrits ou opposants aura le droit de se faire subroger à la poursuite, si le surenchérisseur ne donne pas suite à l'action dans le mois de la surenchère. Si aucun enchérisseur ne se porte acquéreur au prix proposé, c'est le créancier surenchérisseur du sixième qui est déclaré acquéreur ; il doit donc payer le prix nouveau, le précédent acquéreur est alors déchargé. Aussi, afin d'éviter la surenchère, le vendeur peut, pour désintéresser les créanciers opposants, faire des offres réelles de paiement qui doivent être consignées et validées par un jugement et à défaut, le tribunal peut décider la mise aux enchères publiques du fonds. Aussi, en garantie du paiement de leurs créances, l'acquéreur du fonds de commerce peut initier la procédure de purge permettant de désintéresser tous les créanciers inscrits en réglant directement le prix, en partie ou en totalité, entre leurs mains, en contrepartie de la radiation de leur inscription (article 64 de l'AUS). La répartition du prix de vente du fonds de commerce entre les créanciers surenchérisseurs se fait selon qu'il y ait un ou plusieurs créanciers conformément aux dispositions de l'AUPSRVE.

Si les créanciers du vendeur de fonds de commerce peuvent exercer les prérogatives légales qui leur sont reconnues dans le cas d'une vente régulièrement publiée, qu'en est-il alors de la vente non publiée ?

B - Dans une vente non publiée.

L'acquéreur qui n'effectue pas la formalité de publicité de la vente ou qui procède à une publicité irrégulière s'expose en application de l'article 1242 du code civil à payer une seconde fois le prix entre les mains des créanciers du vendeur. Pour leur garantir la sécurité juridique, le législateur OHADA a institué au profit des créanciers du vendeur du fonds de commerce, des mesures spéciales de protection portant sur la déchéance du terme et l'exercice de l'action paulienne. Ces mesures permettent à un créancier, victime d'une fraude portant sur le fonds de commerce de solliciter du juge le paiement anticipé de sa créance par la déchéance du terme ou l'exercice de l'action paulienne. Il peut également recourir au privilège de l'action

antérieurs inscrits ainsi que les oppositions régulièrement notifiées à la suite de la publication de la vente du fonds.

⁶²⁵Sans préjudice des dommages-intérêts dus pour surenchère abusive au sens de l'article 164 de l'AUDCG.

pénale pour délit d'organisation volontaire d'insolvabilité en application des législations nationales ⁽⁶²⁶⁾.

1°) – La déchéance du terme.

La déchéance du terme désigne la perte pour le bénéficiaire d'un contrat à échéance, de la faculté de payer sa dette selon l'échéancier prévu. La déchéance du terme qui rend la dette immédiatement exigible, peut être demandée sous certaines conditions par les créanciers chirographaires et ceux qui sont inscrits sur le fonds de commerce. La déchéance du terme qui résulte de l'insolvabilité du débiteur n'est pas encourue de plein droit, mais doit être demandée en justice. Ainsi, en cas de vente ou de réalisation du fonds, l'article 174 de l'AUS autorise les créanciers chirographaires à demander en justice la déchéance du terme de leurs créances pour concourir à la distribution du prix. Aussi, le législateur assure une protection spéciale aux créanciers nantis qui ont régulièrement inscrit leur garantie en leur accordant le droit de provoquer la déchéance du terme, notamment lorsque le propriétaire du fonds, sur qui pèse l'obligation de notifier dans le délai de quinze au moins à l'avance, le déplacement du fonds de commerce en indiquant le nouvel emplacement qu'il entend lui fixer, opère ce déplacement sans une notification régulière (article 175, alinéa 2). Cette information doit être réalisée par acte extrajudiciaire (c'est-à-dire par exploit d'huissier). Dans l'hypothèse où cette signification n'est pas réalisée, la créance est exigible de plein droit. Le créancier inscrit qui refuse de consentir au déplacement peut, dans les quinze jours suivant la notification, demander la déchéance du terme s'il y a diminution de sa sûreté. Le créancier inscrit qui a consenti au déplacement conserve sa sûreté s'il fait mentionner son accord, dans le même délai, en marge de l'inscription initiale. Si le fonds est transféré dans un autre Etat Partie, l'inscription initiale, à la demande du créancier inscrit, est reportée sur le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier où est transféré le fonds.

Outre la déchéance du terme, les droits et intérêts des créanciers sont préservés contre toute tentative de fraude par la faculté qui leur est reconnue de procéder à l'exercice de l'action paulienne.

2°) – L'action paulienne.

L'action paulienne est prévue par l'article 1167 du code civil qui accorde le droit aux créanciers, d'attaquer en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Etant en proie à d'éventuelles contestations et ordres de priorité de paiement, les créanciers chirographaires n'ont aucune garantie particulière puisque le législateur OHADA se contente d'un simple renvoi aux dispositions des articles 2092 et 2093 du Code civil (C. civ.) ⁽⁶²⁷⁾. Ces textes leur reconnaissent un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, qui constitue une garantie précaire. Mais comme, ils ont à craindre que leur débiteur ne compromette ce gage en négligeant leurs droits, ou en dissimulant ses biens ou en les faisant sortir

⁶²⁶L'article 994 du Code général des Impôts du Niger, punit cette fraude d'une peine d'emprisonnement de trois (3) mois à deux (2) ans et d'une amende de 20 000 à 200 000 francs CFA. L'article 106 de loi n° 004-2010/AN du Burkina-Faso punit d'une peine d'amende de cinq cent mille (500 000) à cinq millions (5 000 000) de francs CFA et d'un emprisonnement de six mois à deux ans ou de l'une de ces deux peines seulement.

⁶²⁷"Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présent et à venir. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers....".

frauduleusement de son patrimoine, ils auront à recourir à l'exercice de l'action paulienne décrite par l'article 1167 du C. civ. Reconnue à tous les créanciers, l'action paulienne ou action révocatoire est l'action par laquelle le créancier demande la révocation des actes d'appauvrissement accomplis par le débiteur en fraude de ses droits. La condition nécessaire à la mise en œuvre de l'action paulienne qui doit être dirigée non pas seulement contre le débiteur mais essentiellement contre le tiers acquéreur, est « *l'insolvabilité du débiteur* ». L'acte d'appauvrissement peut découler d'un contrat à titre onéreux ou d'un contrat à titre gratuit. Mais, l'action paulienne a surtout pour intérêt de rendre l'acte frauduleux inopposable au créancier agissant.

L'exercice de l'action paulienne est soumis à des conditions et produit des effets.

a) - Les conditions de l'action Paulienne.

L'action paulienne n'est recevable que lorsque le créancier justifie de l'existence d'une créance et d'un préjudice que lui aurait fait subir le débiteur avec la complicité des tiers acquéreurs du fonds de commerce. La créance dont il peut se prévaloir, doit être une créance certaine en son principe « *même si elle n'est pas encore liquide et même si elle n'est pas déjà définitivement fixée, elle doit être antérieure à l'acte frauduleux* »⁽⁶²⁸⁾. Pour que le juge déclare l'action recevable, il doit se placer à la date de l'acte par lequel le débiteur s'est dépouillé de ses biens pour apprécier s'il y a fraude ou non⁽⁶²⁹⁾. La fraude est caractérisée par un élément matériel et un élément moral qui doivent être prouvés par tous moyens par le créancier qui a un intérêt à agir. L'élément matériel de la fraude qui cause un préjudice au créancier s'entend de tout acte qui a rendu le débiteur insolvable ou a aggravé son insolvabilité. Cette situation a généralement pour origine un acte d'appauvrissement, faisant sortir une valeur du patrimoine de l'intéressé. En plus de l'élément matériel, le créancier doit établir l'existence d'un élément moral, qui n'implique pas forcément une intention de nuire, mais peut résulter de la seule connaissance que le débiteur a, du préjudice causé à son créancier⁽⁶³⁰⁾. Il peut établir la complicité du tiers acquéreur à l'acte frauduleux réalisé par le débiteur en démontrant sa participation consciente au préjudice ou du moins la connaissance de l'existence ou de l'aggravation de l'insolvabilité du débiteur avec lequel il a traité.

Toutes ces conditions étant réunies, l'action paulienne produit des effets de droit.

b) - Les effets de l'action paulienne.

L'action paulienne a pour effet principal de révoquer rétroactivement l'acte frauduleux afin de permettre le retour du bien altéré dans le patrimoine du débiteur. Elle facilite éventuellement, la saisie entre les mains du tiers acquéreur, du fonds acquis au moyen de l'acte frauduleux. A l'égard du créancier exerçant l'action, tout comme à l'égard des autres créanciers, l'acte reste valable. Le débiteur dispose d'un

⁶²⁸Cf. Civ., 3è, 23 Avril 1971, **Bull.**, n° 70-1091.

⁶²⁹La fraude qui suppose une manifestation de volonté ne se conçoit que lorsqu'il s'agit d'un acte juridique et non un fait juridique.

⁶³⁰Il suffit de prouver que le débiteur savait, en procédant à l'acte litigieux, qu'il causerait au créancier, un préjudice même futur, en se rendant insolvable ou en aggravant son insolvabilité. Civ, 1^{ère}, 21 novembre 2006, pourvoi n° 04-20731.

moyen d'éviter la restitution en désintéressant le créancier pour ensuite se retourner contre le vendeur par l'exercice de l'action en garantie contre l'éviction. L'action paulienne est dirigée contre le débiteur fautif en mettant en cause le tiers acquéreur et le créancier l'exerce en vertu d'un droit personnel. En vertu de son effet purement relatif, l'action qui ne profite dans la limite de la créance réclamée, qu'à celui qui l'a intentée, permet de rendre l'acte litigieux inopposable au seul créancier poursuivant (qui n'aura pas à craindre le concours des autres créanciers, s'ils ne sont pas intervenus dans le procès). Le créancier saisira éventuellement le fonds entre les mains du tiers acquéreur ou poursuivre sa vente forcée lorsqu'il est réintégré dans le patrimoine du débiteur. Lorsqu'il ne peut pas saisir le fonds entre les mains du tiers, il est fondé à demander la réparation du préjudice qui lui sera accordée sous forme d'une indemnité à verser par le tiers acquéreur. S'il reste un excédent de valeur après le désintéressement du créancier, cet excédent doit rester au tiers acquéreur. Ce dernier a en outre, une action récursoire contre le débiteur afin de se faire indemniser des valeurs dont il a été privé.

Outre ces prérogatives, la loi a également institué des garanties au profit des créanciers impayés du vendeur de fonds de commerce leur permettant d'obtenir le paiement de leur créance.

II - Les garanties de paiement instituées au profit des créanciers du vendeur du fonds de commerce.

La loi accorde la faculté à tout créancier impayé de recourir à l'exercice des voies d'exécution ⁽⁶³¹⁾ prévues aux articles 28 et suivants de l'AUPSRVE. Cette garantie appartient sans distinction à "tout créancier chirographaire ou privilégié" dans les conditions définies par l'article 31 de l'Acte Uniforme qui déclare que "l'exécution forcée n'est offerte qu'au créancier justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible sous réserve des dispositions relatives à l'appréhension et à la revendication des meubles". Le juge OHADA concourt également à la sécurisation des créanciers du vendeur de fonds de commerce en veillant à l'application effective des normes légales dans la mesure où, c'est à lui que le législateur a confié ce rôle en aménageant son pouvoir d'intervention en matière de recouvrement des créances ⁽⁶³²⁾. Pour cela, les créanciers du vendeur de fonds de commerce, auront à choisir parmi un large éventail de mesures légales ⁽⁶³³⁾ que lui offre le législateur OHADA dont la mise en œuvre nécessite le concours des personnes habilitées (huissiers de justice ou agents d'exécution). Ainsi, à défaut d'un règlement à l'amiable, dès lors qu'il est saisi par voie contentieuse, le juge statue en appliquant les normes OHADA en raison de leur supranationalité (conformément à l'article 10 du Traité) ou renvoie aux règles nationales supplétives.

Parmi les panoplies de mesures d'exécution existantes décrites ⁽⁶³⁴⁾, ils auront à choisir celles qui s'adaptent à leur cas d'espèce, en optant soit pour les mesures conservatoires, soit en faveur des mesures d'exécution forcée.

A – Les mesures conservatoires.

Avant d'entreprendre toute exécution forcée de leurs créances, l'article 54 de l'AUPSRVE autorise tout créancier à pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits et intérêts (dissimulation ou disparition par le débiteur des biens, objet d'un droit de gage général pour le créancier, ou encore par négligence). Ce texte déclare qu'à défaut d'exécution volontaire, toute personne dont la créance paraît fondée en son principe, peut par requête, solliciter de la juridiction compétente ⁽⁶³⁵⁾ du domicile ou du lieu ou demeure le débiteur, une autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable pour faire jouer l'effet de surprise, si elle justifie de

⁶³¹Cf. Diouf N'DIAW et Anne-Marie ASSI-ESSO, **OHADA, Recouvrement des Créances**, Collection Droit Uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, page 2.

⁶³²Ne serait-ce que de manière supplétive en raison de la revalorisation du titre exécutoire par la réforme OHADA, le juge de l'exécution n'intervenant qu'en cas d'incident, conduisant ASSONTSA Robert à parler de la «*déjudiciarisation des procédures civiles d'exécution* » », in **Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme OHADA**, Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, de l'Université de Strasbourg, 2009, page 32.

⁶³³Ces mesures se rapportent aux procédures de saisie-conservatoire, de saisie-rémunération, de saisie-vente, de saisie-attribution des créances, de saisie-appréhension et de saisie-revendication des meubles corporels, etc.

⁶³⁴ONANA ETOUNDI Félix, "La Pratique des voies d'exécution dans l'Acte Uniforme OHADA", **Alliance Juris**, page 32.

⁶³⁵A cet effet, l'article 49 al. 1er AUPSRVE dispose que : «*La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* ».

circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. Cette autorisation préalable pour pratiquer valablement une saisie conservatoire n'est pas requise lorsque le créancier est muni d'un titre exécutoire ⁽⁶³⁶⁾. Par cet assouplissement, il s'est agi pour lui de permettre au créancier de conserver toute chance d'obtenir l'exécution de ce qui lui est dû. En outre, à la différence de la saisie-vente, le commandement préalable n'est pas exigé. Les mesures conservatoires ont pour effet de rendre indisponibles les biens saisis. Lorsqu'elles ont été obtenues et pratiquées sans titre exécutoire, le créancier doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure aux fins d'obtenir un titre exécutoire.

Les mesures conservatoires sont constituées d'une part, des sûretés judiciaires et d'autre part des saisies conservatoires.

1° - Les sûretés judiciaires.

Les sûretés judiciaires ⁽⁶³⁷⁾ sont des procédures instituées par la loi permettant au créancier de demander au juge compétent de lui accorder une hypothèque forcée judiciaire ou une inscription provisoire de nantissement sur le fonds de commerce ou sur des parts sociales ou sur des valeurs mobilières en garantie de l'exécution de ses obligations conformément aux dispositions des articles 142 et 164 de l'AUS. L'article 198 de l'AUS révisé autorise tout créancier impayé (y compris le créancier du vendeur de fonds de commerce) à demander à la juridiction compétente qu'une l'hypothèque forcée judiciaire lui soit accordée, en précisant que l'immeuble de son débiteur lui demeure en paiement. Cette faculté n'est ouverte au créancier qu'à la condition que le juge désigne un expert chargé de déterminer la valeur de l'immeuble : *« si la valeur de l'immeuble excède le montant de la garantie du créancier hypothécaire, celui-ci doit au constituant une somme égale à la différence et s'il existe d'autres créanciers hypothécaires ⁽⁶³⁸⁾, ce montant sera consigné par le créancier » ⁽⁶³⁹⁾* et de vérifier l'existence et l'exigibilité de la créance ⁽⁶⁴⁰⁾. La juridiction compétente saisie accordera l'inscription provisoire en fixant un délai (article 213 de l'AUS) au-delà duquel, le créancier doit, à peine de caducité de l'autorisation ⁽⁶⁴¹⁾, former devant la juridiction compétente l'action en validité

⁶³⁶L'article 33 considère comme titres exécutoires : les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute passées en force de chose jugée, les actes et décisions juridictionnels étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées, les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties et enfin les actes notariés revêtus de la formule exécutoire.

⁶³⁷La sûreté judiciaire n'est pas une saisie, c'est une demande adressée au juge compétent qui apprécie l'opportunité de l'accorder ou non.

⁶³⁸En présence de plusieurs créanciers hypothécaires, le rang de chaque créancier est fixé en référence à la date de l'inscription de sa garantie au bureau de la conservation foncière et non en référence à la date de constitution de l'hypothèque.

⁶³⁹Pierre CROCO (s.), **Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : la réforme du Droit des Sûretés de l'OHDA**, Editions Lamy, Paris, 2012, page 295.

⁶⁴⁰La créance doit être certaine, liquide et exigible et que l'immeuble ne doit pas être la résidence principale du débiteur.

⁶⁴¹Le but de cette mesure est de prévenir les risques d'organisation d'insolvabilité du débiteur. Cf. Tribunal de Première Instance de Nkongsamba, Ordonnance N° /REF du 18 mars 2009, Affaire FENGYEP René contre la Société commerciale de Banque du Cameroun (SCB SA), **Ohadata** J-10-136.

d'hypothèque conservatoire ou la demande au fond ⁽⁶⁴²⁾, même présentée sous forme de requête à fin d'injonction de payer, faute de quoi, le débiteur peut demander au juge la mainlevée de l'inscription provisoire ⁽⁶⁴³⁾. Le créancier peut aussi demander au juge compétent l'autorisation d'une inscription provisoire de nantissement sur le fonds de commerce ou sur les parts sociales et les valeurs mobilières du débiteur en garantie de l'exécution de ses obligations conformément aux dispositions des articles 142 et 164 de l'AUS. Si le juge accorde le nantissement sur le fonds de commerce sa mise en œuvre obéit aux dispositions relatives à la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières des articles 85 à 90 de l'AUPSRVE.

Pour sauvegarder ses droits, le créancier peut juger utile de recourir également aux saisies conservatoires.

2°) – Les saisies conservatoires

Les saisies conservatoires sont des saisies qui ont pour objectif immédiat de prévenir l'insolvabilité du débiteur en l'empêchant de disposer de certains biens et donc de les dilapider ou d'en diminuer la valeur afin de les préserver au profit du créancier. Les saisies conservatoires sont des saisies à caractère provisoire portant sur les biens mobiliers corporels ou incorporels appartenant au débiteur (créances, comptes, etc.) appartenant au débiteur. Elle apporte une garantie au créancier avant que ne soit prononcé le jugement condamnant son débiteur à payer sa créance. Lorsqu'elles portent sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par la juridiction compétente. Le législateur OHADA offre le choix au créancier qui remplit conformément aux dispositions de l'article 54 de l'AUPSRVE, les conditions générales de saisir à titre conservatoire les biens meubles corporels ou incorporels de son débiteur.

S'agissant alors de créanciers, victimes d'une vente clandestine du fonds de commerce par le vendeur, ils auront deux principaux moyens à leur portée : soit procéder à une saisie conservatoire de la créance du vendeur détenue par un tiers (acquéreur ou séquestre), soit pour appréhender le bien (le fonds de commerce vendu frauduleusement) qui se trouve entre les mains de l'acquéreur.

a) – Les saisies de créance du débiteur.

Lorsque le créancier du vendeur opte pour la saisie conservatoire de créance, autrefois qualifiée de saisie-arrêt, il doit se conformer aux prescriptions des articles 77 à 84 de l'AUPSRVE. Il peut s'adresser directement à l'huissier de justice pour recourir à la saisie conservatoire s'ils disposent d'un titre exécutoire, d'une décision de justice non encore exécutoire, d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre ou d'un chèque ou loyer impayé. Le créancier procède à la saisie au moyen d'un acte d'huissier ou d'agent d'exécution signifié au tiers en respectant les formalités imposées par les articles 54 et 55 de l'AUPSRVE. S'il ne dispose pas d'un des titres ci-dessus, il doit saisir par requête, à défaut d'accord à l'amiable, le juge de

⁶⁴²Cf. Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, (Burkina-Faso), Jugement N° 70/08 du 19 avril, 2008, Banque Internationale pour le Commerce, l'Industrie et l'Agriculture du Burkina BICIAB) c/ Bally Baba SEID et PLAST AFRIC, **Ohadata** J-09-377.

⁶⁴³Tribunal de commerce de Pointe-Noire, Ordonnance du 19/03/2008, Ordonnance de Référé n° 030, Société Sac c/ Société SDV-Congo, **Ohadata** J-13-118.

l'exécution d'une demande de saisie conservatoire, pour que les sommes saisies soient consignées entre les mains d'un séquestre désigné par la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur. Dans un délai de huit jours, à peine de caducité, la loi fait l'obligation au créancier, à l'article 79 de porter la saisie conservatoire à la connaissance du débiteur par acte d'huissier ou d'agent d'exécution. De même, elle oblige aussi le tiers (article 80) à fournir à l'huissier ou à l'agent d'exécution les renseignements prévus à l'article 156 ci-après et de lui remettre copie de toutes pièces justificatives. Les renseignements sont mentionnés dans le procès-verbal.

Le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus, s'expose à devoir payer les sommes pour lesquelles la saisie a été pratiquée si celle-ci est convertie en saisie attribution sauf son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère. A défaut de contestation des déclarations du tiers avant l'acte de conversion, celles-ci sont réputées exactes pour les seuls besoins de la saisie. Les créances saisies sont ainsi bloquées entre ses mains jusqu'à la conversion de la mesure en saisie-attribution. Cette conversion est prévue par l'article 82 de l'AUPSRVE qui précise que muni d'un titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, le créancier signifie au tiers saisi un acte de conversion qui contient, sous peine de nullité toutes mentions relatives aux saisi et au saisissant, la référence au procès-verbal de saisie conservatoire, la copie du titre exécutoire sauf si celui-ci a déjà été communiqué lors de la signification du procès-verbal de saisie, le décompte distinct des sommes dues en principal, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux des intérêts et une demande de paiement des sommes précédemment indiquées à concurrence de celles dont le tiers s'est reconnu ou a été déclaré débiteur. L'acte informe le tiers que, dans cette limite, la demande entraîne attribution immédiate de la créance saisie au profit du créancier.

Outre la saisie conservatoire de créances, le créancier du vendeur de fonds de commerce dispose d'une action encore plus significative, celle portant sur le fonds de commerce.

b) – Les saisies-appréhension du fonds de commerce.

Les créanciers peuvent pratiquer une saisie-appréhension sur le fonds de commerce conformément aux articles 218 à 226 de l'AUPSRVE qui autorisent cette forme de saisie sur les biens meubles du débiteur. C'est une procédure qui permet de faire appréhender, par ministère d'huissier, un meuble corporel entre les mains de celui qui est tenu de le restituer au créancier. Les mécanismes diffèrent lorsqu'il s'agit de saisir entre les mains du débiteur ou entre les mains du tiers acquéreur. La saisie appréhension entre les mains du débiteur de l'obligation comporte deux actes : le commandement de délivrer ou de restituer le bien et l'acte de constatation de la remise volontaire ou de l'appréhension du bien. Le commandement de délivrer ou de restituer est signifié au débiteur qui doit s'offrir à effectuer le transfert du bien à ses propres frais dans un délai de huit jours.

Le bien peut aussi être appréhendé immédiatement, sans commandement préalable et sur la seule présentation du titre exécutoire, si le débiteur présent refuse l'appréhension du bien, objet de la saisie (article 220 AUPSRVE). A cet effet, l'acte d'appréhension doit préciser que les contestations pourront être portées devant la juridiction du lieu où demeure celui auquel le bien est retiré. L'huissier dressera un

acte constatant soit la remise volontaire, soit l'appréhension du bien, avec description détaillée et, si besoin, la photographie. Si la saisie appréhension est effectuée entre les mains d'un tiers, une sommation de remettre est directement signifiée à ce tiers (article 224). S'il refuse, le créancier ou le tiers lui-même peut saisir la juridiction compétente dans un délai d'un mois à compter de la sommation, faute de quoi la sommation et toutes mesures conservatoires qui auraient pu être prises sont caduques (article 225). Si le juge ordonne la saisie du bien, celui-ci peut être appréhendé immédiatement sur présentation de la décision judiciaire (article 226 AUPSRVE). La saisie-appréhension conduit le plus souvent, à une saisie-vente, c'est à dire à une vente des biens mobiliers afin de rembourser les créanciers.

B – Le recouvrement de la créance.

Les créanciers du vendeur de fonds de commerce qui ont épuisé toutes les autres voies de recours tendant à un règlement amiable de leurs créanciers ou à la conservation de leur droit de créance, peuvent solliciter un recouvrement forcé de leurs créances. L'exécution forcée se concrétise par la voie de la saisie et de la vente des biens du débiteur. A défaut d'exécution volontaire, l'article article 28 de l'acte uniforme sur le recouvrement simplifié et voies d'exécution autorise tout créancier disposant d'une créance certaine, liquide et exigible, quelle que soit sa nature, à saisir et à vendre les biens de son débiteur. Les saisies sont des moyens destinés à contraindre le débiteur défaillant à exécuter ses obligations, elles mettent en scène plusieurs acteurs : à savoir les parties à l'exécution, l'huissier de justice et le juge en sa qualité d'autorité de surveillance. Toutes les saisies aux fins d'exécution sont conditionnées par l'existence d'un titre exécutoire qui, en pratique est la décision de justice revêtue de la formule exécutoire.

L'acte uniforme sur les voies d'exécution, donne attribution au greffier de constater l'inaction du débiteur lorsque celui-ci n'a pas expressément déclaré contester la procédure de saisie, constat qui permet le paiement de la créance poursuivie. Lorsque le créancier ne dispose pas d'un titre exécutoire, il doit s'adresser au juge, pour obtenir l'autorisation de saisir les biens du débiteur défaillant pour ensuite procéder à leur vente. Le juge doit apprécier le bien-fondé de la demande en vérifiant si celle-ci réunit les conditions exigées par l'AUPVSRE comme l'a toujours fait le juge communautaire ⁽⁶⁴⁴⁾. Mais quelle que soit les acteurs intervenant dans la procédure de saisie, le rôle de la justice est prééminent en matière de recouvrement forcé de créances, pour lequel le débiteur ne s'exécute que sous la pression : qu'il s'agisse de saisie-attribution, de saisie-vente ou même de vente forcée d'un bien meuble ou immeuble du débiteur, l'intervention de la justice est nécessaire.

Parmi toutes les mesures d'exécution forcée, les créanciers vendeurs de fonds de commerce peuvent recourir entre autres, à la saisie-attribution des créances pour réclamer le paiement du prix de vente du fonds de commerce (se trouvant encore en possession d'un détenteur : l'acquéreur ou le séquestre) où à l'exécution forcée de la créance.

1°) – La saisie attribution du prix de vente du fonds de commerce.

⁶⁴⁴Cf. CCJA, 1^{ère} Chambre, Arrêt n° 016 du 25 mars 2010, **Le JURIS OHADA**, n° 3/2010, page 1, commentaire, Professeur Moussa SAMB.

Tout créancier qui ne peut ni exiger le paiement de sa créance, ni bénéficier du privilège grevant le fonds de commerce, peut recourir à la procédure de saisie-attribution pour réclamer le paiement du prix non encore versé qui se trouve entre les mains d'un tiers détenteur (de l'acquéreur ou du séquestre). La saisie-attribution comme toute saisie est un moyen très efficace de recouvrement de créance, organisé par les articles 153 à 172 de l'AUPSRVE en application desquels, tout créancier titulaire d'une créance liquide et exigible constatée par un titre exécutoire peut saisir la créance de son débiteur détenue par un tiers. Le tiers détenteur peut être l'acquéreur du fonds de commerce, mais également une personne entre les mains de laquelle, les sommes sont consignées tel que l'huissier ou de l'agent d'exécution, le greffe, le notaire, la banque ou l'établissement financier désigné comme séquestre au choix du créancier saisissant. L'acte de saisie rend indisponibles les biens ou les sommes d'argent qui en sont l'objet. Le débiteur saisi ou le tiers détenteur entre les mains de qui la saisie a été effectuée est réputé gardien des objets saisis sous peine de sanctions pénales organisées par les législations nationales. Cette voie d'exécution permet de bloquer immédiatement les sommes dues au débiteur poursuivi, à hauteur du montant des causes de la saisie et de ses accessoires, et notamment celles pouvant figurer sur les comptes bancaires dont il est titulaire ⁽⁶⁴⁵⁾. L'article 157 de l'AUPSRVE indique que le créancier qui procède à la saisie par acte d'huissier ou d'agent d'exécution doit signifier la saisie au tiers et dans un délai de huit jours, à peine de nullité, la dénoncer au débiteur ⁽⁶⁴⁶⁾. Cet acte ⁽⁶⁴⁷⁾ doit contenir l'indication que le débiteur peut soulever des contestations dans le délai d'un mois de la dénonciation. Il doit enfin contenir la défense faite au tiers débiteur de disposer des sommes réclamées et l'obligation de déclarer l'étendue de ses obligations envers le débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter (article 154 de l'AUPSRVE).

Le tiers saisi doit fournir à l'huissier ou à l'agent d'exécution les renseignements utiles qui selon l'article 156, seront mentionnés sur l'acte de saisie. En cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte, il pourrait être condamné à des dommages intérêts ⁽⁶⁴⁸⁾. En cas de pluralité de saisies-attributions de créances portant sur le montant d'un compte chèque insuffisant pour désintéresser tous les créanciers, le juge a décidé que les premiers saisissants sont seuls attributaires du montant, en application de l'article 155 alinéa 2 de l'Acte uniforme susvisé qui dispose en substance que « *la signification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ne remettent pas en cause cette attribution...* » ⁽⁶⁴⁹⁾. En outre, elle a annulé la décision d'une juridiction d'Appel

⁶⁴⁵Elle s'apparente à l'ATD (Avis à Tiers Détenteurs) pratiqué pour le recouvrement de l'impôt.

⁶⁴⁶Cf. OHADA, Traités et Actes Uniformes commentés et annotés, **Jurisclope**, 2012, page 1065.

⁶⁴⁷Doit contenir sous peine de nullité l'indication des mentions relatives aux parties en cause, au titre ou à l'autorisation judiciaire en vertu de laquelle la saisie est effectuée, le décompte des sommes pour lesquelles elle est pratiquée.

⁶⁴⁸Pour déclarations tardives, cf. Tribunal de commerce Kinshasha Gombé Ordonnance du juin 2013, Société Standard Bank RDC SARL c/ CELTEL CONGO SARL, Observations Joseph KAMGA, **Ohadata** J-14-25.

⁶⁴⁹CCJA, Arrêt n° 001, 8-1-2004 : SGBC c/ HOLLYWOOD HOTEL, Le **JURIS OHADA**, n° 1/2004, Janvier-mars 2004, p. 2, note Brou Kouakou Mathurin et Arrêt n° 032/2005 du 26 mai 2005, Affaire BAKOU GONAHO François c/ DEBENEST.

qui a ordonné, en méconnaissance des dispositions de l'article 144 de l'AUPSRVE, l'annulation de la saisie et la restitution des biens saisis après la distribution du prix de vente des véhicules qui ont fait l'objet d'une saisie-vente régulière ⁽⁶⁵⁰⁾. Le tiers saisi procède au paiement des sommes saisies sur présentation d'un certificat de greffe attestant qu'aucune contestation n'a été formée dans le mois suivant la dénonciation de la saisie ou sur présentation de la décision exécutoire de la juridiction rejetant la contestation ⁽⁶⁵¹⁾.

Le paiement peut également avoir lieu avant l'expiration du délai de contestation si le débiteur a déclaré par écrit ne pas contester la saisie (article 164 de l'AUPSRVE). Le paiement est effectué contre quittance entre les mains du créancier saisissant ou de son mandataire justifiant d'un pouvoir spécial qui en informe immédiatement son mandant. En conséquence, l'attribution ne peut dépasser le montant de la dette du tiers saisi envers le débiteur saisi et dans la limite des sommes versées, ce paiement éteint l'obligation du débiteur et celle du tiers saisi. En cas de contestation, toute partie peut demander à la juridiction compétente, sur requête, la désignation d'une séquestre, à qui le tiers saisi versera les sommes saisies. En cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur, la contestation est portée devant la juridiction compétente (par voie d'assignation, dans le délai d'un mois à compter de la dénonciation de la saisie au débiteur) qui peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi. Le débiteur saisi qui n'aurait pas élevé de contestation dans le délai prescrit peut agir en répétition de l'indu devant la juridiction du fond compétente selon les règles applicables à cette action. La décision de la juridiction tranchant la contestation est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification.

En plus de la saisie-attribution, le créancier du vendeur de fonds de commerce a la faculté d'exiger du débiteur le paiement de sa créance.

2°) – L'exécution forcée.

L'exécution forcée de la créance consiste pour le créancier impayé du vendeur de fonds de commerce de s'adresser à la juridiction compétente pour obtenir la condamnation du débiteur au paiement de sa dette. Le législateur OHADA a organisé des procédures qui lui permettent d'obtenir un règlement rapide et imminent de ses créances, à travers la procédure de l'injonction de payer ou celle de la saisie des biens mobiliers (ou immobiliers) qui sera transformée en une vente forcée du fonds de commerce.

a) - L'injonction de payer.

Les créanciers du vendeur de fonds de commerce qui souhaitent obtenir un paiement rapide de leurs créances peuvent au préalable opter pour l'application des

⁶⁵⁰CCJA, 1^{ère} Chambre, Arrêt n° 04 du 12 novembre 2009, Affaire MTN-CI anciennement LOTENY TELECOM CI SOCIETE de TRANSPORT ABIDJANAIS, dite SOTRA.SA, **Ohadata** J-10-304 et Arrêt n° 019/2011 du 06 décembre 2011, Affaire CHEM IVOIRE c/ ADAM MAHAMAN, **Ohadata** J-13-163.

⁶⁵¹Si le tiers est un établissement bancaire ou un établissement financier assimilé, l'AUPSRVE lui impose l'obligation de déclarer dans le délai de 15 jours qui suit la saisie, l'état du compte bancaire du débiteur et les soldes du jour de la saisie à cette date. Ce qu'avait retenu la Cour communautaire qui a déclaré valable le paiement fait par ECOBANK MALI en application des articles 161, alinéa 1^{er} et 162, des causes de la saisie entre les mains de l'huissier poursuivant. CCJA, 1^{ère} Chambre, Arrêt n° 008/2011 du 25 août 2011, Affaire ECOBANK-MALI contre KEMPINSKI EL FAROUK, **Ohadata** J-13-160.

dispositions des articles 1 à 18 relatives à la procédure d'injonction de payer. Aux termes de l'article 1er de l'AUPSRVE, « *le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer* ». L'injonction de payer est une procédure judiciaire rapide et peu onéreuse qui permet à un créancier de contraindre son débiteur à honorer ses engagements. La première phase de cette procédure n'est pas soumise au principe du contradictoire, puisque le créancier peut obtenir l'ordonnance d'injonction de payer alors que le débiteur n'est pas avisé de la procédure. La procédure d'injonction de payer est adressée au moyen d'une simple requête ⁽⁶⁵²⁾, à la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure effectivement le débiteur ou l'un d'eux en cas de pluralité de débiteurs. La requête doit contenir à peine d'irrecevabilité des indications relatives à l'identité, à la profession et au domicile des parties ou pour les personnes morales, leurs formes, dénomination et siège social, l'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance ainsi que le fondement de celles-ci.

L'article 2 de l'AUPSRVE indique que la procédure d'injonction de payer ne peut être introduite lorsque la créance a une cause contractuelle ou lorsqu'elle résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante. La demande ainsi que les pièces justificatives qui l'accompagnent sont soumises à l'examen du Président de la juridiction compétente, qui, au vu des documents produits, lorsque la demande lui paraît fondée en tout ou partie, rendra une ordonnance portant injonction de payer pour la somme retenue, par laquelle il adjointra au débiteur de s'acquitter de sa dette dans un délai déterminé. S'il rejette en tout ou en partie la requête, sa décision est sans recours pour le créancier, sauf à celui-ci de procéder selon les voies de droit commun. La décision portant injonction de payer ainsi qu'une copie certifiée conforme de la requête doivent être notifiées au débiteur par acte extrajudiciaire dans un délai maximal de trois mois à compter de sa date sous peine de caducité. A la réception de l'ordonnance, le débiteur peut contester l'ordonnance d'injonction, par voie d'opposition, auprès du tribunal qui l'a rendue ⁽⁶⁵³⁾.

Mais comme cette mesure urgente n'aboutit pas souvent à un règlement définitif de la créance, on constate que les créanciers du vendeur de fonds de commerce tentent de recourir à d'autres procédures légales de recouvrement de leur créance, notamment à la vente sur saisie du fonds de commerce.

b) - La vente sur saisie du fonds de commerce.

Les créanciers du vendeur de fonds de commerce peuvent décider de la vente judiciaire du fonds de commerce, en adressant une demande au tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite ledit fonds. Cette vente judiciaire du fonds intervient sous forme de conversion de saisie-exécution d'éléments isolés du fonds de commerce

⁶⁵²CA Niamey, n° 141 du 28-11-2002, Abdoulaye Baby Bouya c/ SONIBANK, Ohadata J-03-258, obs. Joseph ISSA SAYEGH.

⁶⁵³L'opposition selon l'article 10, alinéa 1^{er} doit être formée dans les quinze jours qui suivent la signification de la décision portant injonction de payer. Ce délai est augmenté, éventuellement des délais de distance. Cf. Cour d'Appel de Zinder, Chambre judiciaire, Arrêt n° 27 du 27 avril 2006, Affaire SSC c/ Elhadji A.A. à Agadez, Ohadata, J-10-290.

dans la mesure où, le fonds de commerce est un bien insaisissable (en raison de son utilité pour le débiteur). Les créanciers qui ont régulièrement pratiqué la saisie-vente sur des éléments corporels du fonds de commerce appartenant à leur débiteur, peuvent demander à la juridiction compétente, l'autorisation de procéder à la vente forcée du fonds. Cette opération qui résulte de la procédure organisée par les articles 91 et suivants de l'Acte uniforme ⁽⁶⁵⁴⁾, a vocation à s'appliquer à tous les biens meubles corporels du débiteur, peu importe qu'ils soient en sa possession ou détenus par un tiers ⁽⁶⁵⁵⁾. A l'issue de la procédure qui débute par un commandement de payer, le débiteur en cas de non-paiement procède lui-même à la vente amiable de ses biens saisis. Il doit notifier sa décision aux créanciers qui disposent d'un délai de quinze jours pour prendre le parti d'accepter la vente amiable, de la refuser ou de se porter acquéreurs. En l'absence de réponse, ils sont réputés avoir accepté. A l'expiration du délai d'un mois prévu à cet effet, le créancier est autorisé à procéder à leur vente forcée. Tout créancier réunissant les conditions prévues par l'article 91 peut se joindre à une saisie déjà pratiquée sur les biens du débiteur, par le moyen d'une opposition, en procédant, au besoin, à une saisie complémentaire. Aucune opposition ne peut être reçue après la vérification des biens (article 130). La vente sur saisie est une procédure offerte à tous les créanciers, y compris au Trésor Public ⁽⁶⁵⁶⁾, tant que les objets saisis ne sont pas vendus qui leur permet de demander au tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité, la vente du fonds du débiteur saisi avec le matériel et les marchandises qui en dépendent. Cette forme de vente forcée du fonds sur saisie très usitée en droit français ⁽⁶⁵⁷⁾ est rarement pratiquée en droit OHADA. Cette procédure qui a pour effet d'immobiliser les biens en vue de leur vente, aura pour avantage de faciliter le paiement du créancier sur le prix de la vente des biens saisis et du fonds de commerce.

Aussi, le législateur OHADA a aussi aménagé une procédure particulière applicable aux créanciers du vendeur de fonds de commerce disposant d'une sûreté sur cet élément important du patrimoine du débiteur leur permettant de réaliser leur nantissement.

2) - La réalisation du nantissement sur fonds de commerce.

Le nantissement du fonds de commerce est l'acte de disposition par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce affecte celui-ci à titre de garantie au paiement d'une dette. Il est constitué au profit de tout créancier par le propriétaire du fonds de commerce qui reste en possession de son bien, malgré la constitution de cette sûreté ⁽⁶⁵⁸⁾. A l'instar de toute sûreté réelle, le nantissement du fonds de commerce est l'accessoire d'une créance, qu'elle soit liée ou non à l'exploitation du fonds de commerce (la créance peut être présente ou future, à condition qu'elle soit

⁶⁵⁴TGI Hors Classe de Niamey, Ordonnance de Référé n° 35 du 10/02/2009, **Juricaf**.

⁶⁵⁵Sous la seule réserve qu'ils ne soient pas déclarés insaisissables (à l'exemple du fonds de commerce considéré comme un bien insaisissable du fait qu'il est affecté à l'exploitation d'une activité commerciale).

⁶⁵⁶Pour l'exécution de sa créance fiscale, l'article 1135 du Code général des Impôts du Niger, impose au Receveur des Impôts, l'obligation de pratiquer la saisie des éléments corporels du fonds de commerce avant de procéder à la vente globale du fonds de commerce.

⁶⁵⁷Réglémentée aux Articles L 143-3 et suivants du Code de commerce français.

⁶⁵⁸Le fonds de commerce est un instrument de travail essentiel dont le débiteur ne peut se priver, sa localisation dans l'espace rend inutile la dépossession.

déterminable). D'ailleurs, tout comme le nantissement judiciaire, le nantissement conventionnel ⁽⁶⁵⁹⁾ doit être constaté sous peine de nullité, dans un écrit comportant certaines mentions obligatoires décrites par l'article 163 de l'AUS ⁽⁶⁶⁰⁾. Il n'est opposable aux tiers que s'il est inscrit au Registre du Commerce et de Crédit Mobilier dans les conditions prévues par les articles 51 à 56 de l'AUS.

Ainsi, le juge OHADA exige toujours des créanciers en plus de la justification d'un nantissement régulier établi dans le respect des formalités prescrites par les articles 55 à 56 et 163 de l'AUS, un écrit et une inscription de leur sûreté, au titre des conditions essentielles de validité entre les parties et, d'opposabilité aux tiers ⁽⁶⁶¹⁾. Il s'oppose à la réalisation du nantissement, lorsque le créancier n'arrive pas à apporter la preuve d'une créance, certaine, liquide et exigible en application de l'article 1er de l'AUPSRVE ou à démontrer que le fonds de commerce en cause a fait l'objet d'un nantissement à son profit ou que le débiteur est propriétaire du fonds nanti ⁽⁶⁶²⁾. Pour la réalisation de leur créance, tous les créanciers (qu'ils soient inscrits ou non) ont les mêmes droits, la distinction n'intervient seulement qu'au moment de la distribution du prix de vente, pour laquelle, les créanciers inscrits disposent d'une priorité de paiement sur les créanciers chirographaires. Ces derniers ne seront payés que proportionnellement au montant de leurs créances, au marc le franc, après avoir désintéressé les premiers. En plus, le créancier nanti bénéficie comme les autres créanciers inscrits, d'un droit de suite, d'un droit de préférence et d'un droit de réalisation qu'il exerce conformément aux dispositions de l'AUS.

Dès lors qu'il est régulièrement constitué, le nantissement confère à son titulaire des privilèges et un droit de réalisation.

a) - Les privilèges du créancier nanti.

A l'instar de tous les autres créanciers inscrits, les créanciers nantis dispose d'un droit de suite et d'un droit de préférence qu'ils exercent conformément aux dispositions des articles 97, alinéa 2 et 226 de l'AUS. Le droit de suite va permettre au créancier nanti de faire saisir le fonds de commerce tout entier et non de certains

⁶⁵⁹ Aux termes de l'article 162 « *Le nantissement du fonds de commerce est la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation, les éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial. Le nantissement peut aussi porter sur les autres éléments incorporels du fonds de commerce tels que le droit au bail commercial, les licences d'exploitation, les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle. Il peut également être étendu au matériel professionnel., etc...* ».

⁶⁶⁰ Aux termes de l'article 163 de l'AUS, «... :

1°) la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci n'est pas le débiteur ;

2°) la désignation précise et le siège du fonds et, s'il y a lieu de ses succursales ;

3°) les éléments du fonds nanti ;

4°) les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance.

⁶⁶¹ Cf. Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement civil n° 1999 du 3 décembre 2003, la SFE ex SOGECA c/BARA DIOP, **Ohadata J-04-276** ou encore, Tribunal de Première Instance de Daloa, ordonnance de référé n° 28 du 07 septembre 2005, affaire EDK c/ M I, **Ohadata J-07-34**.

⁶⁶² Cf. Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, Jugement n° 437 du 2 octobre 2005, Société GS/Banque X, **Jurismania** et dans le même sens, Tribunal de première instance de Daloa, Jugement n° 29 du 7 septembre 2005, Affaire H.A.T c/ M.I, **Ohadata J-07-19**.

de ses éléments ⁽⁶⁶³⁾, entre les mains de quelque personne que ce soit, y compris un acquéreur de bonne foi. Le créancier nanti va primer les bénéficiaires inscrits après la cession, en garantie des dettes de l'acquéreur. Il importe aussi de souligner que « *le droit de suite pourra être exercé par le créancier nanti, sans que ce dernier ait besoin de faire opposition au paiement du prix de cession de fonds ou même de déclarer sa créance en cas de redressement judiciaire de l'acquéreur* » ⁽⁶⁶⁴⁾. Le droit de préférence du créancier nanti s'exerce conformément à l'ordre de paiement organisé par l'article 226 de l'AUS. Dans l'hypothèse d'une pluralité de créanciers nantis ou bénéficiant du privilège du vendeur d'immeuble, celui qui dispose de l'inscription la plus ancienne sera désintéressé en priorité à hauteur de l'intégralité de sa créance. Contrairement au droit français, le droit de préférence va s'exercer par déduction de l'article 150 de l'AUDCG ⁽⁶⁶⁵⁾ sur le prix de de revente de manière indistincte.

En plus de ces privilèges, le créancier nanti dispose d'un droit de réalisation de sa créance.

b) – Le droit de réalisation de la créance nantie.

Pour la réalisation de sa créance conformément aux dispositions de l'article 104 de l'AUS, le créancier nanti ne peut demander l'attribution judiciaire du fonds de commerce en raison de sa nature particulière, mais peut seulement recourir à la vente forcée du fonds de commerce en application des dispositions de l'AUPSRVE ⁽⁶⁶⁶⁾. Aux termes l'article 120 de l'AUPSRVE, la vente forcée est effectuée aux enchères publiques, par un auxiliaire de justice habilité par la loi nationale de chaque État partie, soit au lieu où se trouvent les objets saisis, etc. C'est ainsi qu'un juge national a cautionné une vente forcée aux enchères publiques pratiquée à la suite de la saisie-vente sur les matériels et outillages d'une station essence comme constituant une cession de fonds de commerce ⁽⁶⁶⁷⁾. La procédure de la vente forcée est soumise à la publicité qui est effectuée par affiches indiquant les lieu, jour et heure de celle-ci et la nature des biens saisis. L'adjudication est faite au plus offrant après trois criées. Le prix est payable comptant, faute de quoi, l'objet est revendu à la folle enchère de l'adjudicataire. La vente est arrêtée lorsque le prix des biens vendus assure le paiement du montant des causes de la saisie et des oppositions, en principal, intérêts et frais. Le créancier sera alors désintéressé de sa créance sur le prix de la vente forcée du fonds de commerce. Néanmoins, la distribution du prix de vente obéit à la procédure prévue par l'AUPSRVE qui organise la répartition selon qu'il y ait un ou

⁶⁶³ Dans ce cas, il peut seulement y avoir déchéance du terme.

⁶⁶⁴ Pierre CROCQ (s.), **Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : la réforme du Droit des Sûretés de l'OHDA**, op. cit. page 260.

⁶⁶⁵ Qui prévoit que l'acte constatant la cession de fonds de commerce doit préciser le prix convenu, sans qu'il ne soit fait de distinctions.

⁶⁶⁶ Le droit français organise à l'article L.143-13 du Code de commerce, une procédure de surenchère du 1/10^è au profit des créanciers nantis qui ne pouvant s'opposer à la vente du fonds de commerce dans son entier, peuvent déclencher une vente aux enchères publiques dans laquelle, ils vont pour former une surenchère au 1/10^{ème} du prix global figurant dans l'acte de vente. Ils seront les premiers enchérisseurs pour un montant égal au prix de vente plus le dixième.

⁶⁶⁷ TGI Banfora, n°17, 4-4-2003 : Dame KONE née OUEDRAOGO Azéta c/ Sté S.K.I, **Ohadata** J-04-60.

plusieurs créanciers ⁽⁶⁶⁸⁾. Le règlement des créanciers doit être effectué dans le délai de quinze jours à compter de la réception de l'accord.

Dans le même délai, le solde est remis au débiteur. Lorsque les créanciers n'ont pas pu s'entendre sur une répartition consensuelle dans le délai d'un mois qui suit le versement du prix de vente par l'adjudicataire, le créancier le plus diligent peut provoquer une répartition judiciaire du prix, en saisissant le juge compétent. C'est donc à bon droit qu'une action initiée dans ce sens a été déclarée recevable pour avoir été formée dans les conditions fixées par l'article 325 de l'AUPSRVE ⁽⁶⁶⁹⁾. La décision de répartition est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa signification et selon les conditions prévues à l'article 333.

⁶⁶⁸ A cet effet, l'article 324 précise que : «*En présence d'un créancier unique, le produit de la vente lui est remis à concurrence de la somme à recouvrer et le solde éventuel est versé au débiteur*). Dans l'hypothèse d'une pluralité de créanciers inscrits ou privilégiés, ceux-ci peuvent s'entendre sur une répartition consensuelle du prix de la vente. Dans ce cas, ils adressent leur convention sous seing privé ou sous forme authentique au greffe ou à l'auxiliaire de justice qui détient les fonds ».

⁶⁶⁹ TRHC Dakar, n° 319, 15-3-2001 : Distribution du prix d'adjudication du TF n° 9795/DG saisi sur LOBATH FALL par la S.G.B.S., Ohada.com/Ohadata J-05-44.

Conclusion :

Pour atteindre l'objectif de la garantie de la sécurité juridique et judiciaire accordée aux investisseurs dans l'espace OHADA, le législateur s'est efforcé d'élaborer une réglementation de la vente du fonds de commerce en imposant à l'acquéreur dans l'AUDCG, l'obligation de publier la vente du fonds de commerce, pour leur permettre d'exercer les prérogatives d'opposition et de surenchère. Cette réglementation qui constitue le fondement juridique de la protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce même renforcée par des garanties instituées dans l'Acte Uniforme portant Sûreté (AUS) facilitant la constitution des sûretés sur le fonds de commerce est insuffisante. Certes, pour obtenir plus facilement du crédit, le débiteur propriétaire du fonds de commerce, va consentir un nantissement sur celui-ci, lui permettant de poursuivre l'exploitation du fonds de commerce nanti, malgré la constitution de la garantie. En dépit de cette volonté du législateur communautaire de garantir la sécurité juridique et judiciaire aux investisseurs nécessaires au développement du crédit dans l'espace OHADA, les créanciers du vendeur de fonds de commerce ne bénéficient pas de la plénitude d'une protection somme toute limitée, tant du point de vue légale que judiciaire.

Certes d'un point de vue formel, le législateur OHADA a élaboré des règles qui consacrent l'institution des prérogatives qui permettent aux créanciers de se prémunir contre la mauvaise foi du vendeur de fonds de commerce, mais ces prescriptions légales n'assurent pas une entière sécurité juridique aux créanciers du vendeur de fonds de commerce qui sont souvent exposés à des risques d'insécurité auxquels les expose leur débiteur qui n'hésitent pas à recourir la fraude de leurs droits. Pour combler une telle lacune juridique, le législateur renvoie aux actions de droit commun dites actions de protection du patrimoine (actions paulienne, en déclaration de simulation, déchéance de terme, action directe, etc.). Mais ces actions qui relèvent du droit commun des obligations n'assurent une garantie efficace que lorsqu'elles sont complétées par des procédures de droit commun des voies d'exécution –AUPRSVE) qui permettent aux créanciers de se prémunir contre la mauvaise foi du vendeur de fonds de commerce. Or, le recours aux procédures d'exécution, à l'exception de la vente forcée du fonds de commerce, ne tend qu'à la conservation des droits des créanciers dans le patrimoine du débiteur et non à l'exécution forcée de leur créance.

D'ailleurs, les voies d'exécution ne comportent pas de procédure qui autoriserait directement la saisie d'un fonds de commerce, les créanciers ne peuvent que procéder à saisie de certains éléments du fonds aux fins de conversion en vente forcée du fonds de commerce. Quoi qu'il en soit, l'apport limité du droit primaire OHADA en matière de sécurisation juridique des créanciers du vendeur a un impact certain sur le droit dérivé jurisprudentiel. En effet, la finalité du droit OHADA est de parvenir à l'institution d'un système juridique constitué de normes directement applicables et obligatoires dont l'unification est assurée par la CCJA. Mais comment garantir la sécurité juridique et judiciaire en présence d'une réglementation inachevée ? La Cour n'assurera complètement sa mission de garante de la sécurité judiciaire des justiciables dans l'espace OHADA que lorsque le législateur opère une refonte des textes en prenant en compte dans sa réglementation tous les abus susceptibles d'affecter les droits de créance.

PLAN

I – Les prérogatives légales accordées aux créanciers du vendeur de fonds de commerce

A - Dans une vente régulièrement publiée.

- 1 - Le droit d'opposition des créanciers.
 - a) - Les conditions de l'opposition.
 - b) - Les effets de l'opposition.
- 2 - Le droit de surenchère.
 - a) - Les conditions de la surenchère.
 - b) - Les effets de la surenchère.

B - Dans une vente non publiée.

- 1) – La déchéance du terme.
- 2) – L'action paulienne.
 - a) – Conditions.
 - b) Effets.

II - Les garanties de paiement instituées au profit des créanciers du vendeur du fonds.

A – L'adoption des mesures conservatoires.

- 1°) – Les sûretés judiciaires.
- 2°) – Les saisies conservatoires.
 - a) – Les saisies de créance du débiteur.
 - b) – Les saisies-appréhension du fonds de commerce.

B – Le recouvrement de la créance.

1. – L'exécution forcée en vue du recouvrement de la créance.
 - a) – La saisie attribution du prix de vente du fonds de commerce.
 - b) - La vente sur saisie du fonds de commerce.
- 3) - La réalisation du nantissement sur fonds de commerce.
 - a) – Les privilèges des créanciers nantis.
 - b) Le droit de réalisation de la créance nantie.

L'INFRACTION D'ATTEINTE AU PATRIMOINE DES ENTREPRISES PUBLIQUES ET PARAPUBLIQUES DANS L'ESPACE OHADA

Par

Dr. KENGUEP Ebénézer

Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Douala et

FOKOU Eric

Doctorant Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Douala

Le droit pénal des affaires reste encore, en dépit des prémices d'une construction législative, largement embryonnaire dans l'espace OHADA⁶⁷⁰. Cette construction inachevée rend encore plus complexe la mise en œuvre de la lutte contre la délinquance en col blanc, entrave considérable à la promotion d'une éthique des affaires, idéal de plus en plus recherché dans l'assainissement du climat sans cesse vicieux des affaires au sein de l'espace communautaire. Cette difficulté voire ce défi sécuritaire est d'autant plus rédhibitoire que le processus d'incrimination ainsi que de la répression reste déjà assez complexifié par la décomposition de l'élément légal des infractions, embrigadé entre le droit communautaire et le droit pénal national. En effet, tandis que l'incrimination relève de la compétence du législateur communautaire, la sanction quant à elle reste l'apanage du législateur de chaque Etat membre avec toutes les subséquences⁶⁷¹ et contingences socio-politico-économiques que cela engendre. Cet état de fait et de droit somme toute lacunaire a donc fait naître indirectement une désuniformisation voire une inefficacité de la politique pénale⁶⁷²

⁶⁷⁰ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires créée à par un Traité signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 et entré en vigueur le 18 septembre 1995. Institution d'intégration juridique à vocation économique, elle regroupe à ce jour 17 Etats dont le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, La République centrafricaine, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad, le Togo, l'Union des Comores. Elle reste par ailleurs ouverte à l'adhésion de tous les pays membres de l'Union Africaine et même non membres (sous réserve d'un commun accord des Etats signataires) en vertu de l'article 53 du Traité. Sur la genèse de l'OHADA, V. **AKOUETE-AKUE (M)**, « Histoire de l'OHADA », « Communication au Colloque OHADA et lutte contre la corruption », Bâle, 29 Février 2008 et **THERA (F)**, La réforme de l'AUPCAP, Thèse soutenue à l'Université Jean Moulin Lyon 3 le 6 Décembre 2010, Introduction p.1 s.

⁶⁷¹ Le partage de la compétence pénale entre le législateur communautaire et les législateurs nationaux conduit aussi à un éclatement du contentieux entre les juridictions nationales, compétentes pour le contentieux de la sanction et la CCJA, compétente pour le contentieux de l'incrimination. Un contentieux difficile donc à mettre en œuvre. V. **KITIO (E)**, « Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA », in *Revue de l'ERSUMA* n° 2 mars 2003 p. 309 s et **FOMETEU (J)**, « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation » in *JuridisPériodique* n°73, janv.-févr.-mars 2008, p. 95 s.

⁶⁷² L'inefficacité de la politique pénale OHADA est en partie due à nombre d'entraves intrinsèques dont la relative insuffisance d'incriminations, les incriminations fleuves et évasives, l'imprécision de la qualification, l'immunité pénale de fait des personnes morales, l'indétermination de la juridiction compétente et/ou de la loi applicable, la disparité de sanctions à l'échelle communautaire, le silence répressif de certains Etats parties et un corps judiciaire pas toujours probe et compétent.

loin de l'uniformité et de la sécurité juridiques souscrites et escomptées par les Etats membres au traité fondateur⁶⁷³. La disparité des sanctions voire le presque silence répressif de certains législateurs nationaux⁶⁷⁴ restant comme une épée de Damoclès qui laisse directement planer le risque d'une balkanisation de la politique répressive dont les épines tentaculaires laissent poindre à l'horizon des pays refuges mieux des paradis pénaux et inversement des enfers pénaux à l'échelon communautaire.

L'infraction d'atteinte au patrimoine des sociétés commerciales d'Etat⁶⁷⁵ constitue sans conteste un paradoxe révélateur du conflit sans doute délétère de qualification voire de loi pouvant ainsi naître aussi bien à la constatation qu'à la répression de celle-ci. Comme en témoigne le droit camerounais, les poursuites engagées depuis plus d'une décennie dans l'espace OHADA contre les dirigeants des sociétés commerciales d'Etat ont donné lieu à une acerbe polémique autour de la véritable qualification de cette infraction et surtout du droit pénal applicable. En effet, ayant pris acte de ce que l'assainissement de l'environnement des affaires doit transiter par une lutte effrénée et drastique contre toute forme de prévarication dans tous les secteurs de l'économie, les législateurs nationaux et communautaire ont aussitôt pris, chacun à sa mesure, le taureau par les cornes. Ce qui s'est traduit notamment au Cameroun et dans la quasi-totalité des Etats membres de l'OHADA à travers le renforcement sous le couvert de la protection des biens et des deniers publics du dispositif répressif de l'infraction d'atteinte au patrimoine des entreprises publiques et parapubliques⁶⁷⁶. Au niveau régional, le législateur communautaire a

⁶⁷³ V. Préambule du Traité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 et révisé au Québec (Canada) le 17 Octobre 2008 où les Etats signataires se déclarent « persuadés que la réalisation de ces objectifs supposent la mise en place dans leurs Etats d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises ; conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement » ; **AKOUETE-AKUE (M)**, « Communication au Colloque OHADA et lutte contre la corruption », Bâle, 29 février 2008.

⁶⁷⁴ A titre de rappel, seuls les législateurs sénégalais à travers la loi n° 98-22 du 26 mars 1998, camerounais à travers la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA et centrafricain par la loi n° 10.001 du 06 janvier 2010 portant Code pénal centrafricain ont déjà rendu effectif même si de façon polémique leur système de sanction des infractions relatives au droit communautaire conformément à l'article 5 alinéa 2 du Traité de Port-Louis.

⁶⁷⁵ L'appellation sociétés commerciales d'Etat est entendue ici *lato sensu* comme englobant aussi bien les entreprises publiques que parapubliques. Les sociétés publiques sont des entreprises commerciales dans lesquelles l'Etat est unique actionnaire contrairement aux sociétés parapubliques autrement appelées sociétés d'économie mixte où l'Etat concourt avec les particuliers, personnes physiques ou morales à l'actionnariat. L'Etat étant ici conçu *lato sensu* comme intégrant toutes les personnes morales de droit public (administration centrale, collectivités territoriales et décentralisées, établissements publics administratifs, commerciaux et industriels).

⁶⁷⁶ Au Cameroun notamment sous la pression irrésistible des bailleurs de fonds et des organisations non gouvernementales, une vaste campagne de lutte contre la délinquance en col blanc a donné lieu à la fameuse « opération épervier », initiative conjointement entreprise par le gouvernement central et le pouvoir judiciaire sous l'égide des organismes aussi caricaturaux, fantomatiques et superfétatoires que l'Agence Nationale d'Investigation Financière, la Commission Nationale Anti Corruption, le Conseil de

quant à lui et comme par conventionnalisme incriminé tout acte constitutif d'abus de biens et du crédit d'une société commerciale sous la bannière de l'article 891 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE) dont les dispositions rappellent à maints égards l'esprit du droit commercial français⁶⁷⁷. Ce faisant, l'incertitude restait vivement entière quant à la soumission des entreprises commerciales d'Etat au régime des sociétés commerciales⁶⁷⁸ tel que configuré par l'AUDSCGIE sans égard aux dispositions législatives et réglementaires antérieures ou postérieures leur conférant un statut particulier⁶⁷⁹. Une incertitude qui se pose donc tout singulièrement quant à l'inculpation des auteurs d'atteinte au patrimoine desdites entreprises notamment pour ce qui est de la qualification de cette infraction. Au fait quel est le droit pénal applicable en cas d'atteinte par un dirigeant social au patrimoine d'une entreprise publique ou parapublique ? S'agit-il d'un détournement de biens publics ou d'un abus de biens sociaux ? Des questionnements qui conduisent logiquement à s'intéresser à l'épineux écueil du régime juridique des sociétés commerciales d'Etat quant à savoir si elles sont assujetties ou non à l'AUDSCGIE ou si elles ne le sont pour le moins qu'en partie. Car bien qu'étant des entreprises commerciales devant être soumises aux dispositions de cet AUDSCGIE au sens de son article 1^{er}, il n'en demeure pas moins vrai que ces sociétés commerciales d'Etat demeurent sous l'égide des dispositions législatives et réglementaires auxquelles elles étaient assujetties aux termes de l'article 916 du même Acte Uniforme. Deux tendances s'affrontant non sans raison à ce sujet.

Discipline Budgétaire et Financière, le Contrôle Supérieur de l'Etat, la Chambre des Comptes de la Cour Suprême et tout récemment le Tribunal Criminel Spécial, censée de façon transparente traduire du plus haut sommet de l'Etat aux tréfonds de la fonction publique et des entreprises publiques et parapubliques les prédateurs des deniers publics en justice afin de réintégrer l'Etat dans ses droits mais s'apparentant dorénavant à un véritable processus d'élimination politique ou s'entremêlent rivalités politico-tribales et incompétence judiciaire et où la corruption, la concussion, la prévarication et la violation de la présomption d'innocence atteignent leur plus haut paroxysme sous le sceau d'un théâtralisme judiciaire sans précédent. Pour nombre d'observateurs avertis, si l'échec ou l'inefficacité de la lutte contre le détournement des deniers publics au Cameroun relève absolument d'une erreur de diagnostic et de thérapie, la sans cesse politisation de « l'opération épervier » place sans nul doute la justice entre le marteau et l'enclume. Quel objectivisme judiciaire peut-on en réalité attendre d'un subjectivisme politique ? Sur les échos de « l'opération épervier », cf. spéc. Jeune Afrique Economie n° 388, Eté 2012, « BIYA laisse la justice trancher », 95 pages d'enquête exclusive de JAE p. 8-113.

⁶⁷⁷ Le législateur communautaire reprend ici mutatis mutandis la formule des dispositions des articles 425 et 437 de la loi française n° 66/537 du 24 juillet 1966.

⁶⁷⁸ R. **SOCKENG** a pu s'interroger à juste titre qu' : « On peut se demander si l'article 891 est applicable aux sociétés d'Etat commerciales ? », **SOCKENG (R)**, *Droit pénal des affaires OHADA*, 1^{re} édition UNIDA mars 2007 p. 96.

⁶⁷⁹ Les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1^{er} ayant tempéré sur la soumission des sociétés commerciales aux dispositions de l'AUDSCGIE qui demeurent néanmoins assujetties aux lois nationales qui ne lui sont pas contraires. Doit-on pour autant de façon incidente considérer que les dispositions du droit pénal de chaque Etat partie qualifiant de détournement des biens publics les atteintes au patrimoine des sociétés commerciales d'Etat sont conformes voire conciliables aux dispositions de l'AUDSCGIE notamment de l'article 891 ?

La première, dite nationaliste plaide pour l'application du droit pénal national et la seconde, dite communautariste milite en faveur de l'application du droit pénal OHADA tel que issu notamment de l'article 891 de l'AUDSCGIE (I). La solution de cette controverse à enjeu répressif considérable doit cependant passer par un compromis entre le droit pénal national et le droit pénal communautaire. L'infraction de détournement des biens publics pouvant être punie des peines criminelles alors que celle d'abus des biens sociaux n'est punie que de simples peines délictuelles (II).

I- L'INELUCTABLE CONTROVERSE AUTOUR DE LA QUALIFICATION PENALE

La controverse autour de la qualification de l'infraction d'atteinte au patrimoine des entreprises publiques et parapubliques est sans nul doute accentuée en droit camerounais par les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 108 de la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic qui reprend en substance les dispositions de l'article 891 de l'AUDSCGIE mais en la soumettant étonnement plutôt aux sanctions de l'article 184 du Code pénal sans considération aucune du critère de minorité ou de majorité au capital social de l'Etat⁶⁸⁰. Ainsi, pour la tendance nationaliste, les auteurs d'une telle infraction doivent être poursuivis pour détournement des biens publics (A). Ce qui n'est pas de l'avis des communautaristes pour qui cette infraction doit être qualifiée d'abus des biens sociaux (B).

A- La qualification de détournements des biens publics

L'Etat reste une entité souveraine. De l'avis des partisans de l'application du droit pénal national, il a le droit et le devoir de protéger vigoureusement son patrimoine, où qu'il se trouve et en quelque proportion qu'il soit (2). De la sorte, toute atteinte au patrimoine d'une société dans laquelle il serait actionnaire demeure constitutive d'un détournement des biens publics (1).

1- Les éléments constitutifs du détournement des biens publics

L'infraction de détournement des biens publics suppose pour sa constitution quelques conditions préalables. Lesquelles sont relatives notamment à la nature des biens en cause et leur appartenance à l'Etat entendu au sens large. Ainsi, si le détournement peut porter autant sur les biens mobiliers qu'immobiliers⁶⁸¹, corporels ou incorporels au sens de l'article 184 du Code pénal camerounais, ils doivent

⁶⁸⁰ « Est puni des peines prévues à l'article 184 du code pénal, tout dirigeant d'une entreprise qui : ...a fait de ses pouvoirs, des biens ou du crédit de l'entreprise, un usage contraire à l'intérêt de celle-ci dans un but personnel ou pour favoriser une autre société ou affaire dans laquelle il détient directement ou indirectement des intérêts ». Les dispositions de l'article 108 alinéa 1 de cette loi n° 99/016 pourtant adoptée 6 ans après le Traité OHADA en contrariété de ses articles 5 (alinéa 1 et 2) et 10 et 2 ans après l'AUDSCGIE, en totale contradiction de ses articles 1 et 891 semblaient donc en apparente conformité avec l'article 916 de l'AUDSCGIE. Preuve que ce conflit de qualification n'est guère récent. Un conflit qui se pose également pour la répartition des dividendes fictifs ou la publication de bilan inexact dans les entreprises publiques et parapubliques puisque ces 2 infractions sont visées au même alinéa.

⁶⁸¹ En droit pénal français, l'infraction de détournement des biens publics ne porte exclusivement que sur les choses mobilières représentant notamment les deniers.

impérativement relever du patrimoine de l'Etat en vertu d'un droit ou d'un titre. Ils peuvent aussi bien relever du domaine public que du domaine privé de l'Etat. Il n'est donc pas nécessaire que l'Etat soit le véritable propriétaire, la simple détention ou possession suffit. Il peut même arriver que lesdits biens lui soient destinés ou tout simplement promis. C'est le cas par exemple des biens privés devenus publics par affectation à l'utilité publique ou des biens futurs devant intégrer le patrimoine de l'Etat. Sont en revanche exclus du champ des biens publics les choses *res nullius*⁶⁸² ou encore *res derelictae*⁶⁸³.

En droit pénal camerounais, le détournement des biens publics constitue une infraction intentionnelle requérant les conditions de l'article 74 alinéa 2 du Code pénal aux termes duquel « *Est pénalement responsable celui qui volontairement commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction* ». Mais pendant longtemps, l'intention était présumée notamment dès lors que la mise en demeure du dirigeant social de restituer les biens détournés demeurait infructueuse. Dans cette optique de présomption irréfragable de détournement, la jurisprudence rejetait systématiquement tous les moyens de défense tels le vol avec ou sans effraction, force majeure ou déficit de caisse etc. Cependant, la Cour suprême dans un arrêt de principe du 15 avril 1976 est venue remettre en cause cette posture jugée trop rigide lorsqu'il précise les éléments constitutifs du détournement des biens publics en martelant sans équivoque que : « *L'intention criminelle constitue l'un des éléments constitutifs de l'infraction qualifiée crime ou délit de détournement* ». Ce qui signifie *a contrario* qu'en l'absence d'intention, il s'agit tout simplement d'un déficit de caisse.

Pour ce qui est des actes matériels du détournement des biens publics, aux termes de l'article 184 du Code pénal camerounais, ils résident aussi bien dans le fait d'obtenir que de retenir frauduleusement tout bien mobilier appartenant ou destiné à l'Etat, à une coopérative, à une collectivité locale ou établissement administratif, industriel ou commercial sous tutelle administrative de celui-ci et où il détient directement ou indirectement la majorité du capital social. Pour la doctrine, les dispositions de cet article semblent incomplètes car il faudrait inclure comme pour l'article 318 relatif au vol simple la soustraction. En réalité, les techniques fomentées par les fonctionnaires et certains particuliers pour porter atteinte aux biens publics sont d'inspiration diverse et multidimensionnelle. Il s'agit entre autres, de l'usage de fausses quittances, de fausses factures, de faux états de salaires et des sociétés écrans, le détournement de mandats publics, la surfacturation des biens et services livrés à l'Etat, les dons fictifs et abusifs, renouvellement des contrats administratifs sans appel d'offre, attribution des marchés publics fictifs, fractionnement des marchés publics, organisation systématique des déficits de caisse. Comme on peut le constater, les méthodes de détournement des biens publics constitutifs de l'élément matériel de cette infraction rappellent à quelques égards celles de l'abus des biens sociaux surtout si les biens détournés relèvent du patrimoine d'une société commerciale d'Etat. Ce

⁶⁸² Est *res nullius* tout bien qui n'a jamais fait l'objet d'un droit de propriété.

⁶⁸³ Est *res derelictae* tout bien qui bien qu'ayant auparavant fait l'objet d'un droit de propriété a été abandonné par son propriétaire.

que défendent énergiquement les partisans de l'application du droit pénal national lorsqu'une telle infraction est consommée par un dirigeant social.

2- L'argumentaire nationaliste

L'un des risques que fait courir la décomposition mieux l'éclatement de l'élément légal des infractions d'affaires aux Etats membres reste l'effacement de la souveraineté nationale au profit d'un droit supranational ne garantissant pas vigoureusement ou forcément le respect ni des principes fondamentaux⁶⁸⁴ ni des fonctions primaires du droit pénal national⁶⁸⁵ ou encore moins des prérogatives de puissance publique traditionnellement reconnues aux personnes morales de droit public. L'Etat étant naturellement très jaloux de sa souveraineté et de son patrimoine, il serait difficilement acceptable à l'aune de ses pouvoirs exorbitants de droit commun de soumettre celui-ci au même régime de protection que celui des entreprises privées détenues par les particuliers. Ainsi, pour les défenseurs de la cause nationaliste que l'on pourrait autrement qualifier de souverainistes, le droit pénal national demeure le seul applicable en présence d'une atteinte aux biens d'une entreprise publique ou d'économie mixte soit-il par un mandataire social. Ceci pour au moins trois raisons.

De prime abord, la nature même des biens des entreprises publiques et parapubliques constitue à suffisance un justificatif pour que soit appliquée au dirigeant social coupable d'une telle infraction la qualification de détournement des biens publics. L'Etat étant ici l'actionnaire unique notamment pour ce qui est des sociétés publiques et donc le propriétaire des biens en cause, ou encore un copropriétaire en ce qui concerne les sociétés d'économie mixte. Le critère de la minorité ou de la majorité au capital social étant subsidiaire dans ce dernier cas et l'impératif catégorique étant par-dessus et avant tout une protection effective et entière du patrimoine de l'Etat dans toutes ses composantes indépendamment de la proportion et où qu'il se trouve. Bref, la préservation de l'intérêt public doit primer sur toute autre considération juridique.

Ensuite, l'article 8 de la loi camerounaise n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic dispose en son alinéa 1 que « *Le suivi de la gestion et des performances des établissements publics administratifs et les entreprises du secteur public et parapublic est assuré par le Ministère chargé des finances* » et le ministre des finances peut aux termes de l'article 9 demander un audit externe de toute entreprise du secteur public et même parapublic notamment lorsque l'Etat détient ici au moins 25 % du capital social.

En outre, les dispositions de l'article 916 de l'AUDSCGIE aux termes duquel « *le présent Acte Uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserves des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont*

⁶⁸⁴ Pour une certaine doctrine, le droit pénal OHADA entérine quelque peu un effritement du principe de la légalité des délits et des peines en érigeant dans une visée finaliste voire arrivististe des incriminations assez larges et imprécises. Le but législatif étant ici d'embrasser autant de comportements délictueux possibles. V. **SOCKENG (R)**, *Droit pénal des affaires OHADA*, op. cit. p. 28.

⁶⁸⁵ Les fonctions classiques et primaires reconnues au droit pénal sont la protection de l'intégrité des personnes et des biens, l'intimidation ou la dissuasion des délinquants, la prévention des infractions, la rééducation et la réinsertion sociale des délinquants.

assujetties » constitue indéniablement une dérogation à l'article 1^{er} du même Acte Uniforme ainsi qu'une démarcation d'avec l'article 10 du Traité OHADA même s'il faut reconnaître que sa portée dérogatoire a été quelque peu diluée avec la récente réforme de cet Acte Uniforme⁶⁸⁶.

Enfin, aux dires des souverainistes, l'Etat accorde habituellement des subventions aux sociétés commerciales d'Etat, ce qui par apriorisme confère aux biens desdites entreprises une nature quasiment sinon purement publique. L'infraction de détournement des biens publics doit donc être retenue à chaque fois que les biens en cause appartiennent en tout ou en partie à une personne publique détenant directement ou indirectement des actions ou des parts sociales dans une entreprise commerciale recevant des subventions à caractère public.

L'argumentaire nationaliste ne doit cependant pas occulter la posture des communautaristes plus défendable pour qui une telle infraction doit être qualifiée d'abus des biens sociaux.

B- La qualification d'abus des biens sociaux

L'examen de la thèse communautariste (1) conditionne d'analyser les éléments constitutifs de l'infraction d'abus des biens sociaux (2).

1- L'argumentaire communautariste

Pour la tendance communautariste, seul le droit pénal OHADA reste applicable aux dirigeants des sociétés commerciales d'Etat ayant porté atteinte au crédit et aux biens sociaux. Au soutien de cette thèse, plusieurs arguments sont présentés.

Tout d'abord, l'article 1^{er} de l'AUDSCGIE dispose formellement que : « *Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme* ». Ainsi, point n'est besoin de s'interroger sur le régime mieux le droit, soit-il pénal, applicable aux sociétés publiques et parapubliques du moment où celles-ci sont des entreprises commerciales domiciliées dans l'espace OHADA. Elles sont de ce fait, naturellement assujetties au droit des sociétés commerciales tel que paramétré par l'AUDSCGIE. L'infraction d'atteinte au patrimoine des sociétés commerciales d'Etat devrait donc en principe être qualifiée d'abus des biens sociaux conformément aux dispositions de l'article 891 de l'Acte Uniforme susvisé.

Ensuite, l'article 10 du traité OHADA dispose que « *Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». C'est donc observer que l'application du droit pénal OHADA des affaires doit primer sur toute disposition de droit interne et donc du Code pénal du fait non seulement du caractère obligatoire et supranational des Actes Uniformes mais surtout de la portée abrogatoire de ceux-ci dont les dispositions de l'article 10 précité constitue le socle. Forts de ces arguments non moins poignants, les défenseurs de la tendance communautariste postulent non sans raison que les dirigeants des sociétés commerciales d'Etat coupables d'atteinte au patrimoine social devraient être poursuivis pour abus de biens

⁶⁸⁶ L'AUDSCGIE révisé a été adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso.

sociaux et non pour détournement des biens publics comme le professe la thèse nationaliste. Cette argumentation au fondement juridique certain conditionne de s'appesantir un temps soit peu sur les éléments constitutifs de cette infraction communautaire.

2- Les éléments constitutifs de l'abus des biens sociaux

L'infraction d'abus des biens sociaux anciennement qualifiée d'abus de confiance requiert pour sa consommation la réunion d'un élément moral et d'un élément matériel dont le contenu est circonscrit en substance par les dispositions de l'article 891 de l'AUDSCGIE aux termes duquel « *Encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, le président de la société par actions simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement* ».

Au sens des dispositions de l'article 891 précité, l'élément moral de l'abus des biens sociaux est double. Elles font justement référence à la mauvaise foi de l'auteur qui a agi contrairement à l'intérêt social ou conformément à son intérêt personnel selon qu'il s'agisse d'un dol général ou d'un dol spécial. La mauvaise foi désigne ici l'intention frauduleuse ou les manœuvres et réticences dolosives même indéterminées⁶⁸⁷ orchestrées par le dirigeant social avec la conscience et la connaissance du caractère préjudiciable à la société de l'acte ou de l'omission qu'il commet. Elle doit s'apprécier au jour de la commission de l'acte ou de l'omission. L'acte de commission ou d'omission doit ainsi de surcroît avoir profité de quelque façon que ce soit au dirigeant social dont l'intérêt personnel est expressément visé. Cet intérêt personnel peut être dual, direct et indirect. L'article 891 précité vise en effet autant un usage à des fins personnelles que du favoritisme à l'endroit d'une personne physique ou morale débouchant sur la réalisation ou la perspective indue de profit pécuniaire ou d'avantages d'ordre professionnel. L'intérêt personnel est direct lorsque le dirigeant bénéficie notamment au détriment de la société d'avantages matériels particuliers à quelques titres que ce soit. Il est indirect lorsque le bénéficiaire des agissements répréhensibles a des intérêts économiques communs voire familiaux avec l'auteur de l'infraction.

Quant à l'élément matériel de l'infraction d'abus des biens sociaux, les agissements incriminés par le législateur sont tous caractérisés par un usage des biens et du crédit contraire à l'intérêt social. Tout comme pour le détournement des biens publics, les biens visés peuvent être mobiliers, immobiliers, corporels ou incorporels, dûment inventoriés et constatés par les documents comptables ou non, à condition qu'ils soient destinés ou affectés à l'intérêt social. En ce qui concerne le crédit social,

⁶⁸⁷ Il y a dol indéterminé lorsque l'auteur a agi avec une intention coupable sans toutefois prédéterminer un résultat. Il doit en tout état de cause répondre du résultat effectivement atteint car l'intention est toujours présumée conforme au résultat infractionnel atteint. On dit que, même indéterminée dans son principe, l'intention reste déterminée par la réalisation de l'infraction d'où « *Dollus indeterminatus determinatur eventu* ».

il se définit par la surface financière qui se rattache à la société eu égard à son capital, sa solvabilité, sa crédibilité, sa notoriété financières voire sa capacité à mobiliser des financements et à constituer des sûretés réelles ou personnelles à l'instar des gages, nantissements, hypothèques, des cautionnements, des garanties à premier ordre et des lettres d'intention. Toujours est-il que l'usage fait par le dirigeant doit être contraire à l'intérêt social.

Par usage des biens et du crédit, il faut entendre toute utilisation qui en est faite ou l'accomplissement par le dirigeant ou le mandataire social au nom de la société d'actes d'administration ou de gestion⁶⁸⁸ (crédit, avance, bail, location, acquisition, fusion etc.) et d'actes de disposition⁶⁸⁹ (aliénation, scission, cession, donation, emprunt, gage, nantissement, cautionnement etc.). *Grosso modo*, l'usage ici consiste aussi bien en des actes de commission que d'omission ou d'abstention. La jurisprudence notamment française considère en effet comme faits délictueux une abstention volontaire d'accomplir un acte normal de gestion en sanctionnant par exemple un dirigeant qui s'est abstenu de réclamer le paiement des fournitures livrés à une société dans laquelle, il est directement intéressé⁶⁹⁰.

Quoiqu'il en soit, l'usage incriminé doit être contraire à l'intérêt social. Il n'est donc répréhensible que lorsqu'il est ou devient effectivement préjudiciable à la société. L'appréhension de la notion d'intérêt social n'est cependant pas toujours aisée et recèle parfois une part d'incertitude du fait de son élasticité. Ainsi doit-on toujours considérer une faute de gestion comme contraire à l'intérêt social ? Il semble plus judicieux de répondre par la négative car tout acte de gestion même normal comporte des risques voire une dose d'incertitude dans ses résultats et ce serait récriminer voire réprimer tout esprit d'initiative et d'entrepreneuriat devant habiter tout chef d'entreprise que de répondre par l'affirmative. En revanche, doit être considéré comme contraire à l'intérêt social tout engagement souscrit par un mandataire social exposant la société à un risque anormalement élevé sans perspective de contrepartie ou de profit économique aucune.⁶⁹¹ Les caractères injustifié, anormal, déraisonnable, abusif, illicite⁶⁹² et non-lucratif de l'acte de gestion considération faite du contexte économique doivent donc présider à la caractérisation de l'infraction. Toutefois, il reste notoire que l'intérêt social demeure distinct de l'intérêt des associés et surtout que l'assentiment des associés, du conseil d'administration ou plus

⁶⁸⁸ Acte normal de gestion dont le but est soit de conserver, soit de fructifier la valeur du patrimoine ou de l'actif social.

⁶⁸⁹ Acte juridique entraînant une transmission d'un droit réel mobilier ou immobilier ou une souscription d'un engagement juridique majeur dont l'effet consiste en principe en une diminution de la valeur du patrimoine ou un accroissement du passif social.

⁶⁹⁰ Crim. 15 mars 1972, *Revue des sociétés*, 1973, p. 357 note **Boulac**.

⁶⁹¹ Crim. 24 mars 1969, *Bull. crim.* n° 130.

⁶⁹² Cass. 22 avril 1992, *Bull.* n° 169, *Revue des Sociétés* 1993, p. 124 note **Boulac**, où il a notamment été considéré à propos d'une tentative de corruption des dirigeants sociaux dans l'optique de gagner un marché public que « l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite ». Ce qui contraste quelque peu avec le corps de l'infraction puisque l'abus des biens sociaux suppose pour sa constitution l'intérêt personnel du dirigeant social. Encore qu'on pourrait arguer qu'en l'espèce ces derniers ont quelque part agi dans l'intérêt social. La cour de cassation a donc voulu trancher dans l'intérêt de la loi en sanctionnant indirectement l'infraction de corruption. V. aussi Crim. 15 sept. 1999, *RSC* 2000 p. 413, obs. **Renucci**.

généralement de l'assemblée générale n'occulte pas ou encore moins n'efface en rien le caractère délictueux des actes abusifs des biens sociaux et n'endigue pas subséquemment les poursuites pénales contre leurs auteurs. De même, une fois consommée, la restitution des fonds ou le règlement du prix des biens ne déteint pas sur le délit après la mise en mouvement de l'action publique.

Comme on peut le constater, l'argumentaire nationaliste ou communautariste ne manque pas de poids relativement à l'application du droit pénal national ou du droit pénal communautaire mieux l'inculpation pour détournement des biens publics ou pour abus des biens sociaux des dirigeants ayant porté atteinte au patrimoine des entreprises publiques ou parapubliques au sein de l'espace OHADA. L'enjeu étant considérable du point de vue de la répression de l'infraction.

II- ENJEU REPRESSIF ET SOLUTION AU CONFLIT DE QUALIFICATION

Si la controverse autour de la qualification pénale de l'infraction d'atteinte au patrimoine des sociétés commerciales d'Etat trouve son *leitmotiv* dans la disparité et le déséquilibre des peines applicables à l'échelon national et communautaire au détournement des biens publics et à l'abus des biens sociaux (A), sa solution reste tout de même possible et convenable par le truchement d'une appréciation conciliatoire et non conflictuelle de critères économiques objectifs de qualification (B).

A- L'enjeu répressif de la qualification pénale

A l'analyse, les sanctions consacrées pour l'infraction communautaire d'abus des biens sociaux restent nettement souples (1) à l'opposé de celles prévues pour le détournement des biens publics manifestement plus drastiques (2).

1- La souplesse des sanctions de l'abus des biens sociaux

Au commencement et à la motivation première de la thèse communautariste, l'abus des biens sociaux ne constitue qu'une infraction punie des peines délictuelles. Ce qui explique aisément la protestation énergique de ses partisans généralement issus de la défense (avocats, prévenus, coauteurs, complices et leurs proches) compte tenu non seulement de la souplesse des peines encourues à ce titre mais aussi de façon non négligeable de la grille limitative de personnes punissables.

En effet, aux termes de l'article 9 de la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA, encourt une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans ainsi qu'une amende de 2 000 000 à 20 000 000 de F CFA tout dirigeant qui se rend coupable du délit d'abus des biens et du crédit de la société⁶⁹³. A ces sanctions pénales, s'ajoutent traditionnellement les sanctions civiles dérivées de l'action civile dont le fondement réside dans l'article 1382 du Code civil. Cette action peut être exercée à l'exclusion des tiers et des créanciers sociaux⁶⁹⁴ à titre principal par la société⁶⁹⁵ et accessoirement par un ou plusieurs associés⁶⁹⁶ lésés par les faits délictueux à la condition d'établir un dommage, un lien de causalité et surtout un intérêt direct. S'agissant de la prescription, conformément aux principes généraux du droit pénal, l'infraction d'abus des biens sociaux se prescrit par 3 ans. La computation des délais de la prescription de l'action publique commence au jour où l'abus a été commis s'agissant d'une

⁶⁹³ La disparité des sanctions à l'échelon communautaire tantôt décriée *supra* est moins radicale s'agissant de la répression de l'infraction d'abus des biens et du crédit de la société. A titre d'illustration, l'article 6 de la loi sénégalaise n° 98/22 du 26 mars 1998 prévoit quant à lui une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et une amende de 100 000 à 5 000 000 F CFA tandis que la loi centrafricaine n° 10.001 du 6 janvier 2010 en son article 215 prescrit un emprisonnement de 1 à 5 ans et/ou une amende de 1 000 000 à 5 000 000 F CFA. Comme on le voit, l'uniformité est préservée au niveau de la peine d'emprisonnement et la disparité notable au niveau de l'amende avec toutefois un possible alternatif entre l'emprisonnement et l'amende pour la Centrafrique.

⁶⁹⁴ Crim. 27 juin 1995, *Revue sociale* 1995, p. 746 note **Boulac**.

⁶⁹⁵ Action sociale pouvant être enclenchée notamment par le représentant légal de la société, Ass. Plén. 12 janv. 1979, *JCP* 1980. II. 19335 note Cartier ou *ut-universi* par les associés.

⁶⁹⁶ Action individuelle ou *ut-singuli*.

infraction instantanée. Mais rien ne fait obstacle à la jurisprudence considération faite de la nature spécifique de l'infraction, des manœuvres dissimulatoires et dilatoires du délinquant de fixer le point de départ au jour de la découverte de l'abus ou à celui où les associés ou en général les contrôleurs de la gestion sociale étaient en mesure de le connaître⁶⁹⁷. L'action publique peut alors être engagée par le ministère public ou toute personne ayant un intérêt légitime.

Relativement aux personnes punissables, sont visées, les auteurs principaux ainsi que les coauteurs et les complices. Sont ainsi la cible des sanctions à titre principal, le gérant de la SARL, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, le président de la SA simplifiée, l'administrateur général de la SA ainsi que leurs adjoints. Pour la doctrine majoritaire, cette énumération n'est aucunement exhaustive⁶⁹⁸. Car il est fort regrettable que les dispositions de l'article 891 AUDSCGIE n'aient pas visé les dirigeants de fait encore appelés dirigeants sans titre légal à l'instar des associés qui dans les faits exercent officieusement et effectivement un véritable pouvoir de direction sur l'activité sociale et les dirigeants sociaux en vertu de leur mandat économique. Le législateur français ayant au contraire visé expressément ceux-ci aux termes de l'article L 431 de la loi n° 66/537 du 24 juillet 1966. Aussi, devraient entrer dans la ligne de mire du législateur pénal communautaire tout dépositaire d'un mandat social, soit-il apparent sans considération de la détention d'un véritable pouvoir de direction ou d'administration. Il serait donc de l'intérêt supérieur de la société de cibler comme éventuels et potentiels auteurs principaux tout mandataire social même de fait à l'instar des dirigeants proprement dits, des salariés, des commissaires aux comptes, des associés, des administrateurs etc.

Cependant, en attendant une telle réforme législative, peuvent être poursuivis à titre de complicité ou de coaction tout commissaire aux comptes ou salarié⁶⁹⁹ ayant

⁶⁹⁷ Crim. 27 juin 2001, Arrêt n° 4783, *Répertoire de jurisprudence*, I, 3 nov. 2003.

⁶⁹⁸ Il est quelque peu étonnant voire aberrant que le législateur communautaire n'ait pas aussi visé les dirigeants des sociétés de personnes encore moins ceux des sociétés en participation, des sociétés de fait ou créées de fait. Si la confusion ou l'unicité du patrimoine social et celui des associés peut justifier à suffisance l'exclusion des dirigeants des sociétés de personnes, il semble en revanche incontinent de trouver une justification nécessaire à l'exclusion de ceux des autres types précités encore qu'il urge d'aller au-delà de la récente réforme assez minimaliste de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général sur le statut de l'entrepreneur et viser plus généralement la régularisation de toutes les entreprises commerciales clandestines soit-elles individuelles ou sociétales. Le passage de l'informel au formel doit aussi transiter sinon absolument par une certaine soumission de ces entreprises et de leur dirigeants au droit pénal communautaire des affaires.

⁶⁹⁹ Il demeure cependant un débat sur l'inculpation d'un salarié, auteur principal d'un abus des sociaux, cf. **SOCKENG (R)**, *Droit pénal des affaires OHADA* op. cit. p. 103. A savoir s'il doit effectivement être poursuivi pour abus des biens sociaux ou pour abus de confiance aggravé, infraction ciblant tout employé qui détourne tout bien au préjudice de son employeur au sens des dispositions conjointes des articles 318 alinéa 1 b et 321 b du Code pénal, v. TPI de Douala-Bonango ord. du 13 juin 2006, Aff. ANGOUAND Suzie c/ DOUMBE KINGUE Auguste. Les dispositions de l'article 891 AUDSCGIE ne ciblant que « les dirigeants sociaux » et la jurisprudence ne visant le salarié qu'à titre de complice ou de coauteur d'abus des biens sociaux. En réalité, il s'agit d'un débat virtuel. A notre avis, les deux infractions sont quasi-similaires et ces deux qualifications sont conciliables voire fusionnelles. La qualification d'abus des biens sociaux devrait ainsi logiquement l'emporter notamment si la jurisprudence prend en compte la notion extensive de « tout mandataire social ».

participé ou concouru à la réalisation de l'infraction tels le chef comptable, le directeur administratif et financier, le directeur commercial etc. A titre de rappel, la cessation de fonctions d'un dirigeant ne le met pas à l'abri de poursuites pénales sauf prescription extinctive.

Comme il est loisible de le noter, les peines délictuelles réprimant l'abus des biens sociaux sont plus clémentes et la grille des personnes pouvant faire l'objet de poursuites est relativement limitée aux mandataires sociaux contrairement à l'infraction de détournement des biens publics dont la peine maximale peut être criminelle et qui vise indifféremment toute personne indépendamment de sa qualité.

2- La sévérité de la répression du détournement des biens publics

Le détournement des biens publics est une infraction pouvant être qualifiée de délit ou de crime selon la fourchette de la valeur des biens objet du détournement. C'est sans nul doute cette nature criminelle qui explique à suffisance la réaction virulente des nationalistes qui plaident en faveur la rétention d'une telle qualification et donc de la sévérité pénale eu égard surtout aux sommes faramineuses souvent l'objet d'abus dans les sociétés commerciales d'Etat. Cette lourdeur des peines réprimant une telle infraction reste ainsi tributaire de la qualification délictuelle ou criminelle des faits répréhensibles et demeure aussi visible quant à la panoplie des personnes punissables.

En effet, il ressort en substance des dispositions de l'article 184 alinéa 1 du Code pénal camerounais cette distinction criminelle et délictuelle de l'infraction de détournement des biens publics. Aux termes de l'alinéa 1 a de cet article, l'infraction est criminelle au cas où la valeur des biens détournés excède 500 000 F CFA et le criminel encourt *ipso facto* une peine d'emprisonnement à vie. Il en est de même lorsque cette valeur est supérieure à 100 000 F CFA et inférieure ou égale à 500 000 F CFA en conséquence de quoi le criminel encourt cette fois un emprisonnement de 15 à 20 ans. Par contre, l'infraction est simplement délictuelle lorsque la valeur des biens détournés est égale ou inférieure à 100 000 F CFA et le délinquant est puni d'une peine d'emprisonnement de 5 à 10 ans. Comme pour accentuer la rigidité pénale tant clamée, l'alinéa 2 de l'article 184 susmentionné prescrit impétueusement que « *Les peines édictées ci-dessus ne peuvent être réduites par admission de circonstances atténuantes respectivement au-dessous de 10 ans, 5 ou de deux ans et le sursis ne peut en aucun cas être accordé* », respectivement pour les deux premières variantes de l'infraction qualifiées de crime et la troisième qualifiée de délit. Dans la même optique, l'alinéa 3 fixe également les minima légaux à 5, 2 et 1 an d'emprisonnement en cas de cumul d'excuses atténuantes ou d'excuses atténuantes et de circonstances atténuantes conformément à l'article 87 alinéa 2, le sursis ne pouvant être accordé qu'en cas de minorité. En outre, les peines accessoires doivent être prononcées telles la confiscation obligatoire du *corpus delicti* de l'article 35 du Code pénal⁷⁰⁰, les

⁷⁰⁰ L'article 184 alinéa 4 du Code pénal camerounais intime l'ordre au juge de prononcer obligatoirement la confiscation. Ce qui s'affirme aux antipodes de l'article 35 qui laisse une certaine faculté à celui-ci en disposant que la cour ou le tribunal peut ordonner la confiscation. Elle doit porter autant sur les biens mobiliers et immobiliers du condamné notamment lorsque ceux-ci ont servi d'instrument à la commission de l'infraction ou en sont le produit ou le fruit. Ce qui signifie *a priori* que la confiscation doit être précédée d'une commission rogatoire préalable en vue d'établir les liens entre l'infraction et les biens à confisquer. La justice camerounaise pour ne pas dire africaine agissant le plus souvent par approximation, il

déchéances quinquennales au minimum et décennales au maximum de l'article 30⁷⁰¹ ainsi que la publication obligatoire du jugement aux termes de l'alinéa 5 de l'article 184 susvisé.

Quant aux personnes punissables, l'article 184 précité fait usage du terme générique « *quiconque* ». La répression vise ainsi toute personne s'étant rendu coupable de détournement des biens publics sans distinction de sa qualité ni de sa nationalité.

Dissuasives et intimidatrices à première vue, les sanctions assez hargneuses du détournement des biens publics qui ciblent indifféremment l'ensemble du corps social tout *azimuts* à l'inverse de la répression de l'abus des biens sociaux paraissent *a posteriori* très inefficaces voire contreproductives, l'amplification mieux l'hypertrophie du fléau de détournement des biens publics dans les entreprises publiques et parapubliques restant amèrement inquiétante au Cameroun⁷⁰² et par extrapolation en Afrique. Preuve qu'à l'époque moderne la dissuasion et l'intimidation ne suffisent pas toujours à prévenir la criminalité encore moins à éradiquer la délinquance en col blanc. Les prédateurs des biens publics ou sociaux attendant souvent impatiemment la fin de leur séjour carcéral pour profiter de leur butin entre temps géré par des proches, des complices embusqués ou tout simplement des prête-noms. Le droit pénal moderne notamment des affaires devant repenser et révolutionner sans cesse sa fonction prophylactico-rééducatrice compte tenu de la concoction par les délinquants d'affaires des supercheries et stratégies criminelles de plus en plus offensives, complexes, subtiles et téméraires.

Si les peines encourues constituent le principal motif de la controverse autour de la qualification ou encore du droit pénal applicable au prévenu d'atteinte au patrimoine des entreprises commerciales d'Etat au sein de l'espace communautaire, sa résolution ne relève pas pour autant d'une chimère.

B- Solution au conflit

Pour solutionner de façon crédible ce potentiel conflit de qualification voire de loi, il convient de distinguer les entreprises publiques (1) des entreprises parapubliques (2).

arrive assez souvent en pratique qu'elle confisque de façon discutable même les biens acquis longtemps avant la commission de l'infraction.

⁷⁰¹ Ces déchéances consistent entre autres dans la destitution et exclusion de toutes fonctions, emplois ou offices publics, l'impossibilité d'être juré, assesseur, expert, juré-expert, l'interdiction d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur, membre d'un conseil de famille ou conseil judiciaire sauf pour ses propres enfants, l'interdiction de porter toute décoration, de servir dans les forces armées, de tenir une école, d'enseigner ou généralement d'occuper des fonctions se rapportant à l'éducation ou à la garde des enfants.

⁷⁰² A titre illustratif, cf. **YAWAGA (S)**, « Avancées et reculades dans la répression des infractions de détournements des deniers publics au Cameroun : Regard critique sur la loi n° 2011/028 du 11 décembre 2011 portant création d'un tribunal criminel spécial » in *Juridis Périodique* n° 90 avril-mai-juin 2012 p. 43 ou spéc. Le Journal Cameroun Tribune dans sa parution du 9 mai 2012 p. 9 où un dossier spécial y est dévoué à la pléthore d'affaires de détournement des deniers dans les entreprises publiques et parapubliques camerounaises et Jeune Afrique Economie n° 388, Été 2012, « BIYA laisse la justice trancher », 95 pages d'enquête exclusive de JAE p. 8-113.

1- Pour les entreprises publiques

L'unanimité doctrinale ne s'est jamais faite autour de la définition de la notion d'entreprise publique. La doctrine notamment française dans ses conceptions reste partagée entre économisme et étatisme. Dans cette logique définitionnelle plurielle, une plume contemporaine a accusé, à juste titre, le législateur camerounais d'entretenir la confusion autour de la définition et de la circonscription de l'entreprise publique⁷⁰³. En droit camerounais cependant, il existe globalement deux types d'entreprises publiques *stricto sensu*, à côté de la société d'économie mixte. Premièrement, les sociétés à capital public⁷⁰⁴ qui sont constituées essentiellement des services publics à caractère industriel et commercial (SPIC) à l'instar des ports autonomes et des aéroports. Deuxièmement les établissements publics administratifs (EPA)⁷⁰⁵ encore appelées services publics administratifs (SPA) à l'exemple des Universités et des Grandes Ecoles (Ecoles Normales Supérieures, Ecole Nationale de l'Administration et de la Magistrature, Institut des Relations Internationales etc).

Pour ces deux types de sociétés publiques, en cas d'atteinte à leur patrimoine, seul l'article 184 du Code pénal camerounais est applicable et l'infraction de détournement des biens publics doit *ipso facto* être retenue sans aucune forme de procès. La raison en est simple et multiple. En effet, les SPIC et les SPA sont soumis à la tutelle administrative, technique et financière⁷⁰⁶ de l'Etat conformément aux dispositions de l'article 184 alinéa 1 susmentionné. Ils sont assujettis aux règles de la comptabilité publique et les SPA sont surtout soumis au régime du droit public. De surcroît, les dirigeants des entreprises publiques sont désignés discrétionnairement par les autorités étatiques qui peuvent les révoquer *ad nutum*. Enfin, ces entreprises sont gérées et administrées directement avec l'entier contrôle et le *quibus* total du pouvoir politique. Ce qui n'est nullement de même pour les sociétés d'économie mixte.

⁷⁰³ Claude MOMO postule en effet que « Le problème de définition de l'entreprise publique n'avait pas reçu en droit camerounais de solution satisfaisante car l'entreprise publique apparaît bien comme un héritage complexe et mal maîtrisé. La complexité initiale de l'entreprise publique se double au Cameroun d'un certain désordre dû, d'une part, à une absence de maîtrise des concepts juridiques, et d'autre part, à un amalgame, à une incertitude dans le texte de 1999. », « La réforme de l'entreprise publique au Cameroun », in *JuridisPériodique* n° 74 avril-mai-juin 2008 p. 26 s.

⁷⁰⁴ L'alinéa 5 de l'article 2 de la loi camerounaise n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic entend par société à capital public une « personne morale de droit privé, dotée de l'autonomie financière et d'un capital-actions intégralement détenu par l'Etat, un ou plusieurs collectivités territoriales décentralisées ou une ou plusieurs autres sociétés à capital public, en vue de l'exécution dans l'intérêt général, d'activités présentant un caractère industriel, commercial et financier ».

⁷⁰⁵ L'alinéa 3 de l'article 2 de la loi n° 99/016 susvisée définit un EPA comme une « personne morale de droit public, dotée de l'autonomie financière et de la personnalité juridique ayant reçu de l'Etat ou d'une collectivité territoriale décentralisée un patrimoine d'affectation, en vue de réaliser une mission d'intérêt général ou d'assurer une obligation de service public ».

⁷⁰⁶ Au sens de l'alinéa 8 de l'article 2 de la loi n° 99/016 susvisée la tutelle désigne le « pouvoir dont dispose l'Etat pour définir et orienter la politique du gouvernement dans le secteur ou évolue l'établissement public administratif ou l'entreprise du secteur public ou parapublic en vue de la sauvegarde de l'intérêt général ».

2- Pour les sociétés parapubliques

A l'égard de tout observateur averti du droit pénal national et communautaire, seul les parts sociales doivent être prises en compte pour déterminer l'infraction applicable aux auteurs d'atteinte au patrimoine des sociétés d'économie mixtes⁷⁰⁷ selon que l'Etat est minoritaire ou majoritaire au capital social⁷⁰⁸.

Ainsi, lorsque l'Etat détient la minorité du capital social, le droit pénal OHADA demeure le seul applicable et la qualification d'abus des biens sociaux doit être retenue parallèlement aux dispositions de l'article 891 de l'AUDSCGIE. Ce qui s'explique notamment par la grande emprise économique des particuliers dans la gestion courante et l'administration desdites entreprises ou ceux-ci pèsent sur et infléchissent énormément les décisions des conseils d'administrations ou des assemblées générales.

En revanche, lorsque l'Etat détient directement ou indirectement la majorité des parts sociales, il semble judicieux de faire application de l'article 184 du Code pénal aux dirigeants poursuivis pour atteinte au patrimoine social et donc de qualifier l'infraction de détournement des biens publics. Quelques arguments peuvent être apportés au soutien de cette posture. En matière de voies d'exécution, l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose que les biens des entreprises publiques sont insaisissables. En réalité, la notion « *entreprises publiques* » est comprise ici dans son sens extensif et il faudrait en entendre toutes les entreprises commerciales dans lesquelles l'Etat est au moins majoritaire au capital. Il convient donc de reconnaître par ricochet et à titre principal la nature publique desdits biens conférant à ces entreprises l'immunité d'exécution. De plus, en droit camerounais, les sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat détient la majorité du capital social sont soumises au contrôle du Contrôle Supérieur de l'Etat et à celui de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême. Ce qui n'est pas le cas des autres sociétés commerciales qui sont classiquement soumises au contrôle du Commissaire aux comptes. Enfin, du fait de la détention de la majorité du capital social par l'Etat, les dirigeants des sociétés parapubliques sont très souvent désignés avec l'onction ou par cooptation du pouvoir exécutif qui se réserve aussi par coutume leur destitution.

⁷⁰⁷ L'alinéa 6 de l'article 2 de la loi n° 99/016 définit une société d'économie mixte comme une « une personne morale de droit privé, dotée de l'autonomie financière et d'un capital-actions détenu partiellement d'une part, par l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées, ou les sociétés à capital public et d'autre part, par les personnes morales ou physiques de droit privé ».

⁷⁰⁸ Une posture d'ailleurs partagée par la jurisprudence française qui met en avant la notion de contrôle du capital et de gestion ; CE 10 juillet 1972 Air Inter, CE Ass. 24 novembre 1978 Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (COGEMA) et CE Ass. 24 novembre 1978, Schwartz.

Conclusion

En définitive et sans prétention aucune à l'exhaustivité et à la polémologie juridique, l'infraction d'atteinte au patrimoine des entreprises publiques et parapubliques suscite depuis longtemps au sein de l'espace communautaire notoirement en droit pénal camerounais une virulente controverse autour de l'étiquette juridique à lui coller mieux du droit pénal applicable quant à l'incrimination de ses auteurs. La faute étant au déséquilibre criard des peines sanctionnant respectivement le délit d'abus des biens sociaux et du détournement des biens publics dans les entreprises publiques et parapubliques voire des concessions faites au droit national par l'AUDSCGIE relativement au régime des sociétés commerciales en général et en particulier aux sociétés commerciales d'Etat dont le statut particulier, l'exiguïté et la porosité des frontières d'avec celles-ci ne pouvaient aller sans germer un tel conflit de qualification et/ou de loi. Mais soutenir au nom de la supranationalité ou de la primauté du droit communautaire qu'une atteinte au patrimoine de toutes sociétés commerciales y compris celles dans lesquelles l'Etat est actionnaire majoritaire relèverait d'un communautarisme juridique excessif et dangereux. Ce serait surtout ironiquement abracadabrantesque que de mettre l'intérêt public et l'intérêt privé au même diapason en soumettant indifféremment la protection des biens publics et donc du patrimoine de l'Etat au régime pénal peu dissuasif et moins sanctionnateur de la propriété privée au grand dam de la souveraineté nationale et des prérogatives de puissance publique. Fort heureusement, un examen objectif des paramètres économiques montre pour autant qu'une solution compromissoire et conciliatoire du droit pénal national et communautaire reste possible avec en prime une certaine préservation de l'intérêt public. Encore que la mollesse et la souplesse des sanctions consacrées par les législateurs des Etats parties à la répression de l'infraction communautaire d'abus des biens sociaux laisse trop souvent prospérer ou du moins augurer une terre promise et propice à la poussée de la délinquance d'affaires que le droit pénal national et communautaire vise pourtant à endiguer et à éradiquer.

Le risque pénal lié à la gestion de la commune au Cameroun. Etude de droit comparé

Madeleine LOBE LOBAS

Maître de Conférences en Droit privé, HDR

Université de Haute-Alsace, Mulhouse

CERDACC, EA n° 3992

La décentralisation est le transfert de certaines compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales, notamment les communes. Elle représente un véritable enjeu pour le développement des populations à condition toutefois que les moyens qui sont octroyés aux entités décentralisées soient gérés avec diligence par leurs organes ou représentants. Dès lors se pose la question du risque pénal encouru par les autorités locales et éventuellement, l'entité communale elle-même, en cas de mauvaise gestion. Une étude de droit comparé s'impose afin de mieux cerner le régime d'une telle responsabilité, la législation camerounaise étant soit insuffisante, soit muette à ce sujet.

Mots clé

Décentralisation – Responsabilité pénale – Faute de gestion – Autorité locale - Commune

La loi n° 2004/01 du 22 juillet 2004 dite d'orientation de la décentralisation définit la décentralisation comme le transfert par l'Etat aux collectivités territoriales de certaines de compétences⁷⁰⁹. Si on distingue les régions⁷¹⁰ des communes, ce sera surtout au niveau communal, en raison de la proximité de cette entité avec les populations et la participation de celle-ci à l'élection des autorités locales qu'il faudra vérifier l'effectivité et la réalité du système.

Les compétences dévolues aux communes couvrent l'organisation et la gestion des services publics locaux dans des domaines divers et variés touchant à l'économie, l'environnement, le développement sanitaire et social, le développement éducatif, sportif et culturel, etc.⁷¹¹. Les communes doivent, dans l'accomplissement de leurs missions, veiller à la répartition équitable des richesses au sein de leur territoire.

Le transfert de compétence implique nécessairement une mise à disposition de moyens et de pouvoirs nécessaires. À cette fin, les entités territoriales sont dotées de la personnalité juridique et jouissent de l'autonomie administrative et financière pour

⁷⁰⁹ La loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution camerounaise du 02 Juin 1972 a posé le principe d'une répartition de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, personnes morales de droit public. A titre de rappel, les premières communes de Douala et Yaoundé ont été créées en 1941 bien avant l'indépendance. Depuis cette période, la décentralisation a évolué avec la Constitution du 2 juin 1972 et diverses lois antérieures.

⁷¹⁰ Le décret n° 2008/376 du 11/12/2008 a transformé les provinces en régions qui sont beaucoup plus considérées comme des circonscriptions administratives déconcentrées plutôt que des collectivités territoriales décentralisées, dirigées par des gouverneurs de région nommés par le Président de la République.

⁷¹¹ Ces compétences ne sont cependant pas exclusives, l'Etat pouvant exercer une compétence concurrente dans les cas prévus par la loi. Voir la loi n° 2004/018 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux communes.

la gestion des intérêts locaux. Elles sont librement administrées par des organes communaux, distincts de ceux de l'Etat, en principe indépendants quant à la prise de décision, la conduite des affaires locales et l'exercice de leurs activités⁷¹².

Les pouvoirs et moyens alloués aux collectivités doivent être gérés avec diligence. Les organes locaux ont l'obligation d'agir dans l'intérêt de la commune et pour l'amélioration du cadre de vie des populations, dans le respect des lois de la République. La décentralisation appelle ainsi à une responsabilisation des autorités locales qui, au-delà des avantages et privilèges découlant de leur statut ou leur position sociale, doivent avoir conscience, non seulement de représenter et de défendre les intérêts d'une population, mais aussi d'assurer une mission de service public. Il faut veiller à ce que l'intérêt général prime sur les intérêts particuliers en instituant un contrôle sur la gestion de la commune⁷¹³, et au besoin en envisageant une éventuelle mise en cause pénale en cas de défaillance.

L'entité décentralisée et/ou les autorités locales peuvent en effet avoir à répondre pénalement de leurs actes ou activités. Il sera ainsi lorsque des actes manifestement contraires aux missions d'intérêt général sont commis, par exemple en cas de corruption. Il en sera de même lorsque surviennent des accidents, des sinistres ou autres catastrophes causant des dommages divers et variés aux populations, tels que l'incendie d'un marché, l'effondrement d'un bâtiment en construction ou d'une école, liés à la mauvaise gestion, l'imprudence, la négligence ou l'inertie des autorités locales. Si les élus locaux peuvent invoquer la fatalité, l'imprévisibilité, les risques inhérents à toute activité humaine⁷¹⁴ ou rejeter la faute sur les populations en mettant en avant leur incivisme, ces justifications ne sont plus suffisantes dès lors que leur mission consiste à prévoir et à prévenir les risques.

Les différentes lois sur la décentralisation sont muettes quant au risque pénal lié à la gestion communale. Il convient donc de s'appuyer sur le droit commun. Il apparaît ainsi que la responsabilité pénale des autorités locales peut toujours engagée, même s'il est évident qu'il faut en améliorer le dispositif (I). En revanche, s'agissant de la commune en tant que personne morale, un tel dispositif reste imprévu (II).

⁷¹² M. VERPEAUX, « Décentralisation », in *Dictionnaire de la politique et de l'administration*, dir. G. BERNARD, J. P. DESCHODT, M. VERPEAUX, 2011 ; V. également, la loi n° 2009/011 du 11 juillet 2009 portant réforme des collectivités territoriales décentralisées.

⁷¹³ Selon l'art. 66 de la Constitution camerounaise, l'Etat assure la tutelle sur les collectivités territoriales. Ces pouvoirs sont exercés sous l'autorité du Président de la République, par le Ministre chargé des collectivités territoriales et par le représentant de l'Etat dans collectivité territoriale. Le préfet assure la tutelle de l'état sur la commune. Il peut annuler les actes des collectivités territoriales manifestement illégaux (art. 74 Const.). Ce système de tutelle peut avoir un effet pervers et traduire en réalité une mainmise du pouvoir central sur les affaires. Il est également possible de saisir le juge administratif.

⁷¹⁴ Rapport Sénat sur la proposition de de la loi Fauchon relative à la définition des délits non intentionnels, 20 janv. 2000

I. Un dispositif pénal à parfaire quant à la responsabilité pénale des autorités locales

Si la décentralisation est le transfert de compétences étatiques vers les collectivités territoriales, il revient surtout aux élus locaux d'en assurer la gestion d'une manière diligente. A défaut, leur responsabilité pénale pourrait être recherchée⁷¹⁵.

La responsabilité pénale des élus locaux peut être engagée sur le fondement des dispositions pénales applicables à l'ensemble des justiciables. Il en sera ainsi lorsque que l'infraction est commise dans un cadre strictement privé ou détachable du service. Pour les infractions commises dans le cadre de leur mandat, la qualité de personne exerçant une fonction publique entraîne l'application de règles spécifiques (A). Il faut en outre envisager la situation délicate des élus locaux en matière d'infraction non intentionnelle (B).

A – La mise en cause de l'élu local en qualité de fonctionnaire

La qualité de personne exerçant une fonction publique peut être prise en compte dans la définition de l'infraction (1) ou la détermination du régime de la sanction (2). L'article 131 du code pénal camerounais ne définit pas la qualité de fonctionnaire ou d'agent public. Il énumère les personnes concernées, les fonctionnaires de par leur statut (magistrat, militaire, préposé ou commis de l'Etat, etc.), mais aussi les personnes qui le deviennent dès lors qu'elles sont chargées, même occasionnellement, d'un service, d'une mission ou d'un mandat publics. La qualité de fonctionnaire ou agent public s'applique par conséquent aux élus locaux. Il faut toutefois que l'infraction soit commise dans l'exercice ou l'occasion de l'exercice des fonctions, de la mission ou mandat ou liée aux fonctions antérieurement exercées. La qualité s'étend aux personnes ayant reçu une délégation de pouvoir valable.

1 – La prise en compte de la qualité d'agent public dans la qualification des infractions

Les délits de fonction supposent que la personne poursuivie ait la qualité requise par le texte d'incrimination. A défaut, aucune répression n'est possible. Il est ainsi lorsque la loi exige que l'auteur de l'infraction soit un fonctionnaire ou un agent public⁷¹⁶.

Au premier rang des comportements reprochés à l'élu local figurent les manquements au devoir de probité procurant un avantage illégitime à l'élu local⁷¹⁷.

S'agissant de la corruption qui sanctionne le fait pour tout un agent public de s'abstenir de faire ou d'ajourner un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction en contrepartie d'offres ou de promesses qu'il sollicite ou agréé, le corrompu doit avoir

⁷¹⁵ En droit français, le principe de la responsabilité pénale d'un maire a été posé dans la décision du Tribunal des conflits du 14 janv. 1935, Thépaz *GAJA* n° 48, 15^e éd. 2005. Contrairement aux ministres de la République qui sont attraités devant la Cour de justice de la République, les élus sont soumis au régime procédural de droit commun, le privilège de juridiction mis en place pour ces agents lorsqu'ils étaient mis en cause dans une affaire pénale a été supprimé par la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, *J.O* 5 janv. 1993. Les élus locaux peuvent cependant demander le dépaysement ou la délocalisation de l'affaire.

⁷¹⁶ A. FITTE-DUVAL, « Fonctionnaire et agent public », *Rép. pén. Dalloz*

⁷¹⁷ R. SALOMON, La rigueur du droit pénal de la probité publique, *Dr. pénal.* 2012, p. 11.

la qualité d'agent public (art. 134 et 134 bis CP cam., 432-11 al 1 et 433-1 CP fr.)⁷¹⁸. Doit être déclaré coupable le maire d'une commune avait réclamé une somme d'argent à une personne pour lui délivrer un permis de construire⁷¹⁹ ou qui entreprend de solliciter les entreprises travaillant pour la mairie en situation de dépendance économique à son égard⁷²⁰.

L'intérêt dans un acte et la participation dans une affaire ou la prise illégale d'intérêts consistent pour l'agent public, à prendre, directement ou indirectement, un intérêt quelconque ou une participation dans une entreprise ou dans une opération dont il a, au moment de l'acte, en tout en partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement (art. 135 et 136 CP cam., 432-12 et 432-13 CP fr.)⁷²¹.

Le trafic d'influence est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique qui abuse du crédit réel ou supposé que lui donne son mandat pour faire obtenir un avantage quelconque d'une autorité publique ou d'une administration (art. 161 CP cam., 432-11 CP fr.)⁷²². Le délit est constitué lorsqu'un adjoint au maire délégué à la commission des travaux publics perçoit des fonds pour user de son influence afin de faire attribuer à une entreprise l'adjudication d'un marché public⁷²³.

La concussion punit le fait pour le fonctionnaire, soit d'exiger des droits, taxes, redevances, impôts ou contributions qui ne sont pas dus ou des avantages matériels sans en payer le juste prix, soit d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit, une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires (art. 137 et 142 CP cam., 432-10 CP fr). Est justifiée la condamnation du maire qui, pour continuer à percevoir la partie de ses indemnités de fonction, frappée par la réglementation sur le cumul des mandats, la délègue fictivement à un adjoint et se la fait reverser par ce dernier se rend coupable de concussion, ces indemnités étant constitutives de droits⁷²⁴. De même, caractérise une exonération illégale de droits le fait, pour un maire, d'avoir octroyé gratuitement à l'entraîneur du club de football local la jouissance d'un logement de la commune sans délibération préalable du conseil municipal,

⁷¹⁸ Crim. 25 janvier 2012, pourvoi n° 11-82130 ; Trib. cor. Paris, 5 déc. 2013, <http://www.transparency-france.org>.

⁷¹⁹ Crim. 20 mai 2009, pourvoi n° 08-83789.

⁷²⁰ Crim. 30 juin 1999, pourvoi n° 96-81242.

⁷²¹ Crim. 11 mars 2014, pourvoi n° 12-88312 ; 29 juin 2011 pourvoi n° 10-87498 ; C. SOULARD, « La prise illégale d'intérêts des élus et fonctionnaires des collectivités territoriales », in *Responsabilité pénale et activités des collectivités territoriales*, op. cit., p. 95 ; L'article 432-12 CP fr. prévoit une dérogation au profit des élus des communes de moins de 3 500 habitants pour passer des contrats avec la commune à leur profit en ce qui concerne le transfert des biens mobiliers ou immobiliers ou pour la fourniture des services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 € ou l'acquisition d'un lot communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour y édifier leur propre logement. Ils peuvent acquérir un bien au profit de la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Les actes doivent être autorisés par une délibération du conseil municipal, lors d'une séance publique à laquelle ne peut participer l'élu bénéficiaire. Les biens doivent avoir été évalués par le service des domaines.

⁷²² Crim. 12 juin 2014, pourvoi n° 13-81449.

⁷²³ Crim. 8 janv. 1998, *Dr. pénal* 1998. comm. 98, obs. M. Véron.

⁷²⁴ Crim. 14 févr. 1995, pourvoi n° 94-80797 ; Crim. 10 oct. 2012, pourvoi n° 11-85914 : qualifie l'acte de de concussion le fait pour le maire d'autoriser l'occupation à titre gratuit d'un terrain communal.

conformément aux dispositions des articles L. 2121-29 et L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales⁷²⁵.

Le délit de favoritisme est le fait pour un élu de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié (art. 143 CP cam., art. 432-14 CP fr.) notamment dans l'attribution des marchés publics⁷²⁶.

Contrairement au droit français (art. 432-15 et 432-16 CP fr.), le détournement de biens publics n'implique pas la qualité d'agent public puisqu'il est défini comme le fait pour quiconque d'obtenir ou de retenir frauduleusement un bien appartenant à l'Etat, une collectivité, un établissement publics ou soumis à la tutelle administrative de l'Etat ou dont l'Etat détient directement ou indirectement une partie du capital (art. 184 CP cam.)⁷²⁷. Est coupable de détournement de fonds publics le maire qui organise une fête pour son anniversaire, réunissant le personnel communal, avec l'argent de la commune ou qui, pendant de longs mois et gratuitement, met à la disposition d'un de ses amis un photocopieur loué et payé par la commune⁷²⁸.

Les atteintes à l'autorité de l'Etat concernent l'abus d'autorité envers l'administration ou les particuliers.

L'abus d'autorité peut être commis envers l'administration. Est ainsi sanctionné le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi (art. 432-1 CP). Le délit d'abus d'autorité est constitué lorsque le maire d'une commune intervient auprès des policiers municipaux placés sous son autorité afin de les empêcher de rendre compte à l'officier de police judiciaire territorialement compétent de plusieurs contraventions commises par le directeur des services techniques de la ville, lequel venait d'être interpellé dans une commune voisine⁷²⁹. On peut également signaler le délit de déficit non signalé défini comme le fait pour un fonctionnaire ayant connaissance d'un déficit de caisse ou d'un déficit comptable dans la gestion d'un agent placé sous ses ordres ou sous sa surveillance de ne pas le dénoncer à l'autorité judiciaire la plus proche (art. 138 CP cam.).

Est sanctionné le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, ou pour une personne investie d'un mandat électif public, ayant été officiellement informée de la décision ou de la circonstance mettant fin à ses fonctions, de continuer à les exercer (art. 432-3 CP fr.). C'est le cas du pour un maire qui préside une séance du conseil municipal après sa révocation⁷³⁰.

L'article 124 du code pénal camerounais réprime la coalition qui est une concertation ou une délibération entre les personnes dépositaires de quelque partie de l'autorité publique portant sur des mesures contraires aux lois ou des mesures, y

⁷²⁵ Crim. 31 janv. 2007, pourvoi n° 06-81273 : caractérise une exonération illégale de droits le fait, pour un maire, d'avoir octroyé gratuitement à l'entraîneur du club de football local la jouissance d'un logement de la commune sans délibération préalable du conseil municipal, conformément aux dispositions des articles L. 2121-29 et L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales.

⁷²⁶ Crim. 22 janv. 2014, pourvoi n° 13-80759 ; Crim. 15 sept. 1999, pourvoi n° 98-87588.

⁷²⁷ Crim. 14 févr. 2007, pourvoi n° 06-81107.

⁷²⁸ Crim. 20 mai 2009, n° 08-87354.

⁷²⁹ Crim. 5 févr. 2013, pourvoi n° 12-80081, *Dalloz actualité*, 6 mars 2013, obs. Bomblet

⁷³⁰ Crim. 30 oct. 1886, *Bull. crim.* n° 364.

compris, des démissions collectives ou forfaiture ayant pour objet principal d'empêcher ou de suspendre l'exécution d'un service public.

Les abus d'autorité contre les particuliers concernent les atteintes aux droits ou intérêts privés (art. 140 CP cam.) ou atteintes à la liberté individuelle (art. 432-4 CP fr.)⁷³¹, les discriminations⁷³² (art. 432-8 CP fr.), les atteintes à l'inviolabilité du domicile (art. 432-7 CP fr) et les atteintes au secret des correspondances (art. 432-9 CP fr.).

La responsabilité pénale des élus locaux peut aussi tenir à leur qualité d'officier d'état civil, en ce qui concerne la tenue des registres d'état civil (art. 150 CP cam.) ou l'établissement des actes de mariages (art. 149 CP cam.). Il est de même pour leur rôle en matière électorale. Des poursuites peuvent être exercées en cas de falsifications des listes électorales ou en cas d'atteinte à la sincérité du scrutin (art. 122 CP cam., L88 et L113 C. élect. fr.) Il est de même lorsque l'élu local empêche un citoyen d'exercer ses droits électoraux (art. 141 CP cam.).

Le maire peut être poursuivi dans tous les cas où il est établi qu'il n'a pas respecté intentionnellement la législation applicable dans le cadre de son activité. Est déclaré coupable le maire qui exécute des travaux de réalisation d'une aire de sports sans autorisation⁷³³. Il en est de même lorsqu'il n'exerce pas ses pouvoirs alors qu'il a le devoir et la possibilité de le faire. Le fait de tolérer un attroupement ou des violences contre les personnes ou des actes attentatoires aux libertés et droits individuels est ainsi réprimé (art. 145 et 146 CP cam.).

La plupart de ces infractions sont intentionnelles. La preuve de la faute de la faute doit être établie par le ministère public. Mais le juge français se montre sévère, déduisant l'intention des circonstances de commission des faits. Ainsi, en cas de corruption, l'intention résulte de la violation délibérée par l'agent du devoir de probité et de sa parfaite connaissance de sa situation, et des sollicitations effectuées auprès contre rémunérations⁷³⁴. De même, le prévenu peut difficilement invoquer l'erreur de droit. Ainsi un maire en fonction depuis plus de deux ans ne peut se réfugier derrière une prétendue méconnaissance de la procédure d'appel d'offres⁷³⁵.

2 – La prise en compte de la qualité de fonctionnaire dans la détermination de la peine

La qualité d'agent public constitue une circonstance aggravante lorsque la loi le prévoit. L'élu local encourt alors être des peines plus sévères que celles normalement prévues. Les sanctions sont aggravées en cas de violences contre autrui commises par un fonctionnaire (art. 132 (1) CP cam., 222-8 CP fr.) ou de faux ou

⁷³¹ Cette infraction peut être commise par un maire décidant arbitrairement du placement d'office d'une personne dans un établissement spécialisé

⁷³² Crim. 1er sept. 2010, pourvoi n° 10-80.584, *AJ pénal* 2010. 506, obs. Royer ; *AJCT* 2010. 125, note Fitte-Duval : le fait, pour le maire d'une commune, de priver une élue municipale de son droit à l'expression en raison du port, par celle-ci, d'une croix symbolisant son appartenance à la religion chrétienne est bien constitutif du délit de discrimination par une personne dépositaire de l'autorité publique à raison de l'appartenance religieuse ; CA Paris 11^e ch., 1^{er} juin 1989, *Juris-Data* n° 024476 : un maire qui refuse pour des raisons de sécurité, et non en raison de leur origine, l'occupation d'un foyer d'hébergement par des ouvriers étrangers n'est pas coupable du délit de discrimination.

⁷³³ Crim. 8 déc. 1993, pourvoi n° 93-80887

⁷³⁴ Crim. 19 mars 2003, pourvoi n° 02-80374.

⁷³⁵ Crim. 15 sept. 1999, *Juris-Data* n°003934.

d'usage de faux (art. 144 CP cam., 441-2, 441-3, 441-4, 444-1 CP fr). Les sanctions sont doublées en cas de violation de domicile, de violation de correspondance, de violation de secret professionnel, de copie de documents administratifs (art. 132 (2) C. cam.). Selon l'article 89 du code pénal camerounais, la qualité d'agent public est une circonstance aggravante de la responsabilité pénale en dehors des cas où la loi règle spécialement les peines encourues pour les crimes et les délits par commis par ceux qui se sont rendus coupables d'autres crimes ou délits qu'ils étaient chargés de prévenir.

Lorsque l'élu local est condamné pour une infraction commise dans l'exercice de ses fonctions ou dans le cas spécifique de l'article 89 du code pénal camerounais, des déchéances peuvent être prononcées (art. 133 CP cam.). Le juge peut ordonner la destitution et l'exclusion de toutes les fonctions, l'interdiction de porter toute décoration, l'interdiction d'être juré, l'interdiction d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire si ce n'est de ses propres enfants, l'interdiction de servir dans les armées ou l'interdiction de tenir une école ou même d'enseigner (art. 30 CP cam., art. 432-17 CP fr.). Ces peines s'appliquent obligatoirement en cas de condamnation pour corruption active ou passive d'un agent public, intérêt dans un acte, participation dans une affaire ou trafic d'influence (art. 133 (1) al. 2 CP cam.). La juridiction est également tenue de prononcer la peine de confiscation et la publication de la décision par voie de presse écrite, de radio ou de télévision (art. 133 (2) CP cam.). En droit français, ces peines ne sont plus automatiques et ne peuvent être appliquées que si elles ont été prononcées par la juridiction (art. 132-17 CPF). Il en est de même pour l'inéligibilité (art. 7 C. élect. F)⁷³⁶.

B – La responsabilité de l'élu local pour faute non intentionnelle commise dans le cadre de sa mission

La faute non intentionnelle ne concerne pas les crimes qui sont toujours intentionnels. Elle constitue une exception légale au principe selon lequel les délits nécessitent une intention. Elle ne peut être établie en matière délictuelle que dans les cas prévus par la loi (art 74 (4) CP cam., 121-3 al. 2, 3, 4 CP fr.). Elle traduit la volonté de violer la loi pénale sans pour autant rechercher la production d'un résultat dommageable pour autrui.

Pour le juge pénal français, la responsabilité des autorités locales pour faute non intentionnelle commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission est fondée sur le fait qu'elles ont le devoir de prendre les règlements nécessaires pour prévenir les risques, d'assurer l'exécution des mesures prescrites par les lois et règlements et d'informer les populations des risques⁷³⁷. L'élu local n'a pas pu ou su prévenir le dommage alors qu'il s'est vu confier par la loi le pouvoir et le devoir de le faire : soit il dispose de pouvoir qu'il exerce seul, sans avoir besoin

⁷³⁶C. const, 11 juin 2010, QPC n° 010-6/7, JO 12 juin 2010 ; Rec. p. 111

⁷³⁷ A ce titre, la responsabilité des maires peut se rapprocher de celles des chefs d'entreprise. TGI Rennes, 9 février 1994 cité par P. BLUTEAU, *Le Courrier des maires* n° 251, novembre 2011 : à l'égard des activités exercées par une personne morale, le respect des réglementations générales édictées dans un intérêt de salubrité ou de sécurité publique est personnellement imposé à l'organe exécutif. La police municipale comprend en vertu, de l'article L.2212-2 du CGCT (anc. L131-2 C. communes) le soin de prévenir, par des précautions convenables les pollutions de toute nature.

d'aucune délibération du conseil municipal et il ne l'a pas exercé, soit il ne peut agir sans l'intervention du conseil municipal et il s'est abstenu de le faire, ou a laissé s'écouler un temps trop long avant de le faire⁷³⁸.

Il importe de préciser quel est le domaine de cette faute non intentionnelle commise dans le cadre de l'activité communale (1) et analyser la nature de cette faute selon que le maire est auteur direct ou indirect (2).

1 – Le domaine de la faute non intentionnelle commise par l'élu local

L'application de la faute non intentionnelle est assez large et peut couvrir tous les domaines dans lesquels le maire peut exercer des pouvoirs ou des missions. Il s'agira le plus souvent de délits liés à un manque de précautions (maladresse, imprudence, négligence) ou à l'inobservation de la réglementation.

La responsabilité pénale du maire résulte de l'exercice des compétences en matière de police générale et spéciale, le maire étant le premier garant de la tranquillité, la sécurité et la salubrité publique sur le territoire de la commune. Le rejet par une station d'épuration, établissement communal exploité en régie, d'effluents nocifs pour la vie et la nutrition des poissons engage la responsabilité pénale du maire dans la mesure où l'article L2212 du code général des collectivités territoriales (anc. L. 131-2 C. communes) lui confie le soin de prévenir et de faire cesser les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de tout nature, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure⁷³⁹. Est responsable pénalement le maire qui n'a pas pris les mesures suffisantes pour éviter les nuisances sonores en provenance d'une salle polyvalente municipale⁷⁴⁰ ou pour assurer la protection d'un puits communal⁷⁴¹. La même solution s'applique en matière d'urbanisme⁷⁴², de circulation routière⁷⁴³, d'environnement ou encore d'hygiène et de santé.

La responsabilité peut aussi recherchée à l'occasion des pouvoirs de gestion et des activités de services publics, la surveillance ou le contrôle des installations. Est déclaré coupable le maire qui n'a pas vérifié le respect des prescriptions de la commission de sécurité d'une maison de retraite⁷⁴⁴. Constitue une méconnaissance de ses obligations légales, le fait pour un maire de ne pas assurer l'exécution de la réglementation sur la protection des risques d'incendie⁷⁴⁵. Il en est de même si, le

⁷³⁸ Crim. 3 avril 1996, n° 95-80062 ; TGI Chaumont, 17 mai 1994, Juris-Data n° 1994-603242 : les pouvoirs propres de police du maire lui donnent la possibilité de réglementer ou d'interdire l'écoulement du purin et qu'en s'abstenant d'utiliser ses pouvoirs, il a fait preuve de négligence et a laissé se produire les écoulements polluants.

⁷³⁹ TGI Rennes, 9 février 1994, op. cit.

⁷⁴⁰ CA Bordeaux, 10 oct. 1991, Jurisdata n° 049095.

⁷⁴¹ Crim. 18 juil. 1995, *Dr. pénal* 1995, obs. J.-H Robert : pollution d'eau à la suite de l'absence d'exercice par le maire de ses pouvoirs de police pour interdire le déversement de purin

⁷⁴² C. DE BERNARDINIS, « Collectivités territoriales et droit pénal de l'urbanisme », in *Responsabilité pénale et activités des collectivités territoriales*, op. cit. p. 145.

⁷⁴³ Crim., 4 juin 2013, pourvoi n° 12-86389 : qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, comme elle y était invitée, le maire, à raison notamment de la dangerosité des lieux et de l'inadaptation du tracé de la route au volume et à la longueur des cars scolaires, avait effectué toutes les diligences normales au regard du risque d'accident prévisible, compte tenu de ses pouvoirs en matière de circulation.

⁷⁴⁴ Crim. 9 nov. 1999, D. 2000, IR 59

⁷⁴⁵ P. Soler Couteaux, « La responsabilité pénale du maire en matière d'établissement recevant du public », *Maires de France*, juin-juil-août 1997

maire informé de la dangerosité d'une installation, ne prend pas les mesures nécessaires par inaction ou négligence afin de faire cesser le péril⁷⁴⁶. En sa qualité d'autorité chargée de l'exécution d'un permis de construire délivré par l'autorité préfectorale et en sa qualité d'autorité chargée d'assurer la protection contre les risques d'incendie dans les établissements recevant du public, est jugé responsable pénalement le maire qui ne s'est fait remettre ni déclaration d'ouverture, ni déclaration d'achèvement des travaux et n'a pas organisé la visite des lieux pour assurer la préservation des règles de sécurité et de prescription du permis de construire⁷⁴⁷.

Est justifiée la condamnation d'un maire pour homicide involontaire à la suite du décès par électrocution d'un usager d'une voie communale dû à la défektivité d'un lampadaire⁷⁴⁸ ou qui n'a pas procédé à la mise en conformité exigée par la réglementation d'une installation défectueuse d'un chauffe-eau ayant provoqué l'intoxication de deux occupants d'un logement appartenant à la commune⁷⁴⁹.

Les responsables locaux doivent désigner les personnes chargées de veiller à la mise en œuvre des règles et de sécurité et leur donner les moyens de la mission qui leur est confiée. En cas d'accident, leur culpabilité peut être établie, faute de ne pas s'être inquiétés de cette situation et de ne pas avoir pris les mesures adéquates⁷⁵⁰.

2 – La participation de l'élu local à l'infraction

La répression des délits non intentionnels implique généralement la survenance d'un dommage⁷⁵¹ dont la gravité permet moduler la sanction. Lorsque le dommage est constaté, il faut établir un lien de causalité entre la faute et le résultat. Le comportement imprudent doit avoir été à l'origine du dommage.

La théorie de l'équivalence des conditions, généralement utilisée pour apprécier le lien de causalité, permet de retenir toutes les fautes ayant contribué à la réalisation du dommage et ne nécessite pas, pour que la responsabilité soit retenue, un lien direct, ni une faute exclusive⁷⁵². Il suffit que le lien soit certain. Toute faute, même la poussière de faute traduisant une défaillance quelle qu'elle soit et entraînant un dommage, peut alors être retenue.

Cette théorie est préjudiciable aux élus locaux. Ils ne disposent pas toujours de moyens suffisants leur permettant d'agir efficacement et ne décident pas du montant

⁷⁴⁶ Crim. 2 déc. 2003, *Bull. crim.* n° 231, op. cit. ; Crim. 18 mars 2003, pourvoi n° 02-85523, op. cit. ; Crim. 4 juin 2002, *Bull. crim.* n° 127, op. cit. ; CA Grenoble 5 août 1992, *JCP G*, n.21-959.

⁷⁴⁷ Crim. 14 mars 1974, *Bull. crim.* n° 115

⁷⁴⁸ Crim. 21 févr. 1990, pourvoi n° 89.85117.

⁷⁴⁹ Crim. 18 juillet 1984, pourvoi n° 83-95016.

⁷⁵⁰ E. DUPIC, « Le risque pénal des collectivités territoriales », in *Responsabilité pénale et activité des collectivités territoriales*, op. cit., p.179 ; M.-F STEINLE-FEUEBACH, « La responsabilité des maires en cas de catastrophe (au regard des procès de Bruz et de Barbotan) ou la fausse nouveauté de la loi n° 93-393 du 13 mai 1996 », *JCP G*, n° 43, 1997, p. 435 : après l'incendie des thermes de Barbotan le 27 juin 1991 (20 morts, 11 blessés) et de l'hôpital psychiatrique de Bruz les 24 et 25 juin 1995 (20 morts, 1 blessé), les maires ont été condamnés pour ne pas avoir provoqué la visite de la commission de sécurité compétente.

⁷⁵¹ En principe, en l'absence de dommage, une telle imprudence est sanctionnée au titre d'une contravention, sauf lorsque la loi incrimine le délit de risques causés à autrui constitué par la faute de mise en danger délibérée.

⁷⁵² Crim. 28 mars 1973, *Bull. crim.* n° 157 : la responsabilité est engagée dès lors que les fautes commises par le prévenu, sans lesquelles l'accident mortel ne serait pas produit, sont à l'origine de celui-ci en ayant créé les conditions qui l'ont rendu possible.

des moyens qui leur sont alloués. Ils ne sont pas toujours préparés à la gestion de la chose publique et n'envisagent pas nécessairement l'étendue de leur mission, car ils ne suivent pas de formation spécifique, et ne sont investis de leurs pouvoirs, de leurs fonctions et de leurs missions que par la loi et le règlement. Enfin, leur responsabilité peut être engagée alors qu'ils ne sont pas directement impliqués dans la survenance du dommage.

En France, cette situation a suscité une réelle inquiétude surtout chez les élus des petites communes qui voyaient fréquemment leur responsabilité engagée pour des accidents survenus à leurs administrés dans le cadre des équipements collectifs. Elle a également engendré une diminution de candidatures aux fonctions municipales et des risques de démission collective. Le législateur français a dû intervenir, avec la loi du 10 juillet 2000 tendant à la définition de délits non-intentionnels⁷⁵³ en introduisant une distinction selon que la causalité est directe ou indirecte⁷⁵⁴. Le régime ne s'applique cependant pas de manière spécifique aux élus locaux puisqu'il bénéficie à toutes les personnes, à l'exclusion des personnes morales pour lesquelles la question de la causalité ne se pose guère.

a- L'élu local, auteur direct du dommage

La causalité est directe lorsque la personne a, soit elle-même frappé ou heurté la victime, soit initié ou contrôlé le mouvement d'un objet qui aura heurté ou frappé la victime. Toutefois, pour la jurisprudence, la causalité directe n'implique cependant pas qu'il faille retenir le dernier événement survenu dans le processus causal. On peut retenir le facteur déterminant et appliquer la causalité adéquate⁷⁵⁵.

Lorsque l'activité de l'élu local est la cause directe du dommage, sa responsabilité est engagée quelle que soit la gravité de sa faute. Il suffit alors d'établir même une simple faute d'imprudence (art. 121-3 al. 3 CP fr.)

La faute simple ou ordinaire correspond à celle prévue par le droit camerounais. Elle est constituée par la maladresse, la négligence, l'imprudence, l'inattention ou l'inobservation des règlements⁷⁵⁶ (art. 289 CP cam.). La loi camerounaise ne précise pas si l'appréciation du lien de causalité par le juge doit se faire in abstracto en fonction du comportement adopté par un individu abstrait normalement prudent et diligent ou in concreto en tenant compte des capacités ou de

⁷⁵³ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, dite Loi Fauchon, JO 11 juillet ; Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », D. 2000. chron. 603.

⁷⁵⁴ C. HUGLO, « Les délits liés au manque de précaution : risques et environnement », *LPA*, n° 20, 25 févr. 1995, p. 22 ; S. PETIT, « La responsabilité pénale des auteurs indirects des contraventions d'imprudence », *Gaz. Pal.* 26-27 janv. 2001, p. 7 ; J.-M. PONTIER, « La responsabilité pénale des élus locaux », *Rev. adm.* n° 293, 1996, p. 551 ; S. JACOPIN, « Mise au point sur la responsabilité pénale des élus et des agents publics : limitation ou élargissement des responsabilités », *D.* 2002, p. 507.

⁷⁵⁵ Crim. 23 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 217 : il y a un lien direct entre les fautes commises par le médecin qui avait procédé à un accouchement en utilisant des forceps, provoquant l'enfoncement de la voûte crânienne de l'enfant ainsi qu'une fracture hémorragique et le décès de l'enfant même si le décès résulte de la décision des parents de stopper la réanimation.

⁷⁵⁶ Le code pénal français parle de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Le mot règlement est compris dans son administratif et ne couvre que les décrets et arrêtés, à l'exclusion des règles professionnelles ou déontologiques, les circulaires, les instructions ministérielles ou même les stipulations contractuelles dont la violation peut être sanctionnée au titre de l'imprudence ou de la négligence. En revanche, il peut s'agir d'un règlement européen.

la situation personnelle du prévenu. Le code pénal français dispose que la faute d'imprudence ne peut être retenue que s'il est établi que le prévenu n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait (art. 121-3 al. 3 CP fr.). Lorsqu'il s'agit des maires, il faut aussi tenir compte des difficultés propres aux missions qui leur sont confiées par la loi doivent également être prises en compte (art. L2123-34 CGCT). Le juge pénal doit apprécier les mesures de prudence normalement exigées dans l'activité exercée par le prévenu, des moyens à sa disposition ainsi que des contraintes financières et/ou techniques auxquelles est confronté le maire⁷⁵⁷.

b. L'élu local, auteur indirect du dommage

Il faut distinguer deux hypothèses de causalité indirecte qui suppose la survenance d'un événement entre le fait du prévenu et le dommage (art. 121-3 al 4 CP fr.). Il peut s'agir de l'action ou l'omission d'un tiers, voire de la victime elle-même ou un événement n'ayant pas le caractère de force majeure. La première correspond à la situation des personnes qui, sans avoir directement causé le dommage, ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis sa réalisation. Il peut ainsi y avoir plusieurs auteurs indirects dont les fautes en concours sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale. La seconde hypothèse concerne les personnes qui n'ont pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage qu'elles n'ont pas réalisé elles-mêmes. Telle est la situation du maire qui ne s'est pas assuré de la stabilité d'une buse qui, en se déplaçant, a écrasé un enfant dans une aire communale⁷⁵⁸ ou encore celui qui ne s'est pas assuré de la stabilité d'une cage de buts mobiles dont la barre transversale a blessé un enfant⁷⁵⁹ ou qui n'a pas pris les mesures de sécurité nécessaires lors du défilé d'une fanfare municipale⁷⁶⁰.

Depuis la réforme française de la faute non intentionnelle, le maire est généralement poursuivi en tant qu'auteur indirect. Il faut démontrer qu'il a commis une faute qualifiée, soit une faute de mise en danger délibérée, soit une faute caractérisée, c'est-à-dire des fautes d'imprudence graves.

La faute de mise en danger est la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement⁷⁶¹. Elle caractérise une imprudence consciente, l'agent adoptant volontairement un comportement contraire à celui qui lui est imposé par la loi dans le cadre d'une activité déterminée, sans pour autant rechercher un résultat. Elle implique une obligation précise imposant un comportement circonstancié dans une activité

⁷⁵⁷ CA Lyon, 6 juillet 1995, *Juris-Data* n°1995-047688

⁷⁵⁸ Crim. 20 mars 2001, *Bull. crim.* n° 75.

⁷⁵⁹ Crim. 4 juin 2002, *Bull. crim.* n° 127.

⁷⁶⁰ Crim. 18 juin 2002, *Bull. crim.* n° 138.

⁷⁶¹ En l'absence de dommage, cette faute constitue le délit de risques causés à autrui (art. 223-1 CP fr.). M. LOBE LOBAS, « Définition de l'élément matériel du délit de risques causés à autrui en matière d'installations classées », *Dr. envir.* 2008, n° 157, p. 20 ; M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, p. 154. En cas de survenance du dommage, elle peut être retenue comme une circonstance aggravante pour les infractions non intentionnelles notamment en matière d'homicide ou de blessures involontaires.

donnée. Cette faute est difficile à retenir lorsque le maire agit dans le cadre de sa mission de police générale⁷⁶².

La faute caractérisée est celle qui, en l'absence d'une prescription légale ou réglementaire édictant une obligation de sécurité expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur de la faute ne pouvait ignorer. C'est une faute d'imprudence d'une exceptionnelle gravité et intensité, excluant les fautes légères⁷⁶³. La gravité de la faute dépend de la nature du risque⁷⁶⁴ et de son degré de probabilité élevé. L'auteur devait avoir connaissance du risque et cette connaissance est appréciée en fonction de ses activités et fonctions. Commet une faute caractérisée le maire qui, personnellement informé de la dangerosité de l'aire de jeux, installés préalablement à son élection mais connue de lui, omet d'accomplir les diligences qui s'imposaient alors qu'il avait les compétences, les moyens et l'autorité nécessaire pour prévenir le dommage en faisant enlever la buse, le cas échéant, de la faire fixer ou stabiliser⁷⁶⁵. En revanche, est justifiée la relaxe d'un maire poursuivi pour homicide involontaire à la suite de la chute, sur un enfant, de la barre d'une cage de gardien de but, dès lors que, si le prévenu était informé, notamment par des circulaires préfectorales, de la dangerosité des cages mobiles, il n'était pas démontré qu'il avait eu connaissance de la présence sur le terrain communal, équipé de cages fixes, de cages mobiles en surnombre acquises par le club de football⁷⁶⁶.

La faute caractérisée est facilement retenue en cas de violation d'une obligation de sécurité, même si elle n'est pas particulière⁷⁶⁷. Ainsi, commet une faute caractérisée le maire qui ne se préoccupe de la conformité des installations électriques aux normes de sécurité et des prescriptions à observer lors des manifestations et qui s'abstient de vérifier ou de faire vérifier les règles de sécurité⁷⁶⁸.

En tout état de cause, le maire de la commune peut voir sa responsabilité engagée pour la plupart des actes contraires à l'intérêt communal⁷⁶⁹. Il est cependant

⁷⁶² Crim. 25 juin 1996, *Bull. crim.* n° 274, *RSC* 1997, p. 106, obs. Y. Mayaud : ne constitue pas une obligation particulière le décret du 13 mai 1974 relatif à la surveillance de la qualité de l'air dans l'agglomération qui laisse au maire et au préfet la liberté d'appréciation dans la mise en œuvre des procédures d'alerte à la pollution.

⁷⁶³ M.-F. STEINLE-FEUEBACH, Le procès de l'incendie du tunnel du Mont-Blanc : justice et pédagogie, *JAC* n° 68 ; M. LOBE LOBAS, Accident mortel consécutif à une fête d'année scolaire : faute caractérisée d'un enseignant, *JAC* n° 102 ; QPC : Refus de transmission au Conseil constitutionnel de la QPC relative à la définition de la faute caractérisée, ss Crim., QPC 24 septembre 2013, pourvoi n°12-87-059, *JAC* n° 137.

⁷⁶⁴ Il peut s'agir d'un risque de mort, de blessures graves ou même d'une pollution importante : Crim. 19 oct. 2004, *Bull. crim.* n° 247.

⁷⁶⁵ Crim. 2 déc. 2003, *Bull. crim.* n° 233.

⁷⁶⁶ Crim. 4 juin 2002, op. cit.

⁷⁶⁷ Crim. 11 juin 2003, *Bull. crim.* n° 121, *LPA* 19 févr. 2004, p. 12, note M.-F. STEINLE-FEUEBACH.

⁷⁶⁸ Crim. 18 juin 2002, *Bull. crim.* n° 138, op. cit. ; Crim. 18 mars 2003 : commet une faute caractérisée le maire qui, connaissant la configuration des lieux, ne réglemente pas la circulation des dameuses en dehors des pistes de ski alpin et qui a ainsi contribué à créer la situation à l'origine du décès d'un enfant déchiété par l'un de ces engins qui traversait une piste de luge

⁷⁶⁹ Selon l'art. L2123-34 CGCT, la commune doit assumer les frais pour la procédure judiciaire. Elle doit accorder sa protection au maire, à l' élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation ou à l'un de ces élus ayant cessé ses fonctions lorsque celui-ci fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions. Si la faute commise est une faute détachable du service, la collectivité peut demander à l' élu le remboursement des dépenses engagées. V. N. ACH, « Responsabilité des collectivités territoriales et responsabilité personnelle des agents de

nécessaire de moduler la répression afin de permettre le développement de la démocratie locale et de ne pas perturber la prise de décision. La responsabilité de l'élu local ne devra alors être recherchée que pour les faits intentionnels qui traduisent une véritable volonté porter atteinte à l'intérêt général et pour les fautes non intentionnelles graves reflétant d'une certaine manière, la conscience du risque ou du dommage. Encore faudrait-il que les justiciables pensent à mettre en cause pénalement les élus locaux lorsque les faits sont avérés.

II – Un dispositif imprévu quant à la responsabilité pénale des communes

Les communes sont des personnes morales disposant d'une autonomie juridique et d'une capacité financière. Admettre leur responsabilité pénale en droit camerounais implique d'abord de revenir sur le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales (A), option qui relève du législateur dans le cadre de sa politique criminelle (B).

A – La question de la responsabilité pénale des personnes morales

Si le code pénal camerounais n'énonce que le principe de la responsabilité des personnes physiques (1), la mise en cause de la personne morale fait toutefois l'objet d'une timide affirmation dans des lois spéciales (2).

1. Le principe de l'irresponsabilité des personnes morales en droit camerounais

Le législateur camerounais fait toujours sienne la doctrine selon laquelle les personnes morales ne peuvent être poursuivies ni punies pour une infraction pénale⁷⁷⁰. L'article 74 alinéa 1 du code pénal camerounais dispose qu'aucune peine ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne pénalement responsable et l'alinéa 2 énonce qu'est également pénalement responsable celui qui volontairement commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction. Ces dispositions sont interprétées comme étant applicables aux seules personnes physiques⁷⁷¹.

Brièvement évoquées, les raisons mises en avant pour justifier l'irresponsabilité des personnes morales tiennent au fait que ces entités qui n'ont ni existence réelle, ni une volonté propre et dont l'objet social n'est pas la commission d'une infraction ne peuvent être des sujets pénaux. En outre, les peines privatives de liberté ne sont applicables qu'aux personnes physiques et le prononcé des peines pécuniaires porterait atteinte au principe de la personnalité des peines dans la mesure où elles atteindraient les membres du groupe.

Ces divers arguments ne résistent pas à la critique. La personne morale a une volonté propre, distincte de celle de ses membres, exprimée par ses organes. Il est possible de prévoir des peines d'amende, de fermeture d'établissement ou de dissolution applicables aux personnes morales. Toutes ces peines qui atteindront sans aucun doute les membres du groupement comme l'est la famille d'une personne

l'administration », in *Responsabilité pénale et activité des collectivités territoriales, Evolutions et interactions*, dir. H. RABAULT et P. TIFINE, L'Harmattan, 2011, p. 51.

⁷⁷⁰ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz ; H. RENOUT, *Droit pénal général*, Paradigme, 2009, p. 176 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, 15^e éd., n° 571.

⁷⁷¹ Voir C. ASSIRA ENGOUTE, « *Procédure pénale camerounaise et pratique des juridictions camerounaises* », Editions Clé, 2011.

physique condamnée pénalement touchent en premier lieu les droits et le patrimoine de la personne morale⁷⁷². Quant à l'objet social qui serait incompatible avec la commission d'une infraction, le constat est fait que diverses infractions sont liées de manière directe ou indirecte à l'objet ou l'activité de la personne morale. A titre d'exemple, on peut citer le cas de la Société camerounaise des dépôts pétroliers dans le drame qui a causé la mort et les blessures à plusieurs victimes à la suite d'une explosion de wagons-citernes contenant un liquide inflammable probablement en dépit des règles élémentaires de prudence et de sécurité. Il en est de même des agences de voyage dont la responsabilité pourrait être recherchée à la suite de divers accidents de la circulation dus à la fois au mauvais état des routes dont l'entretien incombe aux collectivités locales et au non-respect des règles de la circulation routière ou au mauvais entretien des véhicules. Les personnes morales, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, peuvent être à l'origine d'atteintes graves à la santé publique ou à l'environnement⁷⁷³ et sont souvent impliquées dans des opérations complexes de corruption, de blanchiment d'argent ou de terrorisme⁷⁷⁴ par la création de sociétés-écran. Dans ces situations, le responsable de l'entreprise peut être poursuivi ou remplacé sans que la société elle-même ne soit inquiétée.

L'irresponsabilité des personnes morales a également comme inconvénient de consacrer l'impunité des sociétés de nationalité étrangère qui commettraient des infractions sur le territoire camerounais et qui ne pourraient être poursuivies ni sur le territoire camerounais, ni au lieu de leur siège⁷⁷⁵. En raison du principe de la double incrimination, pour qu'une personne morale française soit poursuivie sur le territoire français, il faudrait que le droit camerounais incrimine les actes commis par les personnes morales et détermine les règles procédurales applicables.

En sanctionnant la personne morale, il ne s'agit pas de faire jouer la fonction rétributive de la peine. Il faut tenir compte du fait que les dirigeants sociaux recherchent une certaine efficacité économique. La sanction doit pouvoir jouer un rôle dissuasif et utilitaire lié au fait que la condamnation pénale peut être préjudiciable au groupement qui, afin d'éviter la publicité et les effets qui en découleraient, prendrait l'initiative de respecter la réglementation. Il en est de même du montant des amendes dont le taux peut être élevé par rapport à l'amende encourue par les personnes physiques. Il ne s'agit cependant pas de déresponsabiliser la personne physique dont les poursuites peuvent être cumulées avec celles intentées contre la personne morale.

⁷⁷² Certaines peines à caractère réel comme la fermeture d'établissement concernent non seulement le condamné et sa famille, mais aussi le titulaire du droit réel sur l'immeuble tel qu'un propriétaire ou un usufruitier, personne physique ou morale, alors même qu'il est étranger à la commission de l'infraction. Il suffit que l'établissement concerné par la mesure ait servi de lieu de commission de l'infraction.

⁷⁷³ R. BADINTER, « Présentation du projet du nouveau code pénal », *D.* 1998, p. 16 ; J. MOULY, « Responsabilité des personnes morales et le droit du travail », *LPA* 1993, n° 120, p. 33 ; O. SAUTEL, « La mise en oeuvre de la responsabilité des personnes morales », *D.* 2002, 1147

⁷⁷⁴ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

⁷⁷⁵ L'action publique exercée en France par les victimes camerounaises et l'association Sherpa contre la société Rougier dont la responsabilité était recherchée pour complicité de corruption commise au Cameroun a été jugée irrecevable au motif qu'il était impossible d'obtenir une condamnation de l'auteur principal par les juridictions camerounaises in Association Le Sherpa, *Les entreprises transnationales et leur responsabilité- sociétale* – Fiches pédagogiques, p. 82

2. Les dérogations à l'irresponsabilité des personnes morales en droit camerounais

Par dérogation au principe général posé par l'article 74 du code pénal camerounais, divers textes spéciaux envisagent de manière explicite, mais avec des portées différentes, la mise en cause pénale des personnes morales.

La loi n° 94/01 du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche prévoit que toute personne, physique ou morale, qui contrevient à ses dispositions, est responsable et passible des peines prévues à cet effet (art. 150 de la loi). La loi n° 2005/015 du 29 décembre 2005 relative à la lutte contre le trafic et la traite des enfants en son article 7 prévoit même le cumul de responsabilités des personnes physiques et morales.

D'autres textes en revanche ne prévoient qu'une responsabilité pécuniaire de la personne morale. La responsabilité pécuniaire n'implique pas une déclaration de culpabilité à l'encontre de la personne morale qui est seulement tenu de payer les amendes prononcées. La loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale précise que l'entreprise peut répondre solidairement du montant des amendes ou des frais prononcés contre la personne physique, auteur des infractions incriminées (art. 40 de la loi). L'article 78 de la loi n° 92/12 du 5 août 1996 relative à la gestion de l'environnement dispose que lorsque les éléments constitutifs de l'infraction proviennent d'un établissement industriel, commercial, artisanal ou agricole, le propriétaire, l'exploitant, le directeur, ou selon le cas, le gérant peut être déclaré responsable du paiement des amendes et frais de justice dus par les auteurs de l'infraction, et civilement responsable de la remise en l'état des sites. En l'absence de précision, on peut penser que cette disposition s'applique également au propriétaire ou à l'exploitant personne morale.

Sur le plan communautaire, le règlement 01/03-CEMAC-CM du 4 avril 2003 portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme en Afrique centrale précise en son article 46 prévoit que les personnes morales autres que l'Etat, pour le compte ou au bénéfice desquelles le blanchiment des capitaux a été commis par l'un des organes ou représentants sont punies sans préjudice de la condamnation de ces derniers comme auteurs ou complices de l'infraction. En excluant l'Etat de son domaine d'application, on peut en déduire que les autres personnes morales, de droit privé ou de droit public, pourraient être poursuivies pénalement⁷⁷⁶.

Ces textes sont insuffisants pour poser de manière générale la responsabilité des personnes morales et ne permettent pas d'avoir des indications en ce qui concerne les collectivités territoriales. Ils consacrent le principe de la spécialité de la responsabilité des personnes morales car la mise en cause pénale n'est envisagée que des infractions précises. Ils ne précisent pas toujours les modalités de mise en œuvre de cette responsabilité⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ A. RABANI, Pour une responsabilité des personnes morales en droit OHADA, *Ersuma* mars 2013, n° 2, p. 43.

⁷⁷⁷ Le nouveau code de procédure pénale camerounais est resté muet sur cet aspect, notamment quant de savoir qui représente la personne morale devant la justice ou la possibilité d'invoquer des faits justificatifs, si la personne morale est considérée comme auteur de l'infraction

B - La question de la responsabilité des personnes morales : un choix de politique criminelle

La question de la responsabilité des personnes morales est un choix de politique criminelle qui dépend de chaque législation. Lorsqu'on analyse des systèmes européens, deux grands systèmes apparaissent. Dans un des systèmes, l'irresponsabilité pénale des personnes morales est la règle, mais des sanctions administratives peuvent être prononcées même en cas de commission d'une infraction pénale (1). Dans l'autre, la personne morale est responsable dans les conditions prévues par la loi (2).

1 - Le recours à des sanctions administratives palliant l'irresponsabilité pénale des personnes morales

A l'instar du droit camerounais, d'autres législations n'envisagent pas la responsabilité pénale des personnes morales. Ces entités morales ne bénéficient cependant pas d'une totale impunité.

Le droit allemand ne reconnaît pas la responsabilité pénale des personnes morales. Le maire, représentant légal de la commune, peut voir sa propre responsabilité pénale mise en cause lorsque la commune commet une infraction. Selon l'article 14 du code pénal allemand, lorsqu'une personne physique agit comme représentant légal d'une personne morale, une loi qui justifie une sanction pénale est applicable au représentant si les éléments constitutifs de l'infraction, bien qu'absents de sa propre personne, sont réalisés chez la personne représentée.

L'irresponsabilité pénale des entités morales n'aboutit cependant pas à une irresponsabilité totale en cas de commission d'une infraction. En effet, le droit allemand prévoit un système de responsabilité administrative qui constitue une sorte de droit para-pénal⁷⁷⁸. A côté des crimes et des délits, le droit pénal allemand incrimine une autre catégorie d'infractions, les infractions administratives (*Ordnungswidrigkeiten*), dépourvues de tout caractère pénal⁷⁷⁹ et sanctionnées d'une amende dont le montant varie en fonction du caractère intentionnel ou non intentionnel de l'acte (section 30, loi allemande sur les infractions administratives). La responsabilité administrative peut aussi jouer en présence d'une infraction pénale commise pour le compte de la société ou par laquelle la personne morale tire ou est censée tirer un profit. L'amende administrative peut alors être prononcée contre la personne morale au cours de poursuites pénales engagées à l'encontre de personnes physiques. Ces règles s'appliquent aux personnes morales de droit public à l'exception de l'Etat (Bund et Länders)⁷⁸⁰.

En droit italien, l'article 27 de la Constitution pose de manière formelle le principe selon lequel la responsabilité pénale est personnelle. Elle n'est envisagée qu'à l'encontre des personnes physiques. La responsabilité des personnes morales ne

⁷⁷⁸ J. RIFFAULT-TRECA, « La répression administrative », *RSC* 1996, p. 262.

⁷⁷⁹ Mais la Cour européenne des droits de l'homme qualifie ces sanctions de matière pénale dès lors qu'elles ont un caractère punitif et exige l'application de principes de droit pénal général tels que le principe de la légalité ou le principe de proportionnalité des peines : Cour EDH, 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, JCP 1996, II, 22677 ; Cour EDH, 21 févr. 1984, *Östürk c/ RFA*, Req. n° 8544/79

⁷⁸⁰ J. WALTHER, « Le contrôle par le droit pénal de l'activité des personnes morales de droit public en Allemagne. Perspectives comparées », in *Responsabilité pénale et activités des collectivités territoriales*, op. cit. p. 111

peut être établie que sur le plan administratif. L'article 5 du décret-loi 231/2001 du 19 juin 2001⁷⁸¹ prévoit, en matière de fraude, concussion, corruption, faux, délits sociétaires et terrorisme international, la responsabilité des personnes morales pour des infractions commises par une personne agissant à titre de représentant, d'administrateur ou de dirigeant, une personne exerçant des pouvoirs de gestion et de contrôle ou une personne soumise à la direction ou contrôle de l'une des deux premières catégories. L'infraction doit être commise à l'avantage ou à l'intérêt de l'entité. La personne morale peut être responsable même si le contrevenant principal ne peut faire l'objet de poursuites. Le montant de la sanction pécuniaire est déterminé en fonction de la gravité des infractions. Il peut en outre être prononcé des sanctions complémentaires telles que la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement ou du siège social ou l'interdiction de se livrer à son activité ou de traiter avec l'administration publique. Le juge pénal est compétent et le code de procédure pénale est applicable pour la mise en œuvre de la responsabilité administrative.

2 - Les systèmes admettant la responsabilité pénale des personnes morales

Diverses législations européennes énoncent le principe de la responsabilité des personnes morales. Celle-ci est apparue pour la première fois en Angleterre d'abord comme une solution jurisprudentielle en 1842 qui a par la suite été consacrée par le législateur en 1889⁷⁸². Le mouvement s'est par la suite largement répandu en Europe⁷⁸³. Toutefois, les différents Etats qui prônent le principe de la responsabilité des personnes ne la prévoient pas nécessairement lorsqu'il s'agit des personnes morales de droit public.

a. Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales

En droit belge, toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense des ses intérêts ou celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte (art. 5 CP belge). La responsabilité de la personne morale est exclue si les personnes physiques profitent du cadre juridique et matériel du groupement pour commettre des infractions dans leur propre intérêt ou pour leur propre compte. Il n'est cependant pas nécessaire de prouver la commission d'une infraction par une

⁷⁸¹ Ayant pour objet la discipline de la responsabilité administrative des personnes morales et des associations même sans personnalité juridique

⁷⁸² S. GEEROMS, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *RIDC* 1996, p. 565 ; V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité des personnes morales et dérivés anthropomorphiques », *Rev. pénit.* 2009, n° 1, p. 69, J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais » *Dr. pén.* 1999, chron. N° 30, A.E. VERVAELE, « La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale au Pays-Bas. Historique et développement récents » *RPDP* 2002, p. 469 ; Voir art. 51 CP hollandais, art. 25 CP danois, art. 48-a et 48-B CP norvégien, art. 121-2 CP, art. 5 CP belge.

⁷⁸³ Le mouvement est appelé à s'accroître puisque le Comité des ministres du Conseil de l'Europe est en faveur d'une telle responsabilité dans la Recommandation R.88-18 relative à la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans leurs activités, même si elle n'est pas contraignante. D'autres textes comme la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, celle du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains ou la convention du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation et au financement du terrorisme prévoient également un tel régime responsabilité. Sur le plan international, on peut citer la convention des Nations-Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité organisée ; Lire également, les différents rapports de l'Organisation de coopération et de développement économique sur la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales.

personne physique individualisée au sein de la personne morale pour le comportement lui soit imputable. La réalisation de l'infraction résulte d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale ou d'une négligence. Le cumul des poursuites est possible lorsque la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement.

En droit français, la consécration de la responsabilité pénale des personnes a été l'une des principales réformes du nouveau code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994⁷⁸⁴. L'article 121-2 du code pénal dispose que les personnes morales sont pénalement⁷⁸⁵ responsables des infractions⁷⁸⁶ commises pour leur compte⁷⁸⁷ par leur organes ou représentants. Il s'agit d'une responsabilité indirecte, l'infraction devant être caractérisée en tous ses éléments sur la tête de l'organe ou représentant, personne physique. L'organe ou le représentant doit être identifié⁷⁸⁸, sauf lorsque l'infraction résulte d'une délibération collective⁷⁸⁹. Peu importe que l' élu y soit impliqué dès lors que l'infraction se rattache à ses missions⁷⁹⁰. Mais il n'est pas nécessaire que la personne physique, auteur de l'infraction, soit poursuivie ou condamnée⁷⁹¹. Il s'agit également d'une responsabilité par représentation, la personne morale étant représentée pendant la procédure une personne physique. La mise en cause pénale des personnes morales ne fait cependant pas obstacle à ce que les personnes physiques soient également poursuivies pénalement à titre d'auteur ou complice des mêmes faits⁷⁹².

S'agissant des peines applicables aux personnes morales, l'amende dont le taux est le quintuple de celui prévu pour les personnes publiques est toujours encourue, quelque soit la nature de l'infraction (art. 131-37 CP fr.). Les autres peines

⁷⁸⁴ J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La responsabilité pénale des collectivités territoriales », *AJCT* 2013, p. 138

⁷⁸⁵ J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, éd. L'harmattan, 2003 ; C. Puech, *Droit pénal général*, Litec 1988 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Thémis, 7 éd. 1999, n° 364 ; N. RONTCHEEVSK, M. COMPORTI, « Responsabilité pénale des personnes morales : la notion d'entité personnifiée », *LPA* 1996, n° 149, n° spéc. P. 7 ; A. Coeuret, « La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture », *RSC* 1992, p. 481.

⁷⁸⁶ La responsabilité pénale des personnes morales a d'abord été envisagée comme une responsabilité spéciale. Elle ne pouvait être recherchée que dans les cas prévus par la loi. Chaque texte d'incrimination devait préciser si elle s'appliquait aux personnes morales. Mais la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité l'a étendue à toutes les infractions. Cette disposition s'applique depuis le 1^{er} décembre 2005.

⁷⁸⁷ Crim. 18 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 28.

⁷⁸⁸ Crim. 1^{er} avr. 2014, pourvoi n° 12-86501 ; M. LOBE LOBAS, « Subdélégation des pouvoirs et responsabilité pénale de la personne morale », ss Crim., 25 mars 2014, n° 13-80376, *JAC* n° 143.

⁷⁸⁹ Crim. 1^{er} déc. 1998, *Bull. crim.* n° 325 ; 21 juin 2000, *Dr. pén.* 2000, n° 13 ; G. Roujou de Boubée, « La responsabilité des personnes morales », *RJC* nov. 2001, p. 14.

⁷⁹⁰ Crim. 14 déc. 2010, pourvoi n° 10-89591 : la responsabilité d'une collectivité peut être engagée territoriale pour homicide involontaire peut être engagée, alors qu'aucun élu n'est impliqué dans l'accident, dès lors que cet accident a été rendu possible par la vétusté de l'ouvrage et que les élus, bien informés de cette situation n'ont pris aucune mesure pour remédier.

⁷⁹¹ En matière d'infraction non intentionnelle par exemple, la personne physique est l'auteur indirect du dommage, elle ne peut être jugée responsable si elle a commis une faute simple alors qu'une telle faute peut entraîner la condamnation de la personne morale

⁷⁹² En cas de cumul des poursuites, un mandataire est désigné pour représenter les intérêts de la personne morale (art. 706-43 CP FR.).

criminelles ou correctionnelles sont l'interdiction une activité professionnelle ou sociale, la fermeture d'établissement, l'exclusion des marchés publics, l'affichage ou la diffusion de la décision (art. 131-39 CP fr.). La dissolution⁷⁹³, le placement sous surveillance judiciaire ou l'interdiction de faire appel public à l'épargne ne s'appliquent pas à l'encontre des personnes morales de droit public⁷⁹⁴. En matière de police, le juge peut prononcer l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, de la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit (art. 131-40 CP fr.). L'application de ces peines peut toutefois porter atteinte au principe de continuité du service public ou sont parfois incompatibles avec le fonctionnement de la commune⁷⁹⁵.

b. La situation des personnes morales de droit public

Alors que les personnes morales de droit privé peuvent sans exception faire l'objet de poursuites pénales, l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales ne va toujours pas de pair avec celle des personnes morales de droit public⁷⁹⁶.
L

Certaines législations excluent de manière expresse une telle responsabilité. En droit belge, ne peuvent être considérées comme des personnes morales l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les organes territoriaux intracommunaux, la commission communautaire française, la commission communautaire flamande, la commission communautaire et les centres publics d'aide sociale. Dans ce cas, seules les personnes physiques sont poursuivies.

D'autres législations prévoient la responsabilité des personnes morales de droit public. La responsabilité pénale de l'Etat est généralement exclue (art. 121-2 al 2 CP fr.)⁷⁹⁷, exclusion justifiée par le monopole de répression que détient l'Etat et sur la séparation des autorités⁷⁹⁸. S'agissant des collectivités territoriales, le risque pénal est limité afin d'assurer la continuité du service public.

Le droit luxembourgeois vise aussi bien les personnes morales de droit privé, à but lucratif ou non, que les personnes morales de droit public investies d'une mission d'intérêt général dès lors que l'infraction est commises au nom et dans l'intérêt du groupement par un des ses organes légaux ou représentants. Une commune peut voir sa responsabilité pénale engagée en cas d'infraction lorsqu'elle exerce une activité commerciale, une telle activité pouvant être définie comme celle qu'une entreprise privée pourrait effectuer à la place de la commune⁷⁹⁹.

⁷⁹³ La dissolution est possible si la personne morale a été créée dans le but de commettre des infractions

⁷⁹⁴ Les deux premières peines ne s'appliquent pas aux partis politiques ni aux syndicats professionnels.

⁷⁹⁵ Voir J.-C BONICHOT, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *Gaz. Pal.* 1999, p. 772.

⁷⁹⁶ E. PICARD, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application », *Rev. sociétés* 1993, p. 261.

⁷⁹⁷ F. MEYER, « Responsabilité pénale des personnes morales de droit public et applications jurisprudentielles », *RFDA* 1999, p. 520, E. Picard, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français : fondements et champ d'application », *Rev. sociétés* 1993, p. 261

⁷⁹⁸ F. DESPORTES, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 583.

⁷⁹⁹ N. THIELTGEN, « La responsabilité des personnes morales en droit luxembourgeois, loi du 3 mars 2010 applicable dès le 15 mars 2010 », *Droit belge.net*.

En droit français, les groupements d'intérêt public, les sociétés d'économie mixte, les entreprises nationalisées, les établissements publics sont responsables pénalement⁸⁰⁰. Les collectivités territoriales ne le sont que pour les infractions commises dans l'exercice des activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public à condition qu'elles les gèrent elles-mêmes en régie⁸⁰¹. La délégation peut être prévue par un texte comme en matière de gestion de crématoriums (art. L2223-40 CGCT), des services extérieurs de pompes funèbres (art. L2223-19 CGCT) ou de gestion des plages (art. L2213-23 CGPPP). La circulaire d'application du nouveau code pénal du 14 mai 1993 et divers réponses ministérielles⁸⁰² donnent aussi diverses indications quant aux activités déléguables. Il en est ainsi du ramassage des ordures ménagères, des transports en communs ou de distribution de l'eau, de la gestion des infrastructures aéroportuaires, de la gestion des fourrières, de la gestion de place sur les marchés, de la gestion des maisons de retraite. Le juge pénal considère que peut être déléguée l'exploitation ou la gestion d'un abattoir⁸⁰³, d'un parc⁸⁰⁴, d'un théâtre municipal⁸⁰⁵, d'une station de traitement de résidus urbains⁸⁰⁶. Si ces activités sont déléguées ou concédées, le concessionnaire ou le gérant est pénalement responsable⁸⁰⁷.

La responsabilité de la collectivité ou du groupement de collectivités ne peut être recherchée dans le cadre des activités non déléguables qui sont exercées au nom et pour le compte de l'Etat (état civil, délivrance des permis de construire). Il est de même pour celles qui sont spécialement confiées à une collectivité déterminée, telle que l'organisation des transports scolaires (art. L213-11 C. éduc.)⁸⁰⁸ ou celles qui ne peuvent faire l'objet de délégation par nature comme l'organisation de l'enseignement

⁸⁰⁰ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, Tome I, 7^e éd. 1997, n° 642.

⁸⁰¹ B. WERTENSCHLAG, "Mise en cause de la responsabilité pénale des collectivités territoriales et délégations du droit administratif", *JCP E* 1994, I, 465 ; M.-F. STEINLE FEUERBACH, « Infractions non intentionnelles et responsabilités pénales des collectivités territoriales : entre singularité et pragmatisme », *JCP G* 2007, I, 174 ; *Crim.* 2 avr. 2002, *Bull. crim.* n° 265 ; 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 371 ; 11 déc. 2001, *Bull. crim.* n° 265.

⁸⁰² Rép. min. n° 32824, *JOAN Q* 4 mars 1996, p. 1194 ; Rép. min. n° 3814, *JOAN Q*. 15 juil. 1996, p. 3861 ; Rép. min. n° 342, *JOAN Q* 2 sept. 2002, p. 2994

⁸⁰³ *Crim.* 23 mai 2000, pourvoi n° 99-80008 ; *Crim.* 10 déc. 2010, pourvoi n° 10-80591

⁸⁰⁴ *Crim.*, 7 sept. 2010, pourvoi n° 10-82119.

⁸⁰⁵ *Crim.*, 3 avr. 2002, pourvoi n° 01-83160 : est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation ; que, tel est le cas de l'activité ayant pour objet l'exploitation d'un théâtre.

⁸⁰⁶ CA Montpellier, 22 oct. 2002, n° 32/0046

⁸⁰⁷ *Crim.* 14 mars 2002, *Bull. crim.* n° 14 ; 23 mai 2002, *Bull. crim.* n° 200.

⁸⁰⁸ *Crim.* ; 6 avr. 2004, pourvoi n° 03-82394 ; *Crim.* 11 déc. 2001, pourvoi n° 00-87705 : L'obligation incombant à la région en vertu des articles L. 214-6 du Code de l'éducation et L. 231-1 du Code du travail de mettre les machines affectées à l'enseignement en conformité avec les prescriptions légales et réglementaires relatives à la sécurité des équipements de travail, participe du service de l'enseignement public et n'est pas, dès lors, en raison de sa nature même, susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale de la région ne peut, en conséquence, être recherchée à la suite de l'accident dont a été victime l'élève d'un lycée technique blessé par une machine non équipée du dispositif de protection imposé par la réglementation relative à la sécurité du travail.

public⁸⁰⁹. Ne peuvent non plus faire l'objet de délégations les activités qui supposent l'exercice des prérogatives de puissance publique (police administrative, constatation des infractions)⁸¹⁰. Toutefois, la jurisprudence française distingue l'exploitation d'un service public du transport scolaire qui est déléguable de son organisation qui ne l'est pas⁸¹¹.

Pour que la collectivité locale soit mise en cause pénalement, il faut que l'infraction soit commise par un organe ou un représentant, à savoir le maire, le conseil municipal ou l'élu local titulaire d'une délégation de pouvoir et qui a la capacité d'engager la commune pour les infractions commises dans le cadre de cette délégation.

De ce qui précède, il en résulte qu'il est tout à fait possible d'envisager une responsabilité des personnes morales pour des infractions pénales. Elle n'est pas nécessairement pénale. Elle peut être de nature para-répressive. Mais il s'agit d'une nécessité aux fins d'une tentative d'assainissement de la gestion des affaires publiques.

⁸⁰⁹ Crim. 12 déc. 2000, pourvoi n° 98-83969.

⁸¹⁰ CE 29 juil. 1983, dame Baffroy-Laffite, *Gaz.Pal* 1984, 1, p. 133 ; TA Versailles 17 janv. 1986, Commissaire de la République, Rec. p. 303.

⁸¹¹ Crim. 6 avr. 2004, pourvoi n° 03-82394 ; si l'exploitation du service des transports scolaires est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, il n'en va pas de même de son organisation, qui est confiée au département en application de l'article 29 de la loi du 22 juillet 1983, devenu l'article L. 213-11 du Code de l'éducation, et qui comprend notamment la détermination des itinéraires à suivre et des points d'arrêt à desservir

INTRODUCTION

1- Afin de ne pas rester en marge de la mondialisation, les Etats africains face à la tendance au regroupement des systèmes juridiques, cherchent à réaliser l'intégration⁸¹². C'est ce qui explique la poussée d'organismes d'intégration, aussi bien en Afrique Centrale qu'en Afrique de l'Ouest⁸¹³. Les Etats ne se contentant pas de simples unions douanières instituées à partir d'engagements réciproques pris dans le cadre de simples Traités de commerce⁸¹⁴, cherchent de manière substantielle à intégrer les économies nationales au sein d'un marché unique.

L'OHADA, organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, n'est pas éloignée de ces préoccupations intégrationnistes. Partant du constat du caractère disparate, diversifié et vétuste⁸¹⁵ du droit des affaires applicable dans les anciennes colonies françaises, l'idée d'une harmonisation couplée d'une modernisation du droit des affaires en Afrique est née. C'est ainsi que l'OHADA a vu le jour le 17 octobre 1993 à Port-Louis en île Maurice.

2- Les objectifs de l'OHADA apparaissent très vite dès le préambule du Traité de 1993 ainsi que du Traité révisé en 2008 au Québec. Il s'agit d'unifier, tout en

⁸¹² L'intégration selon P.F. GONIDEC, est « un processus et une situation qui, à partir d'une société internationale morcelée en unités indépendantes les unes des autres, tendent à leur substituer de nouvelles unités plus ou moins vastes, dotées au minimum du pouvoir de décision soit dans un ou plusieurs domaines, soit dans l'ensemble des domaines relevant de la compétence des unités intégrées ... » in, Les organisations internationales africaines, L'harmattan, Paris 1987, p. 54 ;V° également. A. DIOUF, *Propos introductifs lors de la troisième rencontre inter-juridictionnelle des cours communautaires de l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et l'OHADA*, Dakar 4,5,6 mai 2010.

⁸¹³ A cet effet, on a d'abord assisté à la mise en place d'ensembles régionaux africains dits « de première génération » caractérisés par une certaine inefficacité, créés avec des structures souples destinées à servir principalement de groupes de pressions diplomatique ou idéologique, parce qu'étant pour la plupart le fruit des sollicitations des partenaires politiques et financiers extérieurs, c'est le cas par exemple de la CEEAC ou encore de la CEDEAO, de l'UMA. Lire à cet effet, F. WODIE, *Les institutions régionales en Afrique occidentale et centrale*, préface de P.F. Gonidec, Paris, Bibliothèque africaine et malgache, t.IX LGDJ, pp. 6-12 ;E.CEREXHE et H. de BEAULIEU, « Introduction à l'union économique ouest africaine », Publ. C.E.E.I., éd. de Boeck, 1997, pp. 28-32 ; J. MOUANGUE KOBILA, « Les nouvelles dynamiques de l'intégration en Afrique », www.ohada.com, *Ohadata-D-11-15*, p. 12. Par la suite, une prise de conscience a amené les Etats à mettre en place de véritables communautés économiques notamment, la CEMAC en Afrique centrale, l'UEMOA en Afrique de l'Ouest. L'article 1 du traité instituant l'union économique et monétaire de l'Afrique est à cet effet assez révélateur, « La mission essentielle de la communauté est de promouvoir un développement harmonieux des Etats membres dans le cadre de l'institution de deux unions : une Union Economique et une Union Monétaire. Dans chacun de ces deux domaines, les Etats membres entendent passer d'une situation de coopération, qui existe déjà entre eux à une situation d'union... »

⁸¹⁴ Comme dans le cas de la CEEAC, L'UDEAC ou de la CEDEAO.

⁸¹⁵ Sur l'état du droit en Afrique noire francophone avant l'OHADA, voir K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites Affiches* n° 205, 2004, p. 4 ; P.-G. POUGOUE, préface à l'ouvrage de Mme Angeline F. NGOMO, *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun*, Yaoundé, 1^{ère} PUA, 1996.

modernisant la législation des pays de la zone franc⁸¹⁶ dans le domaine du droit des affaires, afin de créer un climat de confiance en faveur des économies. La finalité de l'OHADA est l'unification du droit pour « faire de l'Afrique un pôle de développement »⁸¹⁷. Ainsi, la sécurité juridique et judiciaire est l'objectif immédiat, tandis que le développement économique de l'Afrique est l'objectif à long terme. Toutefois, il faut relever que l'OHADA n'est pas la seule, ni la première entreprise d'élaboration d'un ordre juridique communautaire en Afrique, on peut citer l'OAPI⁸¹⁸, le CIPRES, la CIMA⁸¹⁹. Mais la spécificité de l'OHADA vient de son champ spatial et matériel

3- Sur le plan spatial, l'OHADA englobe les pays d'anciennes colonies françaises, espagnoles et belges de l'Afrique noire, aussi bien en Afrique de l'Ouest qu'en Afrique centrale. Il compte actuellement 17 pays avec l'adhésion récente du Congo⁸²⁰. Sur le plan matériel, l'OHADA vise à uniformiser le droit des affaires dans l'ensemble de ces pays. Les contours de ce droit des affaires ayant fait l'objet de plusieurs tergiversations restent encore à définir, l'OHADA ayant une conception large du droit des affaires⁸²¹.

4- Sa spécificité résulte également de ce que l'accent a été mis sur la supranationalité, qui permet d'introduire directement les normes dans l'ordre juridique interne des Etats-parties sous la forme d'Actes uniformes. Les Actes uniformes sont directement applicables dans les Etats et abrogent toute disposition antérieure ou postérieure contraire⁸²². A ce jour, neuf Actes uniformes ont été élaborés et d'autres sont en voie de préparation. Le dispositif mis en place permet de renforcer la sécurité juridique.

5- En effet, Le modèle d'intégration choisi par l'OHADA est radical, il s'agit d'uniformisation et non d'harmonisation⁸²³. L'adoption des Actes uniformes dans

⁸¹⁶ A l'origine, mais actuellement l'OHADA est ouvert aux pays de la Common Law.

⁸¹⁷ Préambule du Traité OHADA révisé.

⁸¹⁸ Organisation africaine de la propriété intellectuelle.

⁸¹⁹ V. A. AKAM AKAM, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in *Les mutations juridique dans le système OHADA*, L'harmattan, Yaoundé, 2009, pp.11 et ss.

⁸²⁰ Ces dix-sept pays sont : le Cameroun, la République centrafricaine, le Gabon, le Congo, la Guinée-équatoriale, la Guinée Bissau, le Tchad, le Niger, le Sénégal, le Mali, la Côte-d'Ivoire, le Togo, le Bénin, la République islamique des Comores, le Burkina-Faso, la République démocratique du Congo, la Guinée.

⁸²¹ Voir article 2 ancien et nouveau du Traité OHADA. Qui dispose que le droit des affaires inclurait « ...toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure... ».

⁸²² Selon l'article 10 du Traité OHADA, « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieur ou postérieur ». La rédaction ambiguë de cet article, a conduit l'Etat de la Côte d'Ivoire à demander à la CCJA un avis sur le sens à accorder à l'article 10 du Traité ainsi qu'à d'autres dispositions similaires contenues dans les différents actes uniformes, le 30 avril 2001, la CCJA a rendu un avis sur le sens à donner à ces dispositions. En vertu de cet avis, en plus de la supranationalité, l'article 10 contient une règle relative à l'abrogation des dispositions du droit interne ayant le même objet que le droit uniforme et contraires à celui-ci. V° également, F. ONANA ETOUNDI, « *Grandes tendances jurisprudentielles (de la Cour commune de justice et d'arbitrage en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA 1997-2010)* », Collection pratique et contentieux de droit des affaires, éd. Spéciale, octobre 2011, p. 258.

⁸²³ Dans le même sens, J. ISSA SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », Revue de droit uniforme, 1999, p. 6 ; J. PAILLUSSEAU,

l'espace OHADA, est l'œuvre d'une institution, le conseil des ministres de la justice et des finances⁸²⁴. Un auteur a affirmé qu'elle est placée sous le signe « *du réalisme, du gradualisme et de la concertation* »⁸²⁵. Selon l'article 6 du traité OHADA : « *les Actes uniformes sont préparés par le secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des Etats-parties. Ils sont délibérés et adoptés par le conseil des ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* ». L'initiative de l'Acte uniforme relève en réalité du secrétariat permanent. Dans la pratique, les commissions nationales ont été créées pour examiner les avant-projets. Dès lors que les Actes uniformes sont adoptés par le conseil des ministres, ils entrent en vigueur dans les 90 jours, sauf modalités particulières prévues par l'Acte uniforme lui-même. Ils sont opposables trente jours francs après leur publication au journal officiel de l'OHADA⁸²⁶. Ils sont immédiatement applicables dans les Etats-membres, sans autre procédure. Quid de la recherche de la sécurité judiciaire ?

6- L'OHADA a aussi entendu mettre un terme à l'insécurité judiciaire, en fiabilisant le système judiciaire. Etant donné qu'un environnement légal structuré ne permettrait pas à lui tout seul d'attirer les investisseurs⁸²⁷, il fallait aussi penser au volet judiciaire de la sécurité. Il l'a fait en instituant une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). La CCJA est l'interprète et le garant du droit OHADA. Les juridictions de fond sont au premier chef en charge de l'application du droit OHADA⁸²⁸. Néanmoins, le contrôle ultime de l'interprétation et de l'application du droit revient à la CCJA, qui joue le rôle d'une juridiction de cassation à l'exclusion des cours suprêmes nationales dans le domaine du droit uniformisé⁸²⁹. L'OHADA a ainsi institué son ordre judiciaire. Selon M. Cabrillac, l'ordre judiciaire est, « *l'ensemble des juridictions, placées sous le contrôle de la Cour de cassation et compétents pour connaître des litiges entre personnes privées, ainsi que du contentieux répressif* »⁸³⁰. Dans l'espace OHADA, cet ordre judiciaire est constitué par l'ensemble des

« Le droit de l'OHADA, un droit important et original », *ohadata* D-12-64 et Y.GUYON, « Conclusion journée OHADA de l'association Henri Capitant du 22 novembre 2002 », *Petites Affiches*, n° 205, p. 61. Penchent plutôt pour l'unification ; toutefois l'harmonisation n'est pas exclue des techniques d'intégration juridique, en ce sens V° M. GRIMALDI, « L'acte uniforme portant organisation des sûretés », *les Petites Affiches*, n° 205, 13 octobre 2004, p. 30.

⁸²⁴ Il est composé des ministres chargés de la justice et des finances des Etats membres, cf. articles 8, 27 et ss du Traité de l'OHADA.

⁸²⁵J. LOHOUES - OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *R.I.D.C* 3, 1999, pp. 543 et ss. ; une autre partie de la doctrine pense cependant que puisque les parlements ont été mis de côté dans l'élaboration du droit uniforme, « *Le législateur OHADA est un homme pressé* », V° P. BOUREL, « A propos de l'OHADA, libres propos sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rec. Dalloz*, 2007, n°4 p. 970.

⁸²⁶ V° article 9 du Traité OHADA.

⁸²⁷ B. COUSIN ; A. M. CARTRON, « La fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu à l'OHADA », www.ohada-com; *Ohadata* D-07-30.

⁸²⁸ Cela est une résultante de l'applicabilité immédiate et de l'effet direct du droit communautaire, V° A. PECHEUL, *Droit communautaire général*, Paris, Ellipses ; 2002, pp.122-123.

⁸²⁹ Article 14 et 15 du Traité OHADA révisé.

⁸³⁰R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du Vocabulaire juridique*, LexisNexis 2011, p. 351.

juridictions de fond placées sous le contrôle de la CCJA et compétentes pour connaître des litiges portant sur le droit des affaires entre les personnes privées.

La CCJA n'est pas seulement une juridiction supranationale ; elle est aussi un centre d'arbitrage. En effet, un arbitrage institutionnel a été créé sous son égide, avec la particularité qu'elle même contrôle les sentences arbitrales qui y sont rendues⁸³¹. L'OHADA a également uniformisé les procédures toujours dans le cadre de la sécurisation de l'environnement judiciaire. C'est ainsi qu'un Acte uniforme relatif à l'arbitrage, ainsi qu'aux voies d'exécutions et aux procédures collectives ont été adoptés⁸³².

7- Ces différents textes relatifs aux procédures dans l'espace conduit à se poser des questions sur l'existence d'un espace judiciaire OHADA. En fait, le législateur OHADA a sans le vouloir a créé un véritable ordre juridique propre⁸³³. L'ordre juridique peut d'abord être entendu comme les relations d'interdépendances qui existent entre les normes juridiques et les constituent en système⁸³⁴. On pourrait ensuite ajouter à cette définition partant de l'analyse de Santi ROMANO, « *Les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent les normes, sans s'identifier à elles* »⁸³⁵. Dans ce sens, l'ordre juridique englobe non seulement les normes et leurs rapports, mais la totalité du champ spatial ou se déploie le doit⁸³⁶. L'ordre juridique se déploie donc nécessairement dans un espace juridique, l'aspect judiciaire n'en constituant qu'une partie.

8- La question que l'on peut dès lors se poser, est celle de savoir si en recherchant l'instauration de la sécurité juridique et judiciaire, l'OHADA a mis sur pied un espace judiciaire OHADA ? Autrement dit, l'uniformisation de certaines procédures et l'institution d'une Cour suprême supranationale sont-ils constitutifs d'un espace judiciaire OHADA ? Pour répondre à cette question il faudrait définir la notion d'espace. Cela conduit à apporter certaines précisions sur la notion d'espace. Le mot « espace », désigne « *une aire géographique interétatique au sein de laquelle se développe sous certains rapports une collaboration des autorités inspirée par une politique commune* »⁸³⁷. L'OHADA constitue de ce point de vue un espace, parce qu'il existe une aire géographique, l'ensemble des pays membres de l'OHADA, dans lequel

⁸³¹ Cette double fonction administrative et juridictionnelle a été décrite par les auteurs notamment, P. LÉBOULANGER qui affirme que les fonctions administratives et juridictionnelles soient séparées, P.-G. POUGOUE va dans le même sens, seul M. BOURDIN pense que cette double fonction a des avantages incontestables ; V° R. BOURDIN, « Le règlement d'arbitrage de la CCJA », *RCA* n° 5, 1999, pp.10 et ss.

⁸³² Respectivement le 11 mars 1999, 10 avril 1998, et le 10 avril 1998.

⁸³³ L'ordre juridique est « *l'ensemble des règles de droit qui régissent une communauté humaine* », cette définition est de P.-G. POUGOUE, in « *Doctrine OHADA et théorie juridique* », *op.cit.* p. 12

⁸³⁴ Pour H. KELSEN, (*Théories pures du droit* 1934, Dalloz 1962, (p. 42) pour qui un ordre est un système de normes.

⁸³⁵ *L'ordre juridique*, 1946, Dalloz, p. 7.

⁸³⁶ V° J. CARBONNIER, (*Sociologie juridique*, P.U.F, Coll. Thémis 1978, pp. 203-204) pour qui le « système juridique » assimilé à « l'espace juridique » est le champ spatial et temporel où se produisent les phénomènes du droit.

⁸³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.* p. 412.

il y a une « collaboration des autorités inspirée par une politique commune »⁸³⁸. Cette collaboration est présente dans l'OHADA, notamment par le biais du Conseil des ministres des Etats-parties, ainsi que par la récente création d'une Conférence des chefs d'Etats⁸³⁹, et la politique commune est l'uniformisation du droit des affaires en vue de la réalisation de la sécurité juridique et judiciaire. L'espace peut être qualifié de juridique ? si l'on a en vue le champ de normes applicables, et de judiciaire si l'on met en exergue la collaboration entre les autorités judiciaires pour l'application des normes.

9- Force est de constater que si sur le plan juridique l'espace OHADA est plus ou moins constitué grâce à l'uniformité des règles juridiques applicables à l'ensemble des pays membres⁸⁴⁰, on peut douter de l'existence réelle d'un espace judiciaire OHADA. De nombreuses lacunes continuent d'émailler ce qu'on peut qualifier d'espace judiciaire OHADA. Il s'agira donc tout au long de l'étude de présenter les acquis de l'espace OHADA sur le plan judiciaire, mais aussi d'analyser les manquements, afin que l'OHADA puisse parvenir à l'instauration d'un véritable espace judiciaire gage d'une sécurité judiciaire. En effet la sécurité judiciaire recherchée par l'OHADA ne saurait être atteinte s'il n'ya à proprement parler un espace judiciaire⁸⁴¹. La sécurité judiciaire implique la confiance du justiciable en la justice, la garantie de la sanction effective et équitable des droits subjectifs⁸⁴²; tandis qu'un espace judiciaire suppose qu'il y'ait une collaboration entre les différents systèmes juridiques. S'il est vrai qu'un espace judiciaire OHADA est perceptible (I), il n'en demeure pas moins qu'il est encore perfectible(II).

I- L'EMERGENCE PERCEPTIBLE D'UN ESPACE JUDICIAIRE

10- L'espace judiciaire OHADA se présente comme une pyramide. Les juges de fond des juridictions nationales sont juges de droit commun du droit communautaire OHADA. Une juridiction est qualifiée de droit commun lorsqu'elle « a vocation à connaître de toutes les affaires à moins qu'elle n'aient été attribuées par la loi à une autre juridiction »⁸⁴³. En d'autres termes, comme le dit M. Roger PERROT, les juridictions de droit commun sont celles qui « ont une compétence de principe pour connaître de tous les litiges, sans qu'il soit besoin d'une loi spéciale pour les investir

⁸³⁸ *ibid*

⁸³⁹ Cf. le traité révisé OHADA au Québec en 2008.

⁸⁴⁰ V° l'autre définition de la notion d'espace donnée par J-M TCHAKOUA, in « L'espace dans le système d'arbitrage de la Cour Commune de justice et d'Arbitrage », *penant*, janvier-Mars 2005, p. 842 ;

⁸⁴¹ La mission confiée au groupe de travail dirigé par M.Keba M'BAYE avait pour fil conducteur la, « réalisation de la sécurité juridique et judiciaire dans le but de favoriser le développement de l'esprit d'entreprise », in K.M'BAYE, « Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires », Avant-propos de la revue *Penant*, n° 827, 1998, spécial OHADA, p.126.

⁸⁴² J.KAMGA, « Réflexions concrètes sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique OHADA », D-12-85, p.4.

⁸⁴³ G. CORNU, *vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9^e éd., 2011, p.585.

du pouvoir de juger de telle ou de telle affaire »⁸⁴⁴. Tandis que, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, constituée au sommet de la pyramide la Cour de cassation supranationale (A), comme conséquence de cela, les décisions de la CCJA bénéficient d'une force exécutoire communautaire(B).

A : La structure pyramidale de l'espace judiciaire OHADA

11- Dans la structure de l'espace judiciaire OHADA, les juges nationaux constituent au bas de la pyramide ceux qui sont chargés d'appliquer le droit OHADA. Ce sont les juridictions de fond. Le juge national doit se rappeler que ce droit partagé par plusieurs pays, poursuit une finalité précise, celle de la création d'un espace juridique intégré. La bonne application du droit OHADA constitue donc une obligation pour le juge national, même s'il apparaît que les juges nationaux développent beaucoup de réticences à appliquer le droit communautaire⁸⁴⁵. Cette application du droit OHADA reste néanmoins une obligation pour le juge, particulièrement les juges de fond (1), cette application est contrôlée par la CCJA(2).

1-L'application du droit OHADA par les juges de fond

12- Les juges de fond des différents Etats-parties sont chargés d'appliquer le droit OHADA, cela relève pour eux d'une obligation.

13- Les juges de fond nationaux ont l'obligation d'appliquer le droit OHADA. Cette obligation trouve son fondement dans l'applicabilité immédiate de ce droit, qui présente les caractéristiques d'un droit communautaire. En effet, l'applicabilité immédiate implique qu'il intègre de plein droit l'ordre juridique des Etats, sans qu'il soit besoin de respecter au préalable une procédure spéciale d'introduction et de réception⁸⁴⁶. En réalité, le droit communautaire n'est pas un droit extérieur aux Etats-membres de la communauté. Le droit communautaire selon M. Guy ISAAC « *postule le monisme et en impose le respect par les Etats-membres* »

14- L'applicabilité immédiate permet de distinguer le droit communautaire du droit international ordinaire. En effet, le droit international ne règle pas lui-même les conditions dans lesquelles « *les normes contenues dans les traités doivent être intégrées dans l'ordre juridique des Etats...* »⁸⁴⁷. En d'autres termes, l'introduction du droit international dans l'ordre juridique interne se fait dans le respect de l'autonomie constitutionnelle des Etats⁸⁴⁸, précisément selon leur adhésion à la conception moniste ou dualiste des rapports entre le droit interne et le droit international.

⁸⁴⁴ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris Montchrestien, 8^e éd., 1998.

⁸⁴⁵ Sur ce constat, voir O. TOGOLO, « Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif », *Juridis Périodique* n° 63, 2005, pp.76-87.

⁸⁴⁶ D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *SFDI*, colloque de Bordeaux, droit international et droit communautaire, perspective actuelles, Paris Pédone, 2000, pp. 236-237.

⁸⁴⁷ Ibid., p.161.

⁸⁴⁸ Sur ce principe, voir M. KAMTO, « Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle », *Rec. des cours de l'académie internationale de droit constitutionnel*, vol. 8, 2000 pp.127 et s.

15- Au niveau de l'OHADA, lorsqu'on évoque l'applicabilité immédiate, on pense bien évidemment aux Actes uniformes. L'article 10 du Traité de l'OHADA est à cet égard fortement suggestif lorsqu'il dispose que « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties...* » La conséquence qu'il faut tirer de l'article 10 est que, les Actes uniformes, une fois qu'ils sont entrés en vigueur suite à leur publication au journal officiel de l'OHADA, n'ont plus besoin d'être réceptionnés. C'est pourquoi le nouvel article 9 du Traité de l'OHADA qui exige que les Actes uniformes soient publiés au journal officiel des Etats-parties ou par tout autre moyen approprié précise que cette formalité supplémentaire n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur des Actes uniformes.

Eu égard ce qui précède, il ressort que les juges nationaux n'ont aucune raison de ne pas appliquer le droit OHADA. Car, celui-ci, parce qu'il intègre directement l'ordre juridique des Etats, doit être appliqué par les juges nationaux au même titre que le droit national. Cette obligation s'impose au juge d'autant plus que ce droit est doté d'un effet direct.

16- L'effet direct du droit communautaire signifie que ce droit crée des droits et des obligations dans le patrimoine des particuliers qui peuvent s'en prévaloir. En droit communautaire européen, la CJCE affirmait dans les premières années de son existence que « *l'objectif du traité CEE qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants... que partout, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats-membres, de même qu'il crée des charges dans le Chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* »⁸⁴⁹

17- En d'autres termes, comme le relève M. Armel PECHEUL, l'effet direct du droit communautaire signifie que ce droit « *complète directement le patrimoine juridique des particuliers en créant à leur égard des droits ou des obligations dans leurs rapports avec d'autres particuliers ou dans leurs relations avec l'Etat dont ils sont les ressortissants* »⁸⁵⁰. Sans doute, l'effet direct n'est pas inconnu du droit international ordinaire, mais contrairement au droit communautaire où cet effet est la règle dans le droit international ordinaire, l'effet direct ne s'analyse que comme une exception ; car, les traités ordinaires sont présumés n'engendrer des droits et des obligations qu'à l'égard des Etats-parties⁸⁵¹. Il est donc acquis que les principaux sujets du droit communautaire sont les particuliers.

Ainsi, le juge national se trouve contraint d'appliquer le droit OHADA du fait non seulement de l'application immédiate et de l'effet direct du droit communautaire, mais aussi du fait de la primauté du droit communautaire sur les législations nationales.

⁸⁴⁹ CJCE, 5 février 1963.

⁸⁵⁰ A. PECHEUL, *Droit communautaire général*, Paris, Ellipses, 202, pp.122-123.

⁸⁵¹ Ibid., p.124.

18- La primauté du droit OHADA sur les législations nationales est affirmée par l'article 10 du Traité OHADA qui dispose que « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure* ». Cette primauté tire son fondement théorique dans l'autonomie du droit communautaire⁸⁵², et au plan pratique par le souci d'assurer l'application uniforme et effective du droit communautaire dans l'ensemble des Etats-parties.

19- En effet, l'objectif de l'OHADA étant l'unification du droit des affaires de ses Etats-membres, celui-ci ne peut être atteint si ses dispositions peuvent être écartées dans certains Etats parce que réputées contraires aux normes nationales⁸⁵³. Le droit « communautaire » OHADA, perdrait ainsi de sa nature, tandis que sa fonction intégratrice aux plans économiques et juridiques serait irréalisable, si son application pouvait varier d'un Etat à un autre, en raison des dispositions nationales de chaque Etat. De plus, comme le relève Robert GARRON, la primauté du droit communautaire « *constitue la seule garantie pour les Etats-membres qui ont renoncé à certains de leurs compétences. Ces Etats n'ont accepté de limiter leur autonomie que pour se soumettre à une règle commune, effectivement appliquée par tous. S'il en était autrement, le traité pouvait être valablement dénoncé* »⁸⁵⁴. La primauté du droit communautaire sur les droits nationaux relève par conséquent « *d'une véritable nécessité fonctionnelle* » d'une exigence essentielle.

20- La primauté du droit OHADA affirmée dans son article 10, a été confirmée par la CCJA à l'occasion d'un avis consultatif qui lui avait été demandé par l'Etat ivoirien sur la portée de l'article 10. La CCJA a clairement affirmé que l'article 10 du Traité comportait une règle de supranationalité parce qu'instituant une suprématie des Actes uniformes sur les dispositions de droit interne antérieur ou postérieur⁸⁵⁵. La position de la CCJA mérite d'être approuvée dans la mesure où elle constitue une garantie de l'application effective et uniforme des Actes uniformes. Toutefois, on peut regretter que la CCJA n'ait pas expressément visé la constitution car, des juges pourraient en s'appuyant à tort sur le fait que par la suite, la cour précisant la portée abrogatoire des Actes uniformes, parle de « *dispositions d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne* », réduire la supériorité des Actes uniformes aux lois et règlements. C'est ainsi que contrairement à ses homologues Sénégalais et Béninois⁸⁵⁶, le juge constitutionnel Congolais avait jugé que les pouvoirs exorbitants de la CCJA sont contraires à la loi fondamentale du 24 octobre

⁸⁵² Cf. S. P. LEVOA AWONA, Thèse préc., pp. 28-35.

⁸⁵³ J. M. NTOUTOUME, « La force obligatoire des conventions internationales de droit économique et communautaire », séminaire de sensibilisation, disponible sur www.ahjucaf.org.

⁸⁵⁴ R. GARRON, « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, n°1, 1969, p.32.

⁸⁵⁵ Cf. CCJA, avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001.

⁸⁵⁶ Au Sénégal, le conseil constitutionnel a considéré que même si es articles du traité avaient prescrit un véritable abandon de souveraineté, ils ne seraient pas inconstitutionnels. Au Bénin, la cour constitutionnelle avait jugé qu'un abandon partiel de souveraineté dans le cadre du traité ne saurait constituer une violation de la constitution.

1997. En effet, ayant été saisie par le ministre de la justice pour contrôler la conformité du Traité OHADA à la constitution congolaise ; dans un avis du 1^{er} octobre 1998, elle avait estimé que « *les articles 14 alinéa 3, 4 et 5 ; 16 ; 18 ; 20 ; 25 alinéa 2 du traité encourent le grief de ne pas être conformés à la constitution, notamment en ses articles 71 et 72* »⁸⁵⁷.

21- On peut dire que c'est essentiellement par la fonction juridictionnelle que le Traité de l'OHADA entend assurer l'efficacité de l'imbrication des ordres juridiques OHADA et national. C'est en effet au juge que revient le soin de garantir les deux caractéristiques qui gouvernent l'OHADA à savoir : d'une part l'application directe et obligatoire des Actes uniformes dans les Etats-parties, et d'autre part, leur primauté sur les dispositions antérieures ou postérieures. Tant l'effet direct du droit OHADA que sa primauté interpelle avant tout le juge interne. C'est lui qui, avant la Cour commune de justice et d'arbitrage, garantit la primauté de la norme OHADA sur la norme interne et constitue un pilier fondamental dans la réalisation de l'espace OHADA.

22- A cause de la place et du rôle des juridictions nationales dans le dispositif de l'OHADA, la formation des juges a été une préoccupation majeure des rédacteurs du Traité qui ont institué à cet effet une école régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA). Selon les termes de l'article 41 du Traité OHADA révisé, cette école est un établissement « *de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires* ». Ce nouvel article est venu remplacer l'ancien dont la formulation était : « *il est institué une école régionale supérieure de magistrature qui concourt à la formation et au perfectionnement des magistrats et auxiliaires de justice des Etats-parties* ». Cet article a certainement été modifié pour élargir le rôle de l'ERSUMA, non seulement à la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, mais aussi à tous les autres personnels parajudiciaires, les personnes du secteur privé qui se trouvent confrontés au droit uniforme des affaires, ou les fonctionnaires chargés d'œuvrer dans ou avec des organisations internationales. Ainsi le nouvel article 41 ne limite pas le rôle de formation de l'ERSUMA aux seuls personnels judiciaires et auxiliaires de justice, comme cela a été proposé par la doctrine⁸⁵⁸. En plus, ce nouvel article fait de l'ERSUMA un centre de recherche pour les chercheurs des Etats-parties.

23- Ainsi, par la formation des magistrats et auxiliaires de justice, l'ERSUMA joue un rôle important dans la bonne application du droit uniformisé par les juridictions nationales du fond, car le personnel judiciaire est formé de la même façon et dans les mêmes conditions quel que soit le pays auquel il appartient. L'OHADA repose en grande partie sur les juges nationaux. Il serait donc préférable d'instaurer une formation systématique des juges nationaux à l'ERSUMA. Certes, les modalités d'une telle formation devront être examinées par l'ERSUMA, notamment

⁸⁵⁷ Voir P. MAMOUDOU, note sous cour suprême, 1^{er} octobre 1998, *Penant*, janvier – mars 2002.

⁸⁵⁸ V. J. ISSA SAYEGH, P. G. POUGOUE, Communication, "L'OHADA: défis, problèmes et tentatives de solutions", *Rev. Dr. Unif.* 2008, pp.455 – 476, plus préc. p.461.

en ce qui concerne le coût d'une telle formation. A défaut, on peut déjà saluer l'initiative de l'ERSUMA d'organiser régulièrement des séminaires de formation dans les pays. Séminaires qui regroupent les magistrats et autres praticiens des différents pays.

2 : Le contrôle de l'application du droit OHADA par la CCJA

24- L'unification du droit ne peut avoir de réelle efficacité que si elle est suivie de l'application uniforme du droit unifié par les juges. La formule est bien connue : « *un droit uniforme appelle une jurisprudence uniforme* »⁸⁵⁹. L'application uniforme du droit ne relève pas d'une génération spontanée, mais elle est essentiellement tributaire de paramètres techniques. L'OHADA a choisi comme technique du contrôle de l'application du droit uniforme le recours en cassation. L'analyse de cette technique précèdera le débat sur l'efficacité de cette technique, dans l'uniformisation du droit uniforme.

25- La technique du recours en cassation est une méthode forte car, elle postule un abandon de souveraineté au plan judiciaire des Etats parties. De ce fait, la CCJA se substitue aux juridictions nationales de cassation et aux juridictions nationales de fond par le pouvoir d'évocation.

26- Afin de bien cerner la substitution de la CCJA aux juridictions de cassation nationales, il faudrait d'abord connaître l'organisation judiciaire des Etats-parties. Dans les pays membres de l'OHADA, la fonction juridictionnelle qui est un attribut de la souveraineté de l'Etat est assumée et exercée par l'ensemble des juridictions qui forment dans certains pays le pouvoir judiciaire⁸⁶⁰. C'est ainsi que l'article 37 alinéa 2 de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 dispose que « *le pouvoir judiciaire est exercé par la cour suprême, les cours d'appels, les tribunaux* ». De même, la constitution gabonaise du 29 mars 1991 dispose : « *la justice est rendue au nom du peuple gabonais par la cour constitutionnelle, la cour judiciaire, la cour administrative, la cour des comptes, les cours d'appels, les tribunaux, la haute cour de justice et les autres juridictions d'exception* ».

Pour éviter les interprétations divergentes d'une même règle de droit dans un même Etat, les juridictions nationales sont organisées sur le modèle hiérarchique. Il y a ainsi d'un côté les juridictions inférieures qui jugent en fait et en droit et de l'autre, les juridictions suprêmes, en principe juges du droit qui sont chargés d'unifier l'interprétation de la règle de droit par les juridictions inférieures. Le rôle d'unification du droit a très tôt été reconnu à la cour de cassation⁸⁶¹, cela constitue sa mission essentielle. Sur un plan symbolique, les juridictions suprêmes nationales

⁸⁵⁹ TG DE LAFOND, « Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *gaz. Pal.*, sept. 1995, p.2., cité par D. ABARCHI, « La supranationalité de l'organisation pour l'organisation en Afrique du droit des affaires », *op.cit.*, p.16.

⁸⁶⁰ Exemples : le Cameroun où le titre V de la constitution du 20 janvier 1996 est intitulé « Du pouvoir judiciaire » ; la république du Congo où le titre VIII de la constitution du 20 janvier 2002 est intitulé « du pouvoir judiciaire » ; le Sénégal où le titre VIII de la constitution est intitulé « du pouvoir judiciaire ».

⁸⁶¹ J.CHEVREAU, « La cour de cassation gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la cour de cassation*, paris, la documentation française, 1994, p85-90, plus spéc. p.85.

sont ainsi l'incarnation la plus solennelle de la souveraineté des Etats en matière judiciaire.

27- L'avènement de l'OHADA est venu modifier ce schéma traditionnel. D'abord les juridictions nationales de fond sont devenues les juges de droit commun dans les litiges relatifs à l'application et à l'interprétation des Actes uniformes⁸⁶². Ensuite, lorsqu'elles appliquent le droit OHADA, au lieu d'être placées sous le contrôle normatif des juridictions nationales de cassation, les juridictions de fond sont placées sous le contrôle normatif de la CCJA⁸⁶³. Ceci alors que dans plusieurs constitutions des pays de l'OHADA, il est prévu une juridiction nationale suprême en matière judiciaire. C'est ainsi que l'article 147 de la constitution du Tchad dispose que « *il est institué un seul ordre de juridiction dont la cour suprême est l'instance suprême* ».

28- Cela nous amène à constater que les juridictions suprêmes nationales en matière judiciaire ont été dépouillées de leur pouvoir de dire le droit lorsque l'application des Actes uniformes est en cause. Ainsi, les dispositions nationales constitutionnelles qui instituent une juridiction suprême nationale en matière judiciaire doivent être modifiées pour mentionner l'exception qui existe en matière de contentieux des Actes uniformes.

En effet, l'article 20 in fine du Traité OHADA doit être compris comme accordant une compétence exclusive à la CCJA en qualité de juridiction suprême du contentieux des Actes uniformes. A cet effet, elle rend des décisions qui s'imposent à toutes les juridictions nationales inférieures, et aux cours suprêmes nationales. Les décisions de la CCJA qui seraient rendues en dehors des limites de sa compétence matérielle devraient par conséquent être dépourvues de tout effet contraignant. Ajouté à cela le fait que la CCJA, elle-même ne se reconnaît pas compétente pour connaître des recours en cassation formés contre les décisions des juridictions suprêmes nationales⁸⁶⁴. On ne voit pas pourquoi on soutiendrait la thèse de la supériorité de la CCJA sur les juridictions suprêmes nationales. La CCJA coexiste avec les juridictions de cassation nationales et ne peut en aucun cas être considérée comme supérieure à celle-ci étant donné que leurs domaines d'interventions sont délimités.

29- Par ailleurs, la CCJA s'est substitué aux juridictions nationales de fond. Celle-ci se manifeste dans le pouvoir d'évocation de la CCJA. Au départ, le pouvoir d'évocation était reconnu uniquement aux juridictions d'appel. Mais, depuis quelques années, on observe une tendance des pays de l'OHADA à étendre l'évocation aux juridictions de cassation. Devant les juridictions d'appel, l'évocation se définit comme « *une faculté qui appartient au juge du deuxième degré, saisi de l'appel de certains jugements de première instance, de s'emparer de toute l'affaire et*

⁸⁶² B. BOUMAKANI, « Le juge interne et le droit OHADA », *Penant*, n° 839, 2002, pp.133-152.

⁸⁶³ Article 14 et s. du Traité OHADA révisé.

⁸⁶⁴ V. CCJA, arrêt n° 005/2003 du 24 avril 2003, caisse d'assistance médicale en Côte d'Ivoire dite CAMCI C/ Assistance médicale et sociale de Côte d'Ivoire dite AMSI, in ONANA ETOUNDI et JM MBOCK BIULA, pp.70-74.

de statuer sur le tout, c'est-à-dire sur l'appel et sur le fond du procès, par une seule et même décision »⁸⁶⁵. L'évocation a ses origines en droit français. Dans les réformes de 1972, la doctrine fondait le pouvoir d'évocation des juridictions du deuxième degré sur l'idée de suspicion envers les juges du premier degré. C'est pourquoi l'évocation était subordonnée à l'infirmité de la décision des juges du premier degré. Il se peut que les juges du premier degré soient mécontents de l'infirmité de leur décision par les juridictions d'appel. Si par la suite, la même affaire était renvoyée à ces juges, il y avait un risque de voir ces derniers refuser de s'incliner devant la solution des juges d'appel⁸⁶⁶.

C'est certainement cette suspicion qui a conduit le législateur OHADA à consacrer le pouvoir d'évocation à l'égard des décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales de fond. En effet, le législateur craignait certainement qu'en cas de cassation d'une décision rendue en dernier ressort par une juridiction nationale, on ne sache véritablement pas vers quelle juridiction nationale renvoyer l'affaire. Devant la juridiction qui a rendu la décision ? Avec le risque qu'elle ne suive pas les directives de la CCJA, ou devant une autre juridiction située dans le même pays⁸⁶⁷ ? Devant ce dilemme, le législateur a préféré opter pour l'évocation de la CCJA.

30- Aux termes de l'article 14 alinéa 5 du Traité de l'OHADA, lorsque la CCJA casse un jugement ou un arrêt des juridictions nationales de fond, elle doit évoquer et statuer sur le fond. Ainsi, à la substitution de la CCJA aux juridictions nationales de cassation, s'ajoute la substitution de la Cour Communautaire aux juridictions nationales de fond. Le pouvoir d'évocation de la CCJA constitue ainsi pour la doctrine « l'acte caractéristique de l'abandon de souveraineté des juridictions nationales du fond »⁸⁶⁸. Il est une attribution que possède une juridiction dans tous les cas où elle est saisie, d'examiner complètement le dossier d'une affaire, de le réformer, de corriger les erreurs de qualification des juges primitivement saisis, de relever toutes les circonstances légales qui accompagnent les faits⁸⁶⁹. Comme l'observe M. GUYENOT, la juridiction qui évoque : « se trouve dans la situation du maître ou du père de famille qui, mécontent du travail de l'élève prend sa place pour le refaire entièrement, ou l'achever avec plus de savoir ou d'autorité. Il évoque pour terminer l'affaire et rendre lui-même la décision qui s'impose⁸⁷⁰. »

31- L'évocation apparaît donc comme un moyen efficace dont dispose la juridiction supranationale pour élargir sa saisine et accéder à une plénitude de juridiction sur l'affaire. Elle occupe la même situation que si elle avait été saisie directement et entièrement de l'affaire par voie de transmission de pièces.

⁸⁶⁵ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris Dalloz, 27^e éd., 2003, n° 1439.

⁸⁶⁶ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *op.cit.*, 20^e éd. n° 966.

⁸⁶⁷ Pour ces questions, voir B. DIALLO, « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du traité de l'OHADA », www.ohada.com, ohadata-D-07-23.

⁸⁶⁸ Ibid.

⁸⁶⁹ Cependant, on doit distinguer l'évocation de notions voisines telle que la dévolution.

⁸⁷⁰ J. GUYENOT, « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, n°3-1964, p561 et s.

32- Cependant, plusieurs critiques ont été faites à l'endroit du pouvoir d'évocation tel qu'organisé par l'OHADA. On lui a par exemple reproché de sacrifier les droits des plaideurs. La raison en est que lorsqu'elle évoque et statue sur le fond, elle a moins de pouvoirs qu'une juridiction de renvoi. Car la cassation implique l'obligation pour le juge suprême de renvoyer le litige aux juridictions de fond. La juridiction de renvoi peut être soit la juridiction qui a rendu la décision cassée, mais composée d'autres magistrats, soit une autre juridiction de même ordre, de même degré ou de même nature que celle qui avait rendu la décision cassée. Dans les droits processuels nationaux, la cassation a pour conséquence de replacer les plaideurs dans la situation qui était la leur avant l'arrêt de cassation. Devant la juridiction de renvoi, l'instance est reprise au stade de la procédure qui n'est pas atteint par la cassation. En fait, comme en droit la juridiction de renvoi jouit d'une grande liberté.

33- Or, la CCJA lorsqu'elle évoque ne jouit pas de la totalité des pouvoirs reconnus à la juridiction de renvoi. Ainsi, les plaideurs sont privés devant la CCJA de la faculté d'émettre de nouvelles prétentions ou de développer de nouveaux moyens. C'est pour toutes ces raisons que des propositions ont été faites par la doctrine pour réformer le pouvoir d'évocation⁸⁷¹.

34- Sans revenir sur la pertinence des solutions proposées⁸⁷², l'on constate que le choix de la méthode du recours en cassation a suscité beaucoup de remous en doctrine et même en jurisprudence, c'est pourquoi la technique du renvoi préjudiciel a été proposée par M. MEYER⁸⁷³. Or le renvoi préjudiciel, pourrait présenter plus d'inconvénients que d'avantages. La véritable difficulté que suscite le recours en cassation est, le cas des recours soulevant à la fois des questions relevant du droit OHADA et du droit interne. A ce problème la doctrine s'est attelée à proposer diverses solutions⁸⁷⁴.

B- Le rayonnement des décisions de la CCJA

35- La force exécutoire des arrêts de la CCJA se manifeste à deux niveaux : les arrêts de la CCJA sont dispensés de l'exequatur pour être exécutés ce qui donne à leur exécution un caractère transfrontalier (1), tandis que les sentences arbitrales rendues sous son égide bénéficient d'un exequatur communautaire (2)

⁸⁷¹ Pour la synthèse des solutions proposées V° F.ONANA ETOUNDI, *Grandes tendances jurisprudentielles (de la cour commune de justice et d'arbitrage en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA 1997-2010)*, collection « pratique et contentieux de droit des affaires », éd. spéciale, octobre 2011, p. 25.

⁸⁷² Pour l'analyse et la critique de ces solutions, voir S. P. LEVOA AWONA, *La répartition des compétences, dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC*, Thèse, préc. pp. 95 et s.

⁸⁷³ P. MEYER, art préc.

⁸⁷⁴ A cet effet lire, B.BAYO BYBI, *Le rôle de la cour commune de justice et d'arbitrage, dans la sécurisation de l'espace OHADA*, Thèse, Caen, 2009, p.142 et s ; S.P.LEVOA AWONA, Thèse préc n° 419 et s ; A.F.TJOUEN, Thèse préc.n°338 et ss.

1- L'exécution transfrontalière des arrêts de la CCJA

36- L'article 20 du Traité OHADA dispose que, « *les arrêts de la cour commune de justice et d'arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales* ». Cet article est la manifestation même des effets reconnus aux arrêts de la CCJA. En réalité ces derniers sont assimilés aux décisions juridiques nationales et le législateur leur a octroyé des attributs reconnus aux décisions internes⁸⁷⁵. Tant que leur régularité n'a pas été contrôlée, les jugements étrangers ne bénéficient en réalité d'aucune autorité de la chose jugée⁸⁷⁶ pas plus que de la force exécutoire.

37- Mais qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? La définition de cette notion a créé beaucoup de remous en doctrine, plusieurs travaux lui ont été consacré⁸⁷⁷, mais un accord n'a pas encore été trouvé ni sur sa nature ni sur sa définition.

38- En ce qui concerne la nature de l'autorité de chose jugée, les auteurs de plus en plus nombreux la considèrent comme un attribut et non comme un effet du jugement. Pour M. pierre MAYER par exemple, « *l'autorité de chose jugée qu'elle soit ou négative ou positive n'est qu'un attribut du jugement : l'impossibilité de le remettre en cause...* »⁸⁷⁸. L'argument avancé par les partisans de cette thèse est que l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire sont directement attribués par le droit objectif alors que les effets du jugement résultent du travail du juge et est l'effet de sa volonté. Corinne BLERY affirme dans ce sens que l'attribut se distingue de l'effet par son extériorité et son automaticité⁸⁷⁹. Ce que nous pouvons dire à propos de cette distinction entre effets et attributs du jugement, est qu'elle ne permet pas de maintenir la distinction nette en Droit International Privé entre la reconnaissance et l'exécution du jugement. La reconnaissance englobe aussi bien l'autorité de la chose jugée et ce qu'on qualifie « *d'efficacité substantielle* » ou « *d'effet essentiel du jugement* »⁸⁸⁰, et est bien distincte de la force exécutoire qui

⁸⁷⁵ H-J LUCAS, « L'efficacité juridictionnelle des décisions étrangères » mélanges pierre Hébraud, p. 528.

⁸⁷⁶ Ibid.

⁸⁷⁷ J.FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition*, Thèse paris dactyl 1975 ; M.TOMASIN, *Essai sur l'autorité de chose jugée en matière civile*, LGDJ 1975, J.HERON « Localisation de l'autorité de chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée », in mélanges Perrot, Dalloz 1996 p.131 ; G.WIEDERKHER, « Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée », études offertes à J. NORMAND, Jurisclasseur 2003 pp. 507 et s ; C. BLERY, « qu'est-ce que l'autorité de chose jugée ? Une question d'école ? » coll.caen « regards croisés sur l'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007, pp.5 et ss.

⁸⁷⁸ P.MAYER, « les méthodes de reconnaissance en droit international privé » in mélanges Paul LAGARDE, Dalloz 2005, p. 547 et s plus spéc. p.551, dans le même sens T. LEBARS, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd Montchrestien 2006 p.262 ; H. PEROZ, *La réception des jugements dans l'ordre juridique français* LGDJ 2005

⁸⁷⁹ C.BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils* LGDJ 2000 n°210.

⁸⁸⁰ L'efficacité substantielle consiste en la modification de la situation juridique des parties par le jugement, ou l'effet par lequel le droit subjectif du demandeur se trouve concrétisé ; c'est la concrétisation du demandeur qui s'accompagne d'une concrétisation de la norme appliquée par le juge. V° C.BLERY, Thèse préc, n°216

selon ces auteurs est également un attribut du jugement. C'est la raison pour laquelle nous avons préféré maintenir la qualification d'effets du jugement pour l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.

39- La principale caractéristique de l'acte juridictionnel est de posséder une autorité que n'ont pas les actes d'un administrateur ordinaire. Contrairement à ce qui a été souvent dit⁸⁸¹, elle ne saurait être rapprochée de la présomption de vérité posée par l'article 1351 du code civil. En effet, même un jugement erroné a autorité de la chose jugée⁸⁸²; non pas parce qu'il est présumé vrai, selon l'adage *res judicata pro veritate accipitur*⁸⁸³, mais parce que le juge est investi du pouvoir de trancher les litiges. Mme Marie - Anne FRISON ROCHE définit dans sa thèse l'autorité, comme « le mécanisme qui interdit aux parties ayant participé à une instance ayant abouti à une décision de saisir de nouveau les tribunaux pour obtenir une autre autre solution sur la même question⁸⁸⁴. Le défaut de cette définition comme toutes celles qui vont dans ce sens est de définir l'autorité de la chose jugée par l'un de ses effets, celui d'être une « fin de non recevoir »⁸⁸⁵. Elle présente l'autorité comme une interdiction alors même qu'elle semble renvoyer à une valeur positive du jugement.

40- C'est pourquoi nous nous rangeons derrière la définition donnée par M Georges WIEDERKHER pour qui l'autorité de la chose jugée est la force reconnue à la solution du juge en vertu du pouvoir qu'il a de dire le droit et de trancher les litiges⁸⁸⁶. Dire donc des arrêts de la CCJA qu'ils ont l'autorité de la chose jugée, c'est affirmer que les solutions retenues par les juges de la cour dans les litiges s'imposent dans tous les Etats parties et que concernant la même affaire, aucune autre décision prise par un juge d'un Etat partie ne trouvera à s'exécuter⁸⁸⁷.

41- Quant à la force exécutoire, elle est la force conférée à un jugement qui permet au bénéficiaire de requérir les agents de la force publique lorsque la partie contre laquelle a été rendue la décision refuse d'exécuter la décision. Elle est acquise en droit interne après apposition de la formule exécutoire dès lors que la décision a acquis force de chose jugée⁸⁸⁸. La force exécutoire des arrêts de la CCJA est acquise dès leur prononcé mais l'apposition de la formule exécutoire reste nationale. La force exécutoire quant à elle doit être distinguée de la force obligatoire car, cette dernière signifie que les parties sont juridiquement liées par ce qui a été décidé, et sont obligés d'exécuter les condamnations prononcées à leur encontre.

⁸⁸¹ G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 14^e éd. DALLOZ, 2006, n°13; l'auteur affirme que, « A l'acte juridictionnel est attaché l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire la force de vérité légale ».

⁸⁸² G. WIEDERKHER, « Sens, signification, et signification de l'autorité de la chose jugée », *op.cit.* p.510.

⁸⁸³ H.ROLAND et L.BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec, 1999 n°936.

⁸⁸⁴ M.A FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse DACTYL Paris 1998, p. 100.

⁸⁸⁵ Une fin de non - recevoir est un mécanisme procédural obligeant au juge saisi d'une demande de ne l'examiner dans le fond par conséquent de la déclarer irrecevable.

⁸⁸⁶ G. WIEDERKHER, art. préc. p.514.

⁸⁸⁷ Cf. article 20 du Traité in fine.

⁸⁸⁸ Selon l'article 510 du nouveau code de procédure civil français, est passé en force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif ou qui ayant été susceptible d'un tel recours a cessé de l'être à l'expiration du délai pour exercer ce recours.

2-L'exequatur communautaire des sentences arbitrales CCJA

42- L'OHADA a institué un système d'arbitrage dans lequel la CCJA joue le rôle à la fois de centre d'arbitrage et de juge chargé de contrôler les sentences rendues sous son égide. Elle cumule donc des fonctions administratives et juridictionnelles⁸⁸⁹. Ce qui signifie qu'elle nomme ou confirme les arbitres, veille au déroulement de l'instance, examine les projets de ses sentences. Elle se prononce aussi sur l'exequatur de ses sentences, lorsque celui-ci est demandé par l'une des parties. Ce système a été qualifié d'original⁸⁹⁰ par la majorité de la doctrine. L'originalité viendrait de l'efficacité des sentences arbitrales.

43- En effet, selon l'article 25, alinéa 2 du Traité OHADA, les sentences arbitrales du système d'arbitrage de la CCJA ont « l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat-partie... ». En outre, l'article 25 ajoute : « qu'elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur. La cour commune de justice et d'arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision »⁸⁹¹. Un auteur a relevé qu'« en donnant à la haute juridiction communautaire compétence exclusive pour délivrer l'exequatur, le traité indique implicitement que cet exequatur va permettre de poursuivre l'exécution forcée sur l'ensemble des territoires des Etats-parties au Traité »⁸⁹². L'exequatur est donc communautaire. Ce qui signifie qu'une fois que la cour délivre l'exequatur à la sentence arbitrale, celle-ci a force exécutoire dans l'ensemble des Etats-parties, sous réserve de l'opposition ultérieure de la formule exécutoire par les Etats-parties où l'exécution est sollicitée⁸⁹³.

44- Cette option du législateur OHADA⁸⁹⁴ a été triplement justifiée⁸⁹⁵. Il a d'abord été avancé un argument d'économie de temps et de procédure pour celui qui voudrait poursuivre l'exécution forcée dans l'ensemble des Etats. Mais, ce souci d'économie est largement remis en cause par la nécessité de solliciter autant de formules exécutoires qu'il y a d'Etat-partie. Il a ensuite été argué que la centralisation du contrôle satisfaisait à l'objectif premier de l'organisation qui est l'unification.

Le risque de divergences de solutions serait grand, s'il eût fallu que la sentence arbitrale fasse l'objet de plusieurs contrôles dans plusieurs Etats. Risque qui est tout de même réduit, il faut le dire par l'unification des conditions

⁸⁸⁹ Cf. art.2 du règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage.

⁸⁹⁰ J. P. ANCEL, « Le contrôle de la sentence », *op.cit.*, p. 196 ; Ph. LÉBOULANGER « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans le système OHADA », *op.cit.*, p.168 ; P. G. POUGOUE, « Le système d'arbitrage de la CCJA », *in* l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, *op.cit.*, p.130.

⁸⁹¹ P.G. POUGOUE, art. préc., p.135.

⁸⁹² Ibid

⁸⁹³ Article 46 du règlement de procédure de la CCJA ; J.-M. TCHAKOUA, « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : regard d'une construction inachevée à partir du cadre camerounais », *RASJ*, vol .5 n°1 2009 p.1 et s.

⁸⁹⁴ Elle est inspirée de la convention de Washington de 1965 qui dispense de solliciter l'exequatur devant les autorités nationales.

⁸⁹⁵ P.G. POUGOUE, *op.cit.*, p.134.

d'exequatur. Quant au troisième argument, il est purement économique et extra juridique. Le souci du législateur OHADA était d'attirer les utilisateurs de l'arbitrage vers la CCJA au détriment des autres centres d'arbitrage, endémarrant celui-ci des autres centres existants par l'exequatur communautaire. Bien que l'espace judiciaire soit perceptible, de nombreuses lacunes continuent de subsister.

II: LE CARACTERE PERFECTIBLE DE L'ESPACE JUDICIAIRE OHADA

45- L'espace judiciaire OHADA est perceptible, mais est très loin d'être réalisé. On note encore beaucoup de lacunes au sein de cet espace judiciaire en gestation. D'une part, L'absence d'une circulation de la totalité des titres exécutoires constitue une lacune de l'espace judiciaire OHADA(A). D'autre part, l'absence d'harmonisation de la carte judiciaire et l'absence de coopération entre les juges de l'espace OHADA constitutifs du cloisonnement des systèmes judiciaires des Etats de l'OHADA contribuent à obstruer l'instauration d'un véritable espace judiciaire OHADA(B).

A- Le cloisonnement des systèmes judiciaires des Etats-parties à l'OHADA

46- Ce cloisonnement se manifeste par l'absence d'harmonisation de la carte judiciaire des Etats membres(1), et par l'absence de coopération entre les juges (2).

1 : L'absence d'harmonisation de la carte et des procédures judiciaires OHADA

47- L'idée d'une harmonisation de la carte judiciaire a été émise par le professeur Paul Gérard POUGOUE et Yvette ELONGO KALIEU, dans leur ouvrage⁸⁹⁶. Un auteur a également soutenu que la question de l'harmonisation de la carte judiciaire et des institutions judiciaires « ...est la suite logique et nécessaire du choix initial de priver les juridictions suprêmes internes de la connaissance du contentieux commercial en dernier ressort, la CCJA venant en quelque sorte couronner en matière commerciale l'édifice judiciaire de chaque Etat-partie »⁸⁹⁷. Mais l'idée d'une harmonisation de la carte judiciaire rencontre de sérieuses difficultés, toutefois, cela n'exclut pas le fait qu'elle soit nécessaire pour la réalisation de l'espace judiciaire OHADA.

48- Poser la question de savoir si le législateur OHADA pourrait envisager l'harmonisation de la carte judiciaire revient à poser la question de l'intégration de l'organisation judiciaire des Etats-membres dans le domaine du droit à harmoniser par l'OHADA ; et c'est là que se situe la première difficulté. En effet, l'OHADA a pour objet l'uniformisation du droit des affaires, dans ce cas, il est difficile de faire un rapprochement entre l'organisation judiciaire interne des Etats et le droit des affaires. C'est l'idée que défend une partie de la doctrine ainsi, que la cour communautaire.

⁸⁹⁶ P. G. POUGOUE, Y. ELONGO KALIEU, ouvrage préc., p.164.

⁸⁹⁷ L. BENKEMOUN, « sécurité juridique et investissements internationaux », *Penant*, n° 855, p.194.

49- S'agissant de la doctrine, elle s'oppose majoritairement à l'idée de l'intervention du législateur OHADA dans les institutions et les procédures judiciaires internes des Etats-parties, c'est au moins ce qu'affirment les auteurs J. ISSA SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, « *il semble acquis que dans le sens strict du domaine judiciaire défini, l'OHADA doit s'abstenir de toucher à l'organisation judiciaire des Etats-parties ou à l'organisation administrative des Etats-parties* »⁸⁹⁸. Dans le même ordre d'idées, les avocats français dans leur ouvrage collectif écrivent que : « *les AU n'ont pas cherché à harmoniser l'organisation administrative et judiciaire des Etats-membres* »⁸⁹⁹, par conséquent, ils emploient des termes génériques pour faire référence à diverses autorités, c'est ainsi qu'on retrouve les expressions telles que, « *les tribunaux compétents en matière commerciale* », de « *juge compétent* », ou encore « *la juridiction de l'urgence* ». Il ressort de tous ces propos de la doctrine que l'OHADA n'avait pas pour ambition de modifier l'organisation judiciaire interne des Etats-membres. C'est certainement pour éviter la situation dans laquelle « *toute matière pouvait faire partie du droit des affaires ou du droit économique (et pourtant), l'OHADA n'a de sens que si l'on a une conception stricte du droit des affaires. C'est l'esprit du législateur OHADA, sinon c'est tout le droit qui sera uniformisé* »⁹⁰⁰.

50- Bien plus, la Cour Communautaire semble adopter une position similaire à celle de la doctrine. En effet, l'analyse de la jurisprudence de la CCJA révèle sa position à savoir, qu'il faut reconnaître la compétence des Etats-membres de l'OHADA vis-à-vis de leur organisation judiciaire telle qu'organisée par chaque Etat-membre de l'OHADA. Ainsi, en matière de voies d'exécution, la CCJA affirme dans l'un de ses arrêts que le critère d'identification de la juridiction compétente en matière de saisies conservatoires et des difficultés d'exécution est la juridiction des urgences telle que déterminée par l'organisation judiciaire interne de chaque Etat-membre de l'OHADA.

51- L'autre difficulté soulevée par l'harmonisation de la carte judiciaire est la détermination de ce qu'il faudra harmoniser. Faudra-t-il harmoniser l'organisation des juridictions ainsi que leur fonctionnement⁹⁰¹? Il est évident qu'on ne pourrait harmoniser toute l'organisation judiciaire interne des Etats-parties sur le plan organique. Il faudra sélectionner les juridictions à harmoniser. La même difficulté se posera sur le plan fonctionnel, va-t-il falloir les règles de compétence des juridictions et les procédures? Dans ce cas, il faudrait examiner tous les codes de procédure civiles et commerciales des Etats-parties afin de déterminer l'ensemble des ordres de juridictions présents des Etats-parties ainsi que leur organisation, leur

⁸⁹⁸ J. ISSA SAYEGH ; J. LOHOUES-OBLE, OHADA, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002, n° 265

⁸⁹⁹ B. MARTOR, N. PILKILGTON, D. SELLERS, S. THOUNEVOT, *Droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA*, Lexinexis, 2004, n° 98, p.125.

⁹⁰⁰ P.-G. POUGOUE, « L'avant projet d'AU sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », www.ohada.com, ohadata D-07-41.

⁹⁰¹ P. DJONGA, *L'organisation judiciaire interne des Etats-membres à l'épreuve du droit OHADA*, mémoire de DEA, université de Ngaoundéré, 2008, p.78.

compétence et leurs modalités de saisine, etc... Ce qui serait un travail très fastidieux.

52- Mais, la véritable difficulté, nous le pensons, est que l'organisation judiciaire est un domaine qui touche directement la souveraineté de l'Etat. L'Etat est en effet souverain dans la mission d'organisation de la justice⁹⁰². Les règles de procédure relèveraient selon les arguments de nature politique de la seule compétence du souverain⁹⁰³. Il serait dans ce cas difficile de convaincre les Etats-parties à l'OHADA de procéder à une telle harmonisation. Quand bien même ils l'auraient accepté, il faudrait ensuite sélectionner les règles qui devront faire l'objet d'harmonisation, car un texte d'intégration juridique, si exhaustif et si précis soit-il ne peut régler l'intégralité des détails de son application dans l'ensemble des Etats-membres.

53- Il est évident que l'harmonisation de la carte judiciaire OHADA ne peut être que parcellaire et ne saurait toucher à tous les ordres juridictionnels, la compétence et l'ossature statique des institutions organiques judiciaires. Dans ces domaines, les Etats-membres devraient conserver leur autonomie. C'est une prérogative qui revient aux Etats. Ainsi, par exemple, l'article 67 de la constitution sénégalaise révisée le 1^{er} janvier 2001 et l'article 71 alinéas 4 et 5 de la constitution ivoirienne modifiée le 23 juillet 2000 disposent respectivement que, sont du domaine de la loi : « la création des ordres de juridiction », « l'organisation des tribunaux judiciaires et administrative de la procédure suivie devant ces juridictions ». L'article 26 de la constitution camerounaise dispose que : « sont du domaine de la loi...l'organisation judiciaire et la création des ordres de juridiction... »⁹⁰⁴. Ainsi, la proposition de M. Laurent BENKEMOUN d'adopter un acte uniforme portant réforme de la carte judiciaire, de la juridiction commerciale et de la procédure commerciale est assez osée car, il faudrait d'abord procéder à la modification des constitutions des différents Etats-parties.

54- Malgré les difficultés que pose L'harmonisation de la carte judiciaire elle est tout de même nécessaire. L'une des faiblesses du droit OHADA réside dans la disparité des formes de juridictions et des procédures. Le justiciable de l'OHADA est « perdu »⁹⁰⁵ quand il doit subir ou conduire un procès hors de chez lui. Il risque des erreurs aux conséquences irréparables pour peu que des règles aussi élémentaires que celles qui touchent aux délais ou aux nullités soient conçues sur des bases et selon des techniques différentes des siennes. On comprend donc que par souci

⁹⁰² L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p.262.

⁹⁰³ Ibid.

⁹⁰⁴ Art. 26 de la constitution du 18 janv. 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972. et modifiée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008.

⁹⁰⁵ L'expression est de J. NORMAND, « préface » in, M - L STORME, éd., *approximation of judiciary law in the european – union – rapprochement du droit judiciaire de l'union européenne*, KLUVER et Martinus NJIHOFF, 1994, PUF, cité par Joseph KAMGA, « Réflexions concrètes sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique OHADA », www.ohada.com, ohadata-D-12-85.

d'efficacité et d'attractivité économique de la justice, il convient de rapprocher utilement et efficacement les systèmes de justice de l'espace OHADA.

55- En effet, en parcourant l'organisation judiciaire des Etats-parties, on constate qu'il y a des divergences au niveau de l'ordre judiciaire étant donné que c'est celui-ci qui nous intéresse. Comme on le sait, le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les Etats-parties⁹⁰⁶. Les juges nationaux sont donc les juges de droit commun du droit OHADA. Mais, ni l'organisation de l'ordre judiciaire, ni des procédures suivies devant celui-ci ne sont régies par le droit uniforme. Chaque Etat a donc organisé l'ordre judiciaire à sa guise. En ce qui concerne les litiges relevant des Actes uniformes OHADA, on constate qu'il y a trois différentes organisations des tribunaux chargés de régler les litiges commerciaux dans l'espace OHADA. Certains Etats ont créé des juridictions commerciales, c'est le cas du Tchad⁹⁰⁷, de la République Centrafricaine⁹⁰⁸, du Mali⁹⁰⁹, de la République Démocratique du Congo⁹¹⁰, ainsi que les Comores⁹¹¹. Dans la majeure partie des cas, la compétence de ces juridictions recouvre l'ensemble des litiges pouvant naître de l'application des actes uniformes, mais dans certains cas, l'énumération législative est limitée, comme dans la République Islamique des Comores.

56- D'autres Etats n'ont pas créé des juridictions commerciales, mais plutôt des chambres commerciales au sein des tribunaux de première instance. C'est le cas du Niger⁹¹², du Sénégal⁹¹³. Ces chambres commerciales connaissent des litiges rattachés aux actes uniformes OHADA. Au Togo⁹¹⁴, il existe une chambre commerciale, mais elle est rattachée à la chambre civile de sorte qu'il existe une confusion entre elles.

57- D'autres Etats enfin n'ont ni créé des juridictions commerciales, encore moins instauré des chambres commerciales au sein des tribunaux. Les tribunaux de premier degré sont compétents pour connaître de toutes les matières civiles, sociales et commerciales. Ce qui signifie que les mêmes juges tranchent les litiges civils, sociaux et commerciaux. C'est le cas du Cameroun⁹¹⁵, du Bénin⁹¹⁶, du Gabon⁹¹⁷, de la Guinée Equatoriale⁹¹⁸, de la Côte d'Ivoire⁹¹⁹. Dans ces Etats, il n'y a

⁹⁰⁶ Article 13 du Traité OHADA.

⁹⁰⁷ J. MADJENOUN, « organisation judiciaire du Tchad », www.ohada.com, p.12.

⁹⁰⁸ A. SENDE, « organisation judiciaire de la RCA », www.ohada.com, p.15.

⁹⁰⁹ SECK FATOU, « organisation judiciaire du Mal », *ibid.*, p.9.

⁹¹⁰ R. MASAMBA, « organisation judiciaire de la RDC », *ibid.*, p.6.

⁹¹¹ M. ABDOULBASTOI, *Ibid.*, p.8, il faut préciser que ces tribunaux ne sont pas encore fonctionnels.

⁹¹² B. TALFI, *ibid.*, p.9.

⁹¹³ JANDJO et KOÏTA, A. N'DIAYE, « organisation judiciaire du Sénégal », p.10.

⁹¹⁴ A. M. AKOUETE AKUE, *ibid.* P. 4, le tribunal est divisé en deux chambres, la chambre civile et commerciale et la chambre correctionnelle.

⁹¹⁵ R. Y. KALIEU ELONGO, « organisation judiciaire du Cameroun », www.ohada.com, p.5 et 7.

⁹¹⁶ C. KOUPAKI AYOWLA, *ibid.*, p.19.

⁹¹⁷ A. NKOROUNA, *Ibid.*, p.11.

⁹¹⁸ S. ESSONO ABESOTONO, *ibid.*, p.18

⁹¹⁹ F. KOMOIN, *Ibid.*, p.33 et s.

pas de spécialisation des juges en matière de litiges commerciaux englobant l'application des Actes uniformes. Ces divergences au sein des organisations judiciaires ne sont pas attractives pour les investisseurs et ne garantissent pas la sécurité judiciaire. La CCJA venant couronner l'édifice judiciaire de chaque Etat-partie en matière du droit des affaires, il serait souhaitable qu'on puisse avoir une lisibilité dans tous les Etats-parties des tribunaux chargés de connaître de ces litiges au premier degré.

58- Nous pensons donc que la solution la plus avantageuse serait d'amener les Etats qui n'ont pas de chambre commerciale au sein des juridictions de droit commun à en créer. La solution consistera donc à créer des chambres commerciales au sein des juridictions de premier degré. Cela conduira également à la spécialisation du personnel et permettrait d'avoir une lisibilité des juridictions de fond chargées de trancher les litiges. Ces chambres commerciales devront aussi exister au sein des cours d'appel, comme déjà dans la majorité des Etats-parties. En plus d'instituer des chambres commerciales, il faudra également harmoniser les procédures commerciales. Jean MONNET avait affirmé que « *rien n'est possible sans les hommes, rien n'est durable sans les institutions* »⁹²⁰. Cette prédiction s'illustre bien dans l'OHADA sous l'angle substantiel, mais fait encore défaut sur le plan processuel. Il ne suffit pas que la loi soit claire et accessible pour que ses impératifs soient suivis volontiers par ses destinataires, il faudrait que des procédures appropriées soient mises sur pied pour rendre possible l'effectivité de ce droit⁹²¹.

59- A cet effet, s'il semble inapproprié au regard du droit positif des Etats-parties d'unifier toutes les règles de procédure juridictionnelle, il serait opportun de dégager des principes directeurs communs de procédures applicables devant toutes les juridictions appelées à appliquer le droit uniforme. Le régime pourrait porter sur l'accès au juge, sur la durée du procès raisonnable, sur le régime d'administration judiciaire de la preuve, sur le mode d'introduction d'instance, sur les notifications. Cette harmonisation des principes directeurs du procès dans l'espace OHADA permettrait aux services juridiques et aux conseils juridiques habituels des investisseurs d'avoir une visibilité procédurale⁹²². Les avantages d'une harmonisation renforcée des règles de procédure dans un espace juridique intégré tel que l'OHADA ne sont plus à démontrer. Les jugements circuleront d'autant mieux d'un pays à l'autre qu'ils auront été prononcés à l'issue d'une procédure obéissant à des standards communs à tous les systèmes juridictionnels.

60- Mais, selon qu'elle méthode ? Faudrait-il procéder à l'uniformisation comme cela a été le cas pour les autres matières ? Nous pensons que dans un domaine aussi sensible que le domaine procédural, il serait préférable de procéder à

⁹²⁰ J. MONNET, *mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p.412.

⁹²¹ Dans le même sens, B. DIALLO, « Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats-parties face à l'application des Actes uniformes du droit OHADA », *Juris Info*, éd. spéciale, n°12 octobre 2012, p. 16 et s.

⁹²² J. KAMGA, « Réflexions « concrètes » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA », *op.cit.*, p.31.

une harmonisation qui lierait les Etats sur les résultats à atteindre. Quoi qu'il en soit, l'intérêt doit être accordé à l'exigence de cohérence interne des procédures dans les systèmes judiciaires OHADA. On pourrait par exemple adopter une charte de procédure OHADA, en laissant le choix des moyens pour en transposer le contenu en droit processuel interne.

2-: l'absence de coopération entre les juges de l'espace OHADA.

61- Le terme « *coopération* » appelle d'emblée quelques précisions. Il ne s'agit pas de la coopération verticale pouvant exister entre la CCJA et les cours de cassation nationales. Le législateur OHADA ayant opté pour des rapports de supériorité ou de supranationalité en privilégiant la méthode du recours en cassation plutôt que celle du renvoi préjudiciel, la coopération entre ces juridictions est assez faible. Ce n'est pas de cette coopération dont nous parlerons ici, mais plutôt de la coopération horizontale entre les juges nationaux de l'espace OHADA.

62- On peut affirmer qu'il n'existe pas d'instrument juridique pouvant favoriser la coopération entre les juges nationaux des Etats-parties. Il n'existe notamment pas de convention d'entraide judiciaire⁹²³. Celle qui est actuellement appliquée dans certains Etats a été signée à Tananarive en 1961 entre les pays de l'ex-OCAM, elle regroupe une bonne partie des Etats-Parties à l'OHADA⁹²⁴. Certains Etats signataires de la convention générale de coopération en matière de justice ne sont pas membres de l'OHADA, et certains Etats-membres de l'OHADA n'y sont pas parties. Elle est donc inadaptée aux relations entre Etats-parties à l'OHADA⁹²⁵. Cela a donc pour conséquence que les juges nationaux des Etats-parties à l'OHADA évoluent en vase clos. Il n'y a donc pas véritablement d'espace judiciaire OHADA. Les juges n'échangent aucune information entre eux, il n'est même pas organisé des rencontres pour qu'ils puissent échanger leurs expériences dans l'application du droit OHADA et les difficultés auxquelles ils sont confrontés. Les seules rencontres juridictionnelles qui sont organisées ne concernent que les cours communautaires des différentes organisations communautaires⁹²⁶. Dans un tel contexte, on ne peut véritablement parler d'un espace judiciaire OHADA.

63- Dans le cadre européen en revanche, de nombreux instruments existent pour favoriser la coopération judiciaire civile. La convention de Bruxelles adoptée en 1968, fixait les règles en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des jugements en matière civile et commerciale, la convention relative aux procédures d'insolvabilité, à la compétence, la reconnaissance, l'exécution des jugements en matière matrimoniale (convention dite Bruxelles II) et une autre

⁹²³ Voir à cet effet, OHADA : trois questions à Renaud BEAUCHARD, www.ihej.org. Consulté le 19 mars 2013

⁹²⁴ Neuf pays au total.

⁹²⁵ V. C.V. NGONO, *L'exécution des décisions étrangères au Cameroun*, mémoire de DEA, Université de Ngaoundéré, 2008, p.27.

⁹²⁶ La 3^e rencontre inter-juridictionnelle entre les cours communautaires de l'UEMOA, de la CEMAC, la CEDEAO et de l'OHADA s'est tenue les 4,5,6 Mai 2010

convention relative à la notification des actes. Depuis le Traité d'Amsterdam, ces conventions ont été transformées en règlement⁹²⁷. Plusieurs de ces instruments comportent un caractère novateur par rapport à l'entraide civile traditionnelle.

64- C'est le cas de la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves civiles. Dans les relations communautaires, depuis le règlement du 28 mai 2001 entré en vigueur le 1^{er} juillet 2004, lorsqu'un litige porté devant les tribunaux nécessite la collecte d'un élément de preuve sur le territoire d'un autre Etat membre de l'union, le juge saisi peut s'adresser directement au juge du lieu où se trouve l'élément recherché afin que ce dernier effectue la mesure d'instruction. En outre, pour déterminer la compétence judiciaire, un nouveau mode de coopération a été créé, notamment dans le règlement Bruxelles II bis, le juge peut décliner sa compétence et renvoyer à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire⁹²⁸. C'est la théorie du « *forum non conveniens* ». Enfin, l'obtention de titres immédiatement exécutoires pousse jusqu'au bout le principe de reconnaissance mutuelle au point de considérer que la décision prise par le juge d'origine est équivalente dans tous les autres Etats membres à une décision nationale.

65- Il serait opportun d'instaurer des rencontres entre les acteurs judiciaires, les juges, les huissiers de justice les notaires et les avocats de l'espace OHADA, et instituer un instrument qui permettrait de faciliter la circulation des titres exécutoires délivrés dans les Etats-parties. Autrement dit, adopter des textes qui permettraient aux décisions judiciaires et actes authentiques délivrés dans un Etat-partie de pouvoir aisément être exécutés dans les autres Etats-parties. La confiance dans les juges et en la justice n'en ressortirait que renforcée, ce qui serait un pas vers la réalisation de la sécurité judiciaire. L'absence de spécialisation des juges dans certains Etats-parties en matière du contentieux commercial peut être un handicap dans la bonne interprétation et application des dispositions du droit OHADA. M. Renaud BEAUCHARD a affirmé que pour beaucoup de fonctionnaires, comptables, officiers publics et magistrats, l'OHADA demeure théorique malgré les nombreux séminaires auxquels ils ont assisté⁹²⁹. Il faudrait donc qu'en plus des dispositions théoriques des mesures concrètes soient mises pour garantir l'effectivité du droit OHADA et son application uniforme dans tout l'espace. Cela ne peut se réaliser que si les juges nationaux coopèrent entre eux.

B- L'inorganisation de la circulation des décisions judiciaires nationales

66- Dans le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires, aucune disposition n'est consacrée à la circulation des décisions judiciaires nationales et des actes authentiques lorsqu'ils ont appliqué le droit OHADA. Cette difficulté et l'insécurité juridique qu'elles engendrent sont irritantes lorsqu'elles persistent dans

⁹²⁷ G. CANIVET, La construction de l'espace judiciaire européen, communication à l'école nationale des greffes de Dijon, le 03 octobre 2006, p.6.

⁹²⁸ Ibid., p.7.

⁹²⁹ OHADA : trois questions à Renaud BEAUCHARD, entretien, 12 février 2012, www.ijeh.org

un espace dont l'objectif affiché est l'intégration régionale⁹³⁰. Il faudra donc se référer aux législations nationales pour connaître le régime juridique de circulation des jugements (1) alors que pour l'instauration d'un véritable espace judiciaire, il faut nécessairement que l'OHADA organise la circulation des décisions de justice (2).

1-La domestication de la circulation des décisions judiciaires nationales dans l'espace OHADA

67- L'intention du législateur OHADA de ne pas légiférer sur la circulation des jugements nationaux, peut-être lue dans l'Acte uniforme OHADA relatif au transport de marchandises par route. En effet l'article 27 alinéa 3 de cet acte énonce que « *lorsqu'un jugement rendu par une juridiction d'un Etat-partie est devenu exécutoire dans cet Etat-partie, il devient également exécutoire dans chacun des autres pays membres aussitôt, après accomplissement des formalités prescrites à cet effet dans l'Etat intéressé* ». Ce qui signifie que la procédure d'exequatur des décisions relatives au transport de marchandises par route est laissée aux législations nationales. La seule indication que le législateur donne est que les formalités requises « *... ne peuvent comporter aucune révision de l'affaire* ». Cette domestication de la circulation des jugements entraîne une diversité de régimes applicables à la circulation des jugements définitifs et une insécurité juridique quant à la circulation des jugements provisoires.

68- Le fait que l'OHADA ait laissé le soin aux législateurs nationaux de régler les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements a pour conséquence de créer une diversité de régime de circulation, parce que les législations nationales ne sont pas identiques. Certaines sont souples, parce que ne posant pas de conditions excessives pour la reconnaissance et l'exécution, tandis que d'autres posent des conditions plus sévères. S'agissant des législations les plus souples, on peut noter celles de la Guinée⁹³¹, du Cameroun⁹³². En revanche, celles du Gabon⁹³³, du Mali⁹³⁴, du Sénégal⁹³⁵, de la Côte d'Ivoire⁹³⁶, et du Burkina-Faso⁹³⁷ sont assez rigides et retiennent sensiblement les mêmes conditions.

Les conditions retenues par la législation la plus souple sont sensiblement au nombre de deux. L'une relative aux conflits de procédures et de décisions et l'autre relative à la contrariété à l'ordre public. Les autres conditions prévues dans les législations rigides sont : la compétence internationale du juge, le respect des droits

⁹³⁰ P. MEYER, « La circulation des jugements en Afrique de l'Ouest francophone », www.ohada.com, ohadaha D-05-53.

⁹³¹ Article 585 et s du Code de procédure, civile, économique et administrative.

⁹³² Loi N° 2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères

⁹³³ Code civil Gabonais, art. 71 et s.

⁹³⁴ Art. 517 du code de procédure civile commerciale et sociale.

⁹³⁵ Art. 787 du code de procédure civile.

⁹³⁶ Art. 345 et s du code de procédure civile, commerciale et administrative.

⁹³⁷ Art. 953 et s du code des personnes et de la famille et art. 668 et s du CPC.

de la défense, le caractère exécutoire de la décision dans son pays d'origine. Ces législations ont été adoptées à une période pendant laquelle, le libéralisme des conditions d'exéquatour n'étaient pas encore répandu, par conséquent elles ne sont plus adaptées à l'espace OHADA.

69- Certains Etats ne possèdent même pas de législation sur la reconnaissance et exequatur des jugements ou préfèrent tout simplement appliquer les conventions de coopérations judiciaires. La Convention la plus englobante⁹³⁸ est celle qui a été signée à Tananarive entre les pays de l'ex-OCAM en 1961. Or, les conditions posées dans cette convention sont rigides et inappropriées à un espace où les règles substantielles ont été unifiées. C'est ainsi qu'à une ordonnance d'injonction de payer rendue au Cameroun et soumise au juge Gabonais pour exequatur⁹³⁹, ce dernier au lieu d'appliquer la législation gabonaise a appliqué les dispositions de la convention de Tananarive de 1961, dont les conditions sont toutes aussi rigides que certaines des législations nationales. Tout cela nous amène à affirmer qu'il faille nécessairement que l'OHADA organise la libre circulation des décisions de justice.

2- plaider pour l'instauration d'une libre circulation des décisions de justice

70- La libre circulation des décisions de justice n'est pas une chimère, sa réalisation est tout à fait possible. Nous entendons par libre circulation la possibilité pour chaque titre de circuler ou mieux de produire des effets dans les Etats requis sans procédures intermédiaires, entendus ici comme des procédures de reconnaissance ou d'exécution⁹⁴⁰. L'espace judiciaire européen va nous inspirer pour l'élaboration et l'instauration dans l'espace OHADA, d'une libre circulation des titres, à l'exception des sentences arbitrales qui comme nous l'avons vu, ne sauraient s'affranchir totalement du contrôle étatique.

71- L'instauration de cette libre circulation s'appuie sur la notion d'«espace» qui a remplacé celle de territoire et postule qu'entre les Etats-parties à l'OHADA, Il n'existe plus de frontières juridiques en matière du droit des affaires. Dans un tel espace, les décisions rendues dans un Etat doivent automatiquement produire leurs effets dans les autres Etats-parties. La libre circulation des titres exécutoires peut devenir une réalité dans l'espace OHADA.

72- L'instauration de cette libre circulation peut se faire en deux volets. Il ya d'abord le cas des ordonnances rendues à l'issue des procédures simplifiées de recouvrement des créances. Les procédures simplifiées de recouvrement des créances à savoir : les procédures d'injonction de payer, de délivrer ou de restituer, lorsqu'elles ont abouti à la délivrance d'une injonction à l'égard du débiteur,

⁹³⁸ Celle qui regroupe le plus grand nombre d'Etats parties à l'OHADA.

⁹³⁹ TPI de Port-Gentil, ordonnance de référé du 28 déc. 2001, Lexinter.net, Jurafrrique.

⁹⁴⁰ G. MECARELLI, N. FRICERO, chron. Droit et procédures, www.lex-act.fr, septembre 2010.

peuvent donner naissance à des titres directement exécutoires sur l'ensemble des Etats-parties à l'OHADA.

73- La première raison qui peut justifier la suppression d'une procédure d'exequatur pour les décisions rendues à l'issue des procédures simplifiées de recouvrement est le caractère certain de la créance⁹⁴¹. A la lecture de l'Acte uniforme portant procédure simplifiée de recouvrement et voies d'exécution (AUPRSVE). La forte présomption, ou mieux la certitude de la créance de somme d'argent ou d'objet meuble corporel, est à la base des procédures simplifiées de recouvrement.

74- En effet, les articles 1 et 19 énoncent que toute personne qui se prétend titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible ou d'une obligation de délivrance ou de restitution d'un bien meuble corporel peut intenter une procédure simplifiée de recouvrement. Si à la vue des documents produits, la demande lui paraît fondée, le président de la juridiction compétente peut rendre soit une décision portant injonction de payer, soit ordonner la délivrance ou la restitution du bien meuble corporel. C'est donc dire que l'utilisation de la procédure dépend de la forte présomption d'existence de la créance.

75- La procédure pourrait se dérouler comme suit, après que la décision portant injonction de payer ou de délivrer ait été signifiée au débiteur, s'il ne forme pas opposition dans les 15 jours à compter de la date de la signification à personne, augmenté des délais de distance, la décision d'injonction de payer, de délivrer ou de restituer se transforme automatiquement en titre exécutoire, dont l'exécution peut être poursuivie dans tous les Etats-parties de l'OHADA.

76- Si le débiteur forme opposition, la décision d'injonction de payer, de délivrer ou de restituer rendue à l'issue de l'opposition, deviendra un titre exécutoire OHADA, après l'expiration des trente jours réservés à l'appel, à compter de la date de la décision. Si dans le délai de trente jours, le défendeur fait appel, la décision survenue à l'issue de l'appel devient immédiatement exécutoire dans tous les Etats-parties à l'OHADA sans exequatur⁹⁴².

77- Ensuite, Lorsque le jugement a été rendu sur la base de débats contradictoires, et que le droit OHADA a été appliqué, la décision peut être revêtue automatiquement de l'autorité de la chose et de la force exécutoire dès lors qu'elle est passée en force de chose jugée. Cela peut-être appliqué, lorsque les délais pour l'exercice des voies de recours ordinaires sont épuisés sans que le défendeur ait exercé un recours, ou alors lorsqu'une décision est survenue à l'issue de l'exercice des voies de recours. La raison de la suppression de l'exequatur de ces jugements est que : premièrement, l'exequatur n'a pas pour objectif de réviser le jugement au fond⁹⁴³. C'est-à-dire que l'office du juge de l'exequatur depuis l'arrêt Munzer ainsi que les évolutions constatées en France et dans certaines législations nationales

⁹⁴¹ Voir Art. 1, 2 ; 5 et 19, 23 de l'AUPRSVE

⁹⁴² Cette proposition résulte de l'analyse des art. 7, 9 10, 14, 15, 23 et 25 de l'AUPRSVE.

⁹⁴³ Art. 27 (3) de l'acte uniforme relatif au transport de marchandises par route ; Art. 30 de la convention de Tananarive de 1961, p. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op.cit*, n° 304 et S., pp. 261 - 264.

africaines, n'est pas de vérifier si le juge d'origine a bien tranché le litige, s'il a bien apprécié les faits et appliqué la bonne règle de droit. L'office du juge est limité à l'examen de certaines conditions qui tournent autour du respect des droits de la défense, de l'ordre public communautaire, et de l'existence de décisions inconciliables avec la décision dont l'exequatur est demandé⁹⁴⁴.

78- Le demandeur d'exequatur devra produire à l'huissier ou à l'agent chargé de l'exécution dans l'Etat requis une copie certifiée conforme ou l'original de l'acte d'assignation à comparaître et de la notification⁹⁴⁵ de la décision au défendeur, et le cas échéant, un certificat de non appel, ou tout autre document attestant que le défendeur n'a pas exercé de voies de recours dans le pays d'origine. Un document attestant que la décision est exécutoire dans son pays d'origine. Ces documents devront être annexés au procès-verbal de saisie sous peine de nullité de la saisie. La procédure sera donc inversée et il appartiendra à la partie qui conteste la force exécutoire de la décision de saisir le juge de l'exécution pour demander une mainlevée de la saisie.

⁹⁴⁴ Cass. Civ 1^{ère}, 20 février 2007, affaire Cornelissen c. Avianca Inc. c.a, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE, D. 2007, p. 1175 ; B.ANCEL, H.MUIR WATT, RCDIP 2007, p. 420.

⁹⁴⁵ La notification est la formalité par laquelle on porte un acte à la connaissance d'une personne, une assignation ou un jugement par exemple. v°S.GUINCHARD, C.CHAINAIS, F.FERRAND, *op. cit* n°887, p. 624 ;

CONCLUSION

79- En définitive, on peut affirmer que l'espace judiciaire OHADA est à un stade embryonnaire. L'OHADA n'est pas qu'un simple outil technique de sécrétion du droit. Par l'institution d'une cour régionale de cassation supranationale, et par l'uniformisation de certaines procédures, l'OHADA a amorcé la mise sur pied d'un espace judiciaire⁹⁴⁶.

80- Il y a premièrement la CCJA, à qui l'OHADA a conféré d'importants pouvoirs en matière d'interprétation et d'application des Actes uniformes. En la matière, elle se substitue non seulement aux juridictions suprêmes nationales par la voie du recours en cassation, mais aussi aux juridictions nationales de fond à travers le pouvoir d'évocation dont elle dispose. Toutes ces attributions ont été contestées par la doctrine parce que favorisant des rapports conflictuels entre la CCJA et les juridictions nationales⁹⁴⁷. Toujours est-il que cette hiérarchisation introduisant une structure pyramidale au sommet de laquelle se trouve la CCJA, et à la base les juridictions nationales de fond, contribue à l'émergence d'un espace judiciaire OHADA. Il y a aussi l'uniformisation des voies d'exécution qui permet la pratique uniforme des procédures d'exécution sur l'ensemble de l'espace géographique OHADA, ainsi que la force des arrêts de la CCJA dans tout l'espace OHADA.

81- Toutefois, l'espace judiciaire OHADA est loin d'être achevé de nombreuses lacunes entravent la réalisation de cet espace. C'est notamment le cas de l'absence d'harmonisation de la carte judiciaire des Etats-parties et l'absence de coopération entre les juges des Etats-parties à l'OHADA. Cette absence de coopération conduit les juges nationaux des Etats-parties à évoluer en vase clos. Ce qui a des conséquences néfastes sur la circulation des décisions.

Néanmoins, l'embryon d'espace judiciaire qui existe pourrait conduire le législateur OHADA à légiférer sur la circulation des décisions de justice.

⁹⁴⁶ Lire P.-G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique » *op.cit.* p. 12.

⁹⁴⁷ Voir *supra* n° 25 et s.

L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés ohada ?

Marcel Williams TSOPBEING
Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
de l'Université de Yaoundé II.

Résumé

L'information des associés ne figure pas parmi les droits attachés aux titres sociaux (parts sociales, actions). Elle n'est non plus affirmée de manière expresse par aucune disposition générale de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Cela est *a priori* de nature à jeter un doute sur le caractère d'ordre public de cette exigence. Pourtant, un examen attentif des textes permet de se rendre compte que l'information des associés est une exigence reconnue et garantie, ou tout simplement, une exigence fondamentale du droit des sociétés commerciales OHADA communes à toutes les formes de sociétés commerciales.

Mots clés : Information – associés – exigence fondamentale – ordre public.

Abstract

The information of the partners does not appear among the rights attached to the company shares (stocks, shares). It is not also directly affirmed by any general provision of the uniform act relating to commercial companies and EIG. That is a priori likely to throw doubt about the nature of public order of this requirement. However, a careful examination of the texts shows that the information of the partners is a recognized and guaranteed requirement or simply, a fundamental requirement of the OHADA commercial companies Law common to all forms of commercial companies.

Key words : Information – partners – fundamental requirement – public order.

Sommaire

Introduction

I-Une exigence reconnue

A-Le cadre de l'information

1-Le droit de tous les associés à l'information

2-L'objet de l'information

B-Les procédés d'information

1-Les procédés d'information en période normale

2-Les procédés d'information en période de crise

II-Une exigence garantie

A-Le caractère d'ordre public des dispositions relatives à l'information des associés

B-L'encadrement temporel et qualitatif de l'information

1-L'encadrement temporel : la fixation de délais et de la périodicité de l'information

2-L'encadrement qualitatif : le contrôle de l'information donnée aux associés par des spécialistes

C-Les sanctions en cas de violation ou de non respect du droit à l'information des associés

1-Les sanctions judiciaires

2-Les sanctions administratives

Introduction

Depuis quelques années le législateur OHADA⁹⁴⁸ a initié un vaste mouvement de reformes des textes. Ainsi, le Traité signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 Octobre 1993 a été révisé en 2008 à Québec au Canada à sa date anniversaire. De même, les Actes uniformes relatifs au Droit du commerce général et au Droit des sûretés ont été réformés le 15 Décembre 2010, tandis que l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales (AUSC) a été révisé le 30 janvier 2014. La révision de l'AUSC a touché de nombreux aspects du droit des sociétés commerciales, notamment celui de l'information des associés qui en sort renforcé⁹⁴⁹. C'est dans ce contexte qu'il convient de s'interroger sur la valeur réservée à l'information des associés aussi bien dans l'ancien AUSC que dans celui issu de la révision.

⁹⁴⁸ L'OHADA, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est une organisation internationale instituée par le traité signé à Port-Louis (île Maurice) le 17 octobre 1993. Elle a pour objectif, au plan économique, le développement et l'intégration régional, ainsi que la sécurité juridique et judiciaire notamment par l'unification du droit des affaires des Etats membres. Elle compte actuellement 17 Etats membres : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République centrafricaine, la République Démocratique du Congo (RDC), le Sénégal, le Tchad, le Togo et l'Union des Comores.

⁹⁴⁹ Le renforcement du droit à l'information des associés par l'AUSC révisé concerne les procédés et le contenu de l'information, ainsi que les sanctions en cas de non respect des dispositions relatives à l'information des associés. Premièrement en ce qui concerne le renforcement des procédés d'information, on peut relever l'introduction des Technologies de l'Informations et de la Communication. Désormais il est possible pour un associé de se faire informer de la tenue d'une réunion par courrier électronique (art. 286, 303 al. 2 et 3, 338 al. 1, 518 al. 3 de l'AUSC). Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, il est admis de diffuser le document d'information du public en le mettant en ligne sur le site internet de l'émetteur, des intermédiaires financiers, de la bourse des valeurs ou de l'autorité compétente de l'Etat partie du siège de l'émetteur (art. 93, 3.), 4.) 5.) de l'AUSC). Il est également possible de participer une assemblée à distance par visioconférence ou d'autres moyens de communication permettant l'identification du concerné (art. 133-2 de l'AUSC), cela permettant à un associé éloigné d'accéder en temps réel à certaines informations qui sont communiquées aux associés lors des leurs assemblées générales. Deuxièmement en ce qui concerne le contenu de l'information, le législateur a procédé à son extension notamment dans les sociétés faisant appel public à l'épargne pour se conformer aux exigences de la *corporate governance*. Les actionnaires doivent être informés sur le code de gouvernement d'entreprise auquel se réfère leur société (art. 831-2 al. 2), sur le montant des rémunérations et avantages de toute nature versés aux mandataires sociaux (art. 831-3). Troisièmement le renforcement de sanctions s'observe par de nouveaux cas de nullité (art. 440 al. 7, 525 al. 4, 622 al. 3, 626-1-1-1, 630 de l'AUSC) et de nouvelles infractions (art. 890-1 de l'AUSC). Il saluer enfin la généralisation du commissariat aux comptes dans toutes les formes de sociétés. Le commissaire aux comptes joue un rôle non négligeable en matière d'information des associés, à travers ses rapports et la mission qui lui revient de contrôler la fiabilité de l'information donnée aux associés. De même l'institution de l'administration provisoire s'est accompagné des précisions sur l'information des associés pendant cette période.

L'information occupe une place majeure dans notre société en raison de l'impact qu'elle produit sur le comportement des individus. Elle est requise dans de nombreux domaines d'activités, notamment en matière contractuelle et sociétaire. La multiplication des travaux de recherche relativement à l'information dans les contrats en général⁹⁵⁰ et spécifiquement à l'information des associés⁹⁵¹ dans le cadre des sociétés commerciales traduit la vitalité et l'importance de la place qu'occupe l'information dans ces domaines. En droit des sociétés, l'information oriente notamment les associés dans l'exercice de leur droit de vote et dans le contrôle de la gestion de leur société. C'est une « source de contre-pouvoir » selon un auteur⁹⁵². Cependant pour que l'information puisse jouer pleinement le rôle qui lui est assigné, il faut qu'elle soit une donnée reconnue et protégée par le législateur. En l'absence de garantie, l'information des associés pourrait en effet subir des atteintes émanant notamment des associés eux-mêmes⁹⁵³ et des mandataires sociaux. Cette inquiétude conduit à s'interroger sur la valeur attribuée à l'information des associés par le législateur OHADA. Autrement dit l'information des associés constitue-t-elle une exigence reconnue et protégée par le législateur OHADA? S'agit-il d'une exigence d'ordre public ?

Qu'il s'agisse de l'AUSC entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998 ou de l'AUSC révisé, aucune disposition générale ne consacre de manière expresse le droit à l'information des associés⁹⁵⁴, contrairement aux autres droits des associés qui sont énoncés clairement par une disposition générale de l'AUSC⁹⁵⁵. Le droit à l'information des associés ne figure pas non plus parmi les droits des associés affirmés par la jurisprudence et érigés en principes⁹⁵⁶. A ce stade, on est en mesure de douter du caractère fondamental de ce droit. Cependant une lecture attentive de

⁹⁵⁰FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992 ; DE JUGLART M., « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD Civ.*, 1945, p. 1.

⁹⁵¹MUKA TSHIBENDE L.-D., *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A.*, Préface de Jacques Mestre, P.U.A.M., 2009 ; GATSI J., « L'information dans les sociétés commerciales de droit OHADA », *RTD act.*, n° 17, janv.-févr.-mars 2011, pp. 3-26 ; VOUDWE BAKREO, *L'exigence de transparence des sociétés commerciales dans l'espace OHADA*, thèse, Université de Ngaoundéré – Cameroun, 2013 ; URBAIN-PARLEANI I. et BOIZARD M., « L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. Sociétés* (3) juill-sept 1966.

⁹⁵² MUKA TSHIBENDE L.-D., *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A.*, *op. cit.*

⁹⁵³ Ils pourraient, aux cas où les dispositions relatives à l'information seraient supplétives, restreindre ou supprimer le droit à l'information de certains associés à travers les clauses statutaires.

⁹⁵⁴ Seul l'article 344 relatif à la SARL affirme clairement le droit à l'information des porteurs de parts : « les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales ... ».

⁹⁵⁵ L'article 53 de l'AUSC énonce les droits attachés au titre parmi lesquels le droit sur les bénéfices réalisés par la société, le droit de participer aux votes des décisions collectives... V. de manière spécifique les articles 751 et suivants pour les droits attachés aux actions.

⁹⁵⁶ De nombreux principes non écrits relatifs aux droits des associés ont été dégagés par la jurisprudence : le principe d'égalité entre associés, le principe de la liberté de vote, le droit reconnu à chaque associé de rester dans la société. Sur ce point voir notamment, MONSALLIER M.-Ch., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, T. 303, p. 362 et s., n° 881 et s.

l'AUSC⁹⁵⁷ révèle que le nombre de dispositions générales et spéciales consacrées, même de manière indirecte, à l'information des associés est important. Ces normes de l'AUSC traitant de l'information des associés doivent être complétées par de nombreuses autres règles émanant des textes auxquels sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier⁹⁵⁸. L'examen de tous ces textes révèle que l'information des associés est requise dans toutes les formes de sociétés⁹⁵⁹ et à différentes étapes de la vie sociale. Le législateur a pris soin de définir le contenu et les différents procédés d'information, les sanctions en cas de leur violation, ainsi que les débiteurs de l'information⁹⁶⁰. C'est fort de tout ce qui précède qu'il est intéressant de penser que l'information des associés constitue désormais, à l'instar du droit de vote, une exigence fondamentale du droit des sociétés commune à toutes les formes de sociétés commerciales. En effet, comme toute exigence fondamentale, l'information des associés est une donnée reconnue (I) et garantie (II) par le législateur.

I – Une exigence reconnue

L'information des associés telle qu'une exigence reconnue par le législateur est marquée par la mise en place d'un cadre de l'information (A), accompagné des procédés y afférents (B).

⁹⁵⁷ Et même de l'Acte uniforme relatif à la comptabilité des entreprises (v. par exemple articles 1, 3, 9, 14 et 111).

⁹⁵⁸ En plus de l'AUSC, le droit à l'information des associés peut découler de textes spéciaux auxquels sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier. Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, on peut citer la loi n°99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier (notamment les articles 12, 32, 35, 38), la Décision n°02/002 du 03 décembre 2002 portant Règlement général de la commission des marchés financiers (notamment les articles 3, 6, 8, 15), le décret n°2001/213 du 13 juillet 2001 précisant l'organisation et le fonctionnement de la Commission des Marchés Financiers (notamment l'article 2), le Règlement général de la Commission de Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale du 15 janvier 2009 (notamment articles 3, 24, 25, 36, 67, 68, 390, 400), le Règlement n° 06/03- CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale (notamment articles 60 (iii), 64 (ii)), le Règlement général du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) de 1996 (notamment les articles 131, 132). Pour les entreprises d'assurance, v. notamment les articles 330-18, 330-21, 330-22, 330-45 du code CIMA.

⁹⁵⁹ Le droit à l'information des associés n'a pas cependant la même intensité en fonction de la forme sociale. Il est plus accentué dans les SA que dans les sociétés par intérêts.

⁹⁶⁰ En ce qui concerne les débiteurs de l'information, il faut dire que le devoir d'informer les associés repose sur les dirigeants sociaux (gérant, directeur général, président directeur général, administrateur général, président du conseil d'administration). Il peut même s'agir de dirigeant de société en crise tel que l'administrateur provisoire (v. par exemple l'article 160-6 de l'AUSC) ou le liquidateur (v. par exemple l'article 217 de l'AUSC). Le commissaire aux comptes a également la charge d'informer les associés (v. par exemple l'article 716 al. 1. Le plus souvent l'information est fournie aux associés à travers ses différents rapports (voir par exemple les articles 440 al. 3, 442, 503 al. 2, 156 al. 1). Dans certains cas, il a l'obligation de provoquer l'information des associés en demandant au gérant de communiquer son rapport aux associés (art. 152 al. 2 et 3)). Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, les débiteurs de l'information sont plus nombreux (L'obligation d'information repose non seulement sur la société émettrice (débitrice principale de l'obligation d'information), mais aussi sur de nombreuses autres personnes telles que les prestataires des services d'investissement, l'entreprise de marché, les auxiliaires du marché financier etc. Dans le cadre de cette étude, nous nous limiterons cependant à l'obligation d'information qui repose sur la société émettrice ainsi que les procédés d'information qu'elle utilise).

A-Le cadre de l'information

La mise en place d'un cadre précis d'information des associés se matérialise par la reconnaissance d'un droit de tous les associés à l'information (1) et par la fixation de l'objet de l'information (2).

1-Le droit de tous les associés à l'information

Les associés - qui ne sont pas les seuls créanciers de l'information au sein de la société commerciale⁹⁶¹ - ont tous droit à l'information quelle que soit la forme de la société dont ils sont membres (a). Ils ont un égal accès à l'information (b).

a) L'accès de tous les associés à l'information dans toutes les formes de sociétés

La question peut se poser de savoir si tous les associés ont droit à l'information quelle que soit la forme de leur société. Autrement dit, le droit à l'information des associés constitue-t-il une exigence d'ordre public commune à toutes les formes de société y compris la SAS ? La question est intéressante en ce sens que malgré la liberté contractuelle qui règne dans la SAS permettant aux associés de prévoir par les statuts l'organisation et le fonctionnement de leur société, il a été admis que cette liberté ne peut conduire les associés à remettre en cause, par des stipulations contractuelles, certaines exigences fondamentales du droit des sociétés à l'instar du droit de vote⁹⁶². Le droit à l'information des associés

⁹⁶¹ L'information est également due à de nombreux autres personnes ou organes. Il s'agit des administrateurs (le droit à l'information des administrateurs a été affirmé par la Cour de cassation française dans l'arrêt Cointreau du 02 juillet 1985 (Cass. Com. 02 juillet 1985, Cointreau, D. 1986, jurispr., p.351, note Lousouann ; *JCP (éd. G)* 1985, II, n°20518, note Viandier ; *Rev. Sociétés* 1986, p.231, note Le Cannu) et confirmé par l'AUSC révisé (v. par exemple les articles 435 al. 3, 465 al. 3 et 480 al. 3 de l'AUSC révisé) ; des créanciers sociaux (la publicité de certaines opérations est sans doute destinée à leur information. V. par exemple les articles 194, 202, 264, 266, 631, 633 de l'AUSC) ; des obligataires (v. par exemple les articles 678, 686 de l'AUSC. Cependant l'obligataire ne peut, individuellement, obtenir la communication des documents sociaux (article 813 al. 1). Seuls les représentants des groupements d'obligataires disposent de cette prérogative (article 791 AUSC)) ; du président du conseil d'administration (v. article 480 al. 3 de l'AUSC) ; des commissaires aux comptes (v. par exemple articles 150, 153, 157 al 2, 158 al 2, 160, 440 al 2, 503 al 1) ; des autorités administratives indépendantes (pour la COBAC, v. par exemple l'article 36 de l'Annexe à la Convention portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique Centrale du 17 janvier 1992 (v. l'article 31 du même texte qui envisage l'information au profit des Conseils Nationaux du Crédit) ; pour la Commission Régionale de Contrôle des Assurances, v. par exemple l'article 310 al. 2 et 3 du code CIMA ; pour les autorités de régulation financière, v. par exemple l'article 90 de l'AUSC) ; du juge (v. par exemple les articles 152 al 1 et 4, 156 al. 3, 160-5, 716 al 2) ; et même des salariés (même si le législateur ne l'a pas clairement prévu, les auteurs soulignent l'intérêt de la reconnaissance d'un droit à l'information au profit des salariés (v. sur ce point, VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, p. 217 et s., n° 329 et s.). En France les salariés disposent d'un droit à l'information reconnu par le législateur (v. GODON L., « Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes », in *Aspects actuels de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz 2013, p. 447 et s., n°19 et s))

⁹⁶² Sur ce point, Cass. Com. 23 octobre 2007, D. 2007, AJ, p. 2726 Obs. Lienhard, idem 2008, p. 47, note Paclot ; *JCP (éd. E)* 2007, p. 2433, note Viandier ; *Dr. Sociétés* 2007, n° 219, note Hovasse ; *RTD fin.* 2007, p. 115, obs. Poracchia ; *Rev sociétés* 2007, p. 814, note Le Cannu ; *RTD com.* 2007. 791 obs. Le Cannu et Dondero ; *Bull. Joly* 2008, p. 101, note Schmidt ; *RJ com.* 2008, p. 37, obs. Monserie-Bon ; *Defrenois* 2008, p. 674, note Gibirila. Dans cet arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation au visa des articles 1844, alinéa premier du code civil et L. 227-16 du code de commerce énonce qu'« il

pourrait être rangé parmi les exigences d'ordre public du droit des sociétés s'il est établi qu'il conserve une certaine vigueur même dans la SAS. S'il est vrai que certaines règles relatives à l'information des associés peuvent être aménagées par les statuts dans la SAS en raison de la liberté contractuelle qui règne dans cette forme de société, cet aménagement ne semble possible que dans les cas prévus par la loi et ne peut conduire à la suppression totale du droit à l'information des associés.

Deux arguments peuvent être invoqués pour soutenir cette idée : tout d'abord de nombreuses dispositions de l'AUSC communes à toutes les formes de sociétés qui traitent de l'information des associés s'imposent aux SAS. On peut évoquer notamment les dispositions relatives à l'expertise de gestion⁹⁶³, à l'alerte⁹⁶⁴ ou des dispositions qui mettent le devoir d'information à la charge de certains organes tel que l'administrateur provisoire⁹⁶⁵. L'aménagement semble ne concerner en grande partie que les règles spéciales. Ensuite le droit à l'information conditionne l'exercice du droit de vote, droit fondamental de l'associé. Méconnaître le droit à l'information de l'associé serait l'empêcher d'exercer efficacement son droit de vote. Ces droits de l'associé sont donc intimement liés.

Fort de ce qui précède, il est possible d'affirmer qu'il existe un droit à l'information des associés irréductible dans la SAS. Tous les associés ont donc droit à l'information, quelle que soit la forme de la société à laquelle ils appartiennent. On peut en conclure qu'il s'agit d'une exigence fondamentale.

b) L'égal accès des associés à l'information

Le principe d'égalité entre associés⁹⁶⁶ constitue l'un des grands principes du droit des sociétés bien que son contenu semble relatif⁹⁶⁷. L'égalité d'information en

résulte du premier de ces textes que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ». V. également PAILLUSSEAU J., « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », *D.* 2008, n°23, p. 1563 et s.

⁹⁶³ Article 159 de l'AUSC.

⁹⁶⁴ D'après l'article 158-1 de l'AUSC, les dispositions de l'article 158 relatif à l'alerte dans les SA s'appliquent aux SAS.

⁹⁶⁵ V. article 160-6 de l'AUSC.

⁹⁶⁶ AFANA BINDOUGA M., *L'égalité des associés dans l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, thèse de doctorat université de Yaoundé II – Université de Nantes, 2010 ; TOZWEM TEUNKWA R. FL., *Le principe d'égalité entre associés en droit des sociétés OHADA*, mémoire de DEA en droit communautaire et comparé CEMAC, Faculté des sciences juridiques et politiques de l'université de Dschang, 2004 ; FAYE A., « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) », in [www.ohada.com/ohadata D-04-10](http://www.ohada.com/ohadata/D-04-10); MOULIN J.-M., *Le principe d'égalité dans les sociétés anonymes*, Th. dactyl., Paris V, 1999 ; GERMAIN M. « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Mélanges offerts à Paul DIDIER, Etudes de Droit Privé*, Paris, Economica, 2008, p. 189, n°1 ; MESTRE J., « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », *Rev. Sociétés* 1989, p. 399.

⁹⁶⁷ FAYE A., « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) », *op. cit.*, p. 2, l'auteur affirmant que l'AUSC détermine le contenu de l'égalité mais « les associés peuvent [aussi] décider du contenu qu'ils vont donner à la règle de l'égalité ». Sur le contenu du principe d'égalité en droit des sociétés, v. DIDIER P., « Rapport », in *L'égalité des actionnaires, Mythe ou réalité ? Entretien de NANTERRE*, JCP (éd. E), 1994, Cah. dr. entr. n° 5, p. 20.

constitue l'un des éléments. En droit des sociétés, « l'information est organisée dans le respect du sacro-saint principe d'égalité⁹⁶⁸ ». L'information des associés ne saurait en effet être effective s'il est établi des discriminations au niveau de l'accès à l'information. C'est fort de ce constat que le législateur OHADA a établi un accès égalitaire des associés à l'information.

Tous les associés ont droit à l'information peu importe le nombre ou la valeur des parts qu'ils détiennent dans la société. Il s'agit donc d'une égalité arithmétique⁹⁶⁹ contrairement à l'égalité proportionnelle qui s'observe dans la jouissance des autres droits d'associés, notamment le droit de vote⁹⁷⁰. Dans les cas prévus par l'AUSC, tout associé, même minoritaire, peut poser des questions aux dirigeants sociaux sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'information, consulter les documents sociaux etc⁹⁷¹. La loi n'exige pas dans la majeure partie des cas, la détention d'un certain montant du capital social pour prétendre à l'information ; et même dans les cas où la loi impose exceptionnellement la détention d'un certain nombre de parts sociales, plusieurs associés minoritaires peuvent s'associer pour atteindre le nombre de parts exigées pour solliciter l'information⁹⁷².

On peut cependant s'interroger sur l'étendue du droit à l'information des titulaires d'actions de préférence⁹⁷³ sans droit de vote, étant donné que l'information donnée aux associés vise notamment à leur permettre d'émettre un vote éclairé. N'ayant pas de droit de vote⁹⁷⁴, devraient-ils disposer d'un droit à l'information équivalent à celui des autres associés titulaires du droit de vote ? Face au silence de l'AUSC, on peut estimer que si ces associés ne peuvent voter, ils

⁹⁶⁸ URBAIN-PARLEANI I. et BOIZARD M., « L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. Sociétés* (3) juil.-sept 1966, p. 455, n° 20.

⁹⁶⁹ Cette égalité arithmétique observée au niveau du droit à l'information des associés traduit, selon un auteur, la survivance d'une véritable égalité, cf. RUFIN C.-M., *L'égalité dans les sociétés par action*, thèse, Nancy II, 1981, n° 52.

⁹⁷⁰ L'alinéa 1 de l'article 54 envisage en effet une égalité proportionnelle pour la répartition des droits et obligations des associés prévus à l'article 53 en ces termes : « sauf clause contraire des statuts ou dispositions contraires du présent Acte uniforme, les droits et l'obligation de chaque associé, visés à l'article 53 ci-dessus, sont proportionnels à ses apports, qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale ». V. également les articles 129, 543 al. 1, 751, 853-12 de l'AUSC.

⁹⁷¹ Sur ce point, FENEON A., « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », in *Penant*, n° 839, 2002, p. 155, l'auteur indiquant que « le principe d'égalité des droits entre associés, qui existe en vertu de l'*affectio societatis*, confère à chacun d'entre eux des droits d'information totalement équivalents » ; v. également, POISSON M.-D., *La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux, en droit français et en droit anglais comparés*, Thèse, Université de Clermont I, 1984, p. 5 et s., n° 3 et s.

⁹⁷² V. par exemple l'article 159 relatif à l'expertise de gestion qui prévoit que un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant solliciter expertise de gestion.

⁹⁷³ Sur les actions de préférence, v. les articles 778-1 et s. de l'AUSC ; v. également NJEUFACK TEMGWA R., « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit OHADA », *Juridique Périodique* n° 77, jan.-févr.-mars 2009, p. 83 et s.

⁹⁷⁴ Encore faut-il savoir si le défaut de droit de vote entraîne l'impossibilité de participer aux assemblées générales, ou seul est supprimé le droit de vote, le titulaire d'actions de préférence sans droit de vote conservant la possibilité de participer aux assemblées.

conservent néanmoins certains de leurs droits, notamment les droits pécuniaires et doivent bénéficier des informations relatives à cette catégorie de leurs droits. Dans tous les cas si une restriction du droit à l'information des titulaires d'actions de préférence sans droit de vote est admise en raison de la nature de leurs actions, elle instaurerait pour cette catégorie d'associés, un droit à l'information proportionnelle à la valeur des droits attachés aux titres sociaux.

D'après l'article 527 de l'AUSC, le droit de communication des documents sociaux appartient à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-propiétaire et à l'usufruitier d'actions⁹⁷⁵. En ce qui concerne le droit à l'information attaché à une part sociale nantie, on peut estimer qu'il appartient au propriétaire, le créancier nanti devant attendre la réalisation de sa sûreté pour prétendre à des droits à l'égard de la société.

De nombreux mécanismes ont été mis en place par le législateur OHADA pour assurer l'égalité de l'information : d'abord, lorsqu'une question est posée à la veille d'une assemblée générale, le dirigeant répond à cette question au cours de l'assemblée générale, ce qui permet à tous les associés d'accéder à l'information. Ensuite, il existe des sanctions contre des comportements de nature à porter atteinte à l'égalité d'information des associés⁹⁷⁶. Enfin, contrairement aux autres droits des associés - à l'instar du droit de vote - qui peuvent faire l'objet d'aménagements ou de suppression⁹⁷⁷ susceptibles d'affecter le principe d'égalité entre associés, l'égalité d'information des associés subira difficilement des atteintes étant donné que les aménagements de nature à restreindre le droit à l'information de l'associé semblent rarement admis.

2 – L'objet de l'information

Sur quoi porte l'information due aux associés ? Le législateur OHADA a spécifié l'objet de l'information⁹⁷⁸ dont l'étendue varie en fonction de la forme de la société⁹⁷⁹. La définition du contenu de l'information est nécessaire dans la mesure où il faut des informations à la fois suffisantes, complètes et circonscrites. En effet, si le maintien dans le secret de certaines informations peut limiter la marge d'action des associés, il est aussi admis que « trop d'information génère la surinformation,

⁹⁷⁵ L'accès du nu-propiétaire et de l'usufruitier d'actions à l'information se justifie par le fait que la qualité d'associé est reconnue à tous les deux, v. MPONDO MBOKA G. R., « La nue-propiété des titres sociaux », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 8, n° 1, 2011, p. 119 et s.

⁹⁷⁶ Nullité de délibération prise en violation des dispositions de l'AUSC relatives à l'information des associés (voir notamment articles 345 al. 5, 440 al. 7, 525 al. 4 de l'AUSC), responsabilité civile ou pénale de ceux qui portent atteinte à l'égalité de l'information des associés (v. par exemple article 891-3 de l'AUSC), etc.

⁹⁷⁷ KONGATOUA KOSSONZO A., « Le droit de vote dans les sociétés commerciales tel que prévu par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E », *in Penant* n°873, p. 468 et s.

⁹⁷⁸ Mais dans les sociétés faisant appel à l'épargne, les autorités de régulation financière ont également compétence pour préciser le contenu de l'information (v. par exemple l'article 88 de l'AUSC). Dans certains cas, il revient au dirigeant social ou au commissaire aux comptes d'apprécier l'opportunité de divulguer une information sensible.

⁹⁷⁹ Le contenu de l'information est plus étendu dans les S. A. et les S. A. faisant appel public à l'épargne que dans les sociétés par intérêts.

puis la désinformation, enfin le rejet de l'information⁹⁸⁰ ». Par ailleurs, il faut informer les associés tout en se gardant de révéler certaines informations qui doivent rester dans le secret pour protéger la société contre la concurrence⁹⁸¹. L'information porte sur de nombreuses questions. Elle porte principalement sur la gestion et la situation financières de l'entreprise (a). D'autres informations qu'on pourrait qualifier de complémentaires ou d'accessoires sont également requises (b).

a) l'objet principal : l'exigence d'informer sur la gestion et la situation financières de l'entreprise.

Les documents sociaux contenant des informations relatives à la gestion et à la situation financière de l'entreprise doivent être mis à la disposition des associés. Il s'agit d'une part des documents comptables constitués des états financiers de synthèse de l'exercice⁹⁸² - auxquels sont annexés un état des cautionnements, avals et garanties et un état de sûretés réelles consentis par la société⁹⁸³ - et de l'inventaire⁹⁸⁴. Il s'agit d'autre part des différents rapports, notamment les rapports de gestion, les rapports du commissaire aux comptes etc. Dans le rapport de gestion, le gérant, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi et, en particulier, les perspectives de continuation de l'activité,

⁹⁸⁰ SCHMIDT D., « Transparence et marchés financiers et boursiers » in *Revue de Jurisprudence Commerciale (RJC)*, 11/1993, numéro spécial sur la transparence, colloque de Deauville organisé les 19-20 juin 1993 par l'Association Droit et commerce, p. 169.

⁹⁸¹ VIRASSAMY G. J., « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprises », *RTD Com.*, n° 2, avr.-juin 1988, p. 179 à 217, spéc. p. 183, n° 4, l'auteur indiquant que pour nécessaire qu'il soit pour la protection de l'intérêt privé (celui des associés, des salariés et des divers interlocuteurs de l'entreprise) ou de l'intérêt général, le droit à l'information « ne peut être absolu et sans limite. Il doit tenir compte d'un intérêt tout aussi respectable voire vital : celui qu'à l'entreprise de mener ses activités dans la discrétion, c'est-à-dire dans le respect du secret de ses affaires. Ce secret peut avoir un objet multiple. Il peut aussi bien s'agir de ses procédés de fabrication, que de ses simples secrets de commerce (techniques de distribution, fichier de clientèle, relations avec ses fournisseurs, projets et thème publicitaires, projets d'implantation...). Une transparence totale constituerait un grand danger » ; BERLIOZ P., « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTD Com.*, n° 2, 2012, p. 263 et s. ; NGOMO A-Fl., « Le commissaire aux comptes entre les obligations de faire et de ne pas faire pénalement sanctionnées dans l'espace OHADA », *Revue Africaine des Sciences Juridiques* n°2/2014, p. 59 et s., spéc. p. 86 et s. ; NGO NDJIGUI Y.-R., *Le secret des affaires dans le droit des pays de l'espace OHADA et en droit français*, thèse, Evry-Val-d'Essonne, 2005.

⁹⁸² Aux termes de l'article 137 de l'AUSC, « A la clôture de chaque exercice, le gérant ou le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit et arrête les états financiers de synthèse conformément aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises ». Ils sont constitués pour l'essentiel du bilan, du compte de résultat, du tableau des ressources et des emplois, de même que l'état annexé.

⁹⁸³ Article 139 de l'AUSC.

⁹⁸⁴ L'inventaire est l'état descriptif du patrimoine de la société, v. VIANDIER A. et LAUZAINGHEIN C., *Droit comptable*, Précis Dalloz, 1993, n° 342 ; COSSON G., « L'information des actionnaires par l'inventaire », *Rev. Fr. Compt.*, 1977, pp. 237 et s. ; GORE F. et DUPOUY G., *Comptabilité générale et entreprise*, éd. Montchrestien, 1975, p. 32 ; BOURGAUX Ch., *La publicité des informations concernant les sociétés anonymes*, thèse, thèse, Nancy, 1976, p. 325.

l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement⁹⁸⁵. Le paiement des dividendes doit être porté à la connaissance des associés.

Les associés ont également droit aux informations relatives aux conventions ou engagements pris au nom ou pour le compte de leur société. Ainsi doivent-ils être informés sur les actes pris pour le compte de la société en formation avant sa constitution⁹⁸⁶. Ces actes sont décrits dans un document intitulé « état des actes et engagements accomplis pour le compte de la société en formation » et portés à la connaissance des associés afin de leur permettre de mieux apprécier l'opportunité de la reprise de ces actes par la société constituée. En cours de vie sociale, les conventions réglementées sont portées à la connaissance des associés⁹⁸⁷.

Enfin, dans les sociétés cotées le contenu de l'information est plus étendu⁹⁸⁸. L'AUSC révisé a procédé à une extension du contenu de l'information dans les sociétés faisant appel public à l'épargne pour se conformer aux exigences de la *corporate governance*. Au cas où la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise, les actionnaires doivent être informés des dispositions de ce code qui ont été écartées, les raisons pour lesquelles elles l'ont été et sur le lieu où ce code peut être consulté⁹⁸⁹. L'information peut aussi porter sur les rémunérations et avantages de toutes natures versés aux mandataires sociaux⁹⁹⁰, l'émission d'actions⁹⁹¹. Il serait fastidieux de vouloir présenter de manière exhaustive tout ce qui rentre dans l'objet de l'information des actionnaires dans les sociétés cotées⁹⁹².

b) l'objet accessoire : les informations à caractères non financiers.

Il s'agit de l'information relative à la tenue des assemblées. Les associés doivent être informés sur la tenue des assemblées ainsi que la nature des résolutions qui y seront prises. Ainsi, doit-il être porté à leur connaissance, les dates, les lieux et l'ordre du jour des réunions⁹⁹³. De même les textes de résolutions proposées doivent être mis à leur disposition.

⁹⁸⁵ Article 138 de l'AUSC.

⁹⁸⁶ V. articles 106 et s. de l'AUSC ; GIBIRILA D., « Le sort des actes accomplis au nom d'une société en formation », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 6, oct. 2006, p. 10 et s.

⁹⁸⁷ Articles 440 al. 3 et 4, 503 al. 2 et 3, 853-14 al. 1.

⁹⁸⁸ Mais une grande partie de l'information, contenue dans les documents d'information est destinée aux investisseurs. Sur ce point, v. NGNIJO TSAPI M., *L'information de l'acquéreur des titres sociaux dans les sociétés anonymes*, mémoire de DEA, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, 2009. Sur les informations contenues dans les documents d'information du public, voir article 86 de l'AUSC.

⁹⁸⁹ Article 831-2 al. 2.

⁹⁹⁰ Article 831-3. Sur la publicité de la rémunération des mandataires sociaux, v. CHAMPAUD C. et DANET D., « Rémunération des dirigeants (L. NRE du 15 mai 2001, art. 116) », *RTD Com.* 2002 p. 97 ; CHAMPAUD C. et DANET D., « Contrôle de la rémunération des dirigeants. Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie. Information sur les rémunérations des administrateurs », *RTD Com.* 2005 p. 749.

⁹⁹¹ V. notamment articles 827, 832 de l'AUSC, article 67 du Règlement général de la COSUMAF du 15 janvier 2009.

⁹⁹² V. également l'article 86 de l'AUSC, articles 67 à 78 du règlement général de la COSUMAF du 15 janvier 2009.

⁹⁹³ V. notamment articles 286, 303, 338, 404, 518, 831 de l'AUSC.

B– Les procédés d’information des associés

Divers procédés servent à informer les associés dans les sociétés commerciales. Il faut préciser que l’AUSC révisé a diversifié d’avantage ces procédés d’information avec l’introduction des Technologies de l’Informations et de la Communication. Désormais, un associé peut être informé de la tenue d’une réunion par courrier électronique⁹⁹⁴. Il est également possible de participer une assemblée à distance par visioconférence ou d’autres moyens de communication permettant l’identification du concerné⁹⁹⁵. La visioconférence peut permettre à un associé éloigné d’accéder en temps réel à certaines informations qui sont communiquées aux associés lors des assemblées générales d’associés. Elle devrait redonner vie aux assemblées générales d’actionnaires qui ont souvent été affaiblies par l’absentéisme de leurs membres⁹⁹⁶. En ce qui concerne les sociétés faisant appel public à l’épargne, l’AUSC révisé leur permet de diffuser le document d’information du public en le mettant en ligne sur le site internet de l’émetteur, des intermédiaires financiers, de la bourse des valeurs ou de l’autorité compétente de l’Etat partie du siège de l’émetteur⁹⁹⁷.

Les procédés d’information varient suivant que l’information est due aux associés de manière permanente, occasionnelle ou périodique. Mais étant donné que certains moyens d’information (à l’instar des questions écrites posées aux dirigeants ou des consultations des documents sociaux) sont usités à la fois dans le cadre de l’information permanente et de l’information périodique des associés⁹⁹⁸, il convient de regrouper les procédés d’information en distinguant selon qu’ils concourent à l’information en période normale (1) ou en période de crise (2).

1-Les procédés d’information en période normale

Il faut distinguer les procédés d’information communs à toutes les formes de sociétés (a) des procédés spécifiques aux sociétés faisant appel public à l’épargne (b).

a) les procédés d’information communs à toutes les formes de sociétés

Ils sont constitués des documents sociaux (α), des questions écrites (β), des lettres télécopies, courriers électroniques et avis (γ).

α -L’information par les documents sociaux

Divers documents servent à l’information des associés. Ces documents peuvent soit être communiqués ou présentés aux associés, soit être consultés par les associés, avec possibilité d’en obtenir une copie.

⁹⁹⁴ Articles 286, 303 al. 2 et 3, 338 al. 1, 518 al. 3 de l’AUSC.

⁹⁹⁵ Article 133-2 de l’AUSC. Lire CHAMPAUD C. et DANET D., « Assemblées générales. Visioconférence (L. NRE du 15 mai 2001, art. 115) », *RTD Com.* 2002 p. 94.

⁹⁹⁶ Sur ce point, v. DUCOULOUX-FAVARD C., « Grandeur et décadence des assemblées générales d’actionnaires », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l’honneur de Yves Guyon*, Dalloz 2013, p. 359 et s.

⁹⁹⁷ Article 93, 3°), 4°) 5°) de l’AUSC.

⁹⁹⁸ Les associés peuvent poser des questions aux dirigeants sociaux non seulement de manière permanente (à tout moment de l’année, deux fois par exercice), mais aussi de manière périodique, à la veille des assemblées générales.

*Les communications et présentations de documents. La loi impose aux dirigeants sociaux de communiquer aux associés (et parfois aux commissaires aux comptes⁹⁹⁹) avant la tenue des assemblées, des documents visant à les imprégner de certaines informations nécessaires pour prendre des résolutions en connaissance de cause¹⁰⁰⁰. Cette communication demeure nécessaire quand bien même les associés auraient choisi d'adopter les décisions collectives par voie de consultations écrites¹⁰⁰¹. La communication de documents est un procédé qui rend l'information portable et non quérable, ce qui assure un accès facile à l'information. Lorsque l'associé est en effet appelé à se déplacer pour consulter le document mis à sa disposition au siège social, la distance et le temps peuvent le décourager à exercer ce droit. La communication de documents est un procédé auquel le recours est organisé par le législateur de façon à limiter le coût de l'information¹⁰⁰². Elle semble difficile à réaliser dans les sociétés cotées, constituées généralement d'un nombre d'actionnaires très élevés. L'AUSC ne précise pas toute fois le moyen de communication de documents. On peut penser que la communication pourrait se faire par voie postale ou par voie électronique.

Dans certains cas, un rapport doit être présenté par les mandataires sociaux¹⁰⁰³ et/ou les commissaires aux comptes¹⁰⁰⁴ aux associés. Ces rapports contiennent les opinions ou les observations de leurs auteurs relativement à une situation donnée ou à un projet de résolution. La présentation du rapport du mandataire social et le cas échéant le rapport du commissaire aux comptes (commissaires aux apports dans certains cas) est envisagée dans de nombreuses hypothèses¹⁰⁰⁵. Dans tous les cas, la nature des documents à communiquer ou à

⁹⁹⁹ Dans les SA, SAS et le cas échéant les SARL, les états financiers de synthèse annuels et le rapport de gestion sont adressés au commissaire aux comptes 45 jours au moins avant la date de l'assemblée générale ordinaire (article 340 al. 1 de l'AUSC).

¹⁰⁰⁰ V. articles 344, 345, 152 al 2 et 3, 160, 288 al. 1 et 2, 360 al. 1 et 2, 160-6 al. 4, 340, 350 al. 2. L'intensité de cette obligation varie en fonction des sociétés. Il est évident que la communication des documents aux associés serait difficile et peu envisageable dans les grandes sociétés et les sociétés faisant appel public à l'épargne au regard du nombre d'associés et du coût.

¹⁰⁰¹ V. article 340 de l'AUSC. Excepté le cas de l'assemblée générale annuelle (article 333 al. 2 de l'AUSC), les décisions collectives peuvent être prises en assemblée générale ou par consultation écrite des associés (voir articles 133, 333 al. 2 de l'AUSC). Dans les S. A. les décisions collectives sont exclusivement prises en assemblée générale.

¹⁰⁰² Il s'agit d'un procédé prévu pour les petites sociétés. Dans les grandes sociétés, notamment les S.A faisant appel public à l'épargne, les documents sont en général mis à la disposition des associés au siège social.

¹⁰⁰³ Articles 350 al. 2, 502 al. 1, 564, 570, 588. Cette obligation repose également sur les dirigeants sociaux en période de crise comme le liquidateur (article 228) ou l'administrateur provisoire (article 160-6) de l'AUSC

¹⁰⁰⁴ V. notamment articles 350 al. 2, 711, 713 al. 2 de l'AUSC.

¹⁰⁰⁵ En vue de permettre aux associés de se prononcer sur les conventions réglementées (articles 350 al 2, 440 al 3 et 4, 502 al. 1, 503 al. 2 et 3, 853-14 al. 1.), sur l'évaluation des biens en nature et/ou d'avantages particuliers faite par le commissaire aux comptes ou le commissaire aux apports (articles 363, 401 al. 1, 403 al. 1, 408 al. 2 et 547 al. 1), d'apprécier l'opportunité d'une augmentation du capital social (Articles 564, 570), la fixation du prix d'émission des actions nouvelles (article 588), la réduction du capital social (article 630), l'attribution d'actions gratuites (article 626-1 al. 1, 626-4), l'émission de valeurs mobilières composées (article 822-5), l'émission d'actions de préférence (Article 778-2, 788-3, 778-4, 778-7, 788-8),

présenter varie suivant que les communications ou présentations sont faites en vue de la tenue de l'assemblée générale annuelle ou en vue de la tenue d'assemblées autres.

En prélude à la tenue de l'assemblée générale annuelle¹⁰⁰⁶, et afin de fournir certaines informations nécessaires à la prise des résolutions¹⁰⁰⁷, certains documents doivent être communiqués aux associés 15 jours au moins avant la tenue de l'assemblée¹⁰⁰⁸. Il s'agit en général du rapport de gestion, de l'inventaire, des états financiers de synthèse de l'exercice, du texte de résolutions proposées ainsi que le cas échéant du rapport du commissaire aux comptes.

En ce qui concerne les assemblées autres que l'assemblée annuelle¹⁰⁰⁹, le droit de communication porte en général sur le texte de résolutions proposées, le rapport des mandataires sociaux et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes...¹⁰¹⁰.

*La possibilité de consulter les documents sociaux et/ou d'en prendre copie. Cette possibilité est prévue par certaines dispositions de l'AUSC spécifiques à certaines sociétés. Les associés peuvent y recourir tantôt de manière permanente, tantôt de manière périodique.

De manière permanente, l'article 289 al. 1 prévoit, en ce qui concerne la SNC¹⁰¹¹ que les associés non gérants ont le droit de consulter à tout moment, deux fois par an au siège social, les documents sociaux. Ils ont le droit d'en prendre copie à leur frais¹⁰¹². Cette possibilité semble également réservée aux associés de la SARL¹⁰¹³ et de la SA¹⁰¹⁴. Dans la SAS ce procédé est laissé à la discrétion des statuts¹⁰¹⁵.

la transformation, fusion et scission de la SA (articles 691, 671 al. 4 et 5, 674, 684), le déroulement des opérations de liquidation (article 228), la reprise des actes accomplis pour le compte de la société en formation, avant sa constitution (ces actes décrits dans un document intitulé « état des actes accomplis pour le compte de la société en formation » doivent être portés à la connaissance des associés (articles 106, 107 et 108)), le respect par la société de droits particuliers attachés aux actions de préférence (article 778-15).

¹⁰⁰⁶ L'article 307 de l'AUSC permet cependant aux associés commanditaires et aux associés commandités non gérants d'obtenir communication des livres et documents sociaux, deux fois par an, c'est-à-dire de manière permanente.

¹⁰⁰⁷ L'assemblée ordinaire annuelle a notamment pour objet de statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice, de décider de l'affectation des résultats...

¹⁰⁰⁸ Articles 288 al. 1 et 2, 306 al. 1 et 2, 345 al. 1 et 2, 525 al. 1.

¹⁰⁰⁹ En fonction de la nature de la résolution à adopter, il peut s'agir d'assemblées générales ordinaires (v. les attributions aux articles 347 et 546 de l'AUSC) ou extraordinaires (v. les attributions aux articles 357 et 551 de l'AUSC).

¹⁰¹⁰ V. article 345 al. 4 de l'AUSC pour la SARL et 525 al. 3 pour le SA.

¹⁰¹¹ Et la SCS également en vertu de l'article 293-1 de l'AUSC qui permet l'application des dispositions de la SNC à la SCS.

¹⁰¹² Ils doivent avertir le gérant de leur intention d'exercer ce droit au moins quinze jours à l'avance. Ils ont le droit de se faire assister par un expert comptable ou un commissaire aux comptes à leur frais.

¹⁰¹³ L'article 345 al 6 de l'AUSC prévoit que l'associé peut à toute époque, obtenir copie des documents sociaux. On peut présumer que l'associé avant de demander copie peut au préalable consulter le document.

¹⁰¹⁴ L'article 526 al. 1 de l'AUSC énonce que tout actionnaire peut à toute époque, prendre connaissance et copie des documents sociaux.

¹⁰¹⁵ L'article 853-3 ne rend pas l'application de l'article 526 al. 1 obligatoire dans la SAS.

De manière périodique dans les SA, à la veille des assemblées générales d'actionnaires¹⁰¹⁶, l'article 525 al. 1 et 3 de l'AUSC prévoit que tout actionnaire a le droit par lui-même ou par le mandataire qu'il a nommé désigné pour le représenter à l'assemblée générale, de prendre connaissance des documents sociaux au siège social¹⁰¹⁷. Sauf en ce qui concerne l'inventaire, le droit pour l'actionnaire de prendre connaissance emporte celui de prendre copie à ses frais¹⁰¹⁸. Le droit de prendre connaissance s'exerce durant les quinze jours qui précèdent la tenue de l'assemblée générale¹⁰¹⁹. Les dispositions propres aux autres formes de sociétés n'envisagent pas expressément la possibilité pour les associés de consulter les documents sociaux à l'approche des assemblées ou d'en prendre copie. Cependant, étant donné que dans la plupart de sociétés l'AUSC¹⁰²⁰ reconnaît aux associés la possibilité de consulter à toute époque, deux fois par exercice les documents sociaux et d'en prendre copie, on pourrait admettre qu'ils puissent exercer ce prérogative à l'approche d'une assemblée.

β – l'information par le mécanisme des questions écrites

Les associés peuvent s'informer aux moyens des questions écrites, aussi bien de manière périodique que de manière permanente.

De manière périodique, en prélude à la tenue d'une assemblée générale et à compter de la communication des documents¹⁰²¹, tout associé a le droit de poser par écrit, des questions auxquelles le dirigeant est tenu de répondre au cours de l'assemblée. En réalité seul l'alinéa 3 de l'article 345 relatif à la SARL évoque la possibilité pour les associés de poser des questions à la veille des assemblées d'associés. S'agit-il d'un moyen d'information réservé exclusivement aux associés de la SARL ? Étant donné que dans les autres formes de sociétés le législateur, bien que n'ayant pas expressément prévu la possibilité de poser des questions à la veille des assemblées reconnaît néanmoins aux associés la possibilité de poser des questions par écrit, deux fois par exercice aux dirigeants sociaux¹⁰²², rien n'empêche à un associé d'exercer ce droit à l'approche d'une assemblée. Par ailleurs, en l'absence de

¹⁰¹⁶ Cette faculté est ouverte à l'actionnaire non seulement à l'approche de l'assemblée générale annuelle, mais aussi en ce qui concerne les autres assemblées, notamment les assemblées appelées à se prononcer sur le projet de fusion (article 674 al. 1 et 2 de l'AUSC), sur le respect par la société des droits particuliers attachés aux actions de préférence (article 778-15).

¹⁰¹⁷ Parmi les documents pouvant être consultés ou dont les associés peuvent en prendre copie, on peut citer notamment l'inventaire, les états financiers de synthèse, les procès verbaux des délibérations et décisions collectives, les rapports du commissaire aux comptes etc. (articles 289 al. 1, 525 al.1 et 3, 526 al. 1, 674 al. 1)

¹⁰¹⁸ Article 525 al. 2.

¹⁰¹⁹ Article 525 al. 2.

¹⁰²⁰ V. par exemple l'article 289 relatif à la SNC et à la SCS (d'après l'article 293-1, les règles de la SNC sont applicables à la SCS).

¹⁰²¹ La communication des documents doit être faite 15 jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale (articles 288 al. 2, 306 al. 2, 345 al. 2 et 778-15 al. 3).

¹⁰²² V. de manière générale l'article 157 pour les sociétés autres que les sociétés par actions et l'article 158 pour les sociétés par actions, et de manière spécifique, l'article 307 pour la SCS et 526 al. 2 pour la SA.

précision suffisante de l'AUSC, toute possibilité pour les associés ou les actionnaires de poser des questions pendant la tenue de l'assemblée n'est pas exclue¹⁰²³.

De manière permanente, tout associé (non gérant) peut, deux fois par exercice, à tout moment de l'année, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation¹⁰²⁴. Le dirigeant répond par écrit dans le délai de quinze jours aux questions posées. Dans le même délai, il adresse une copie de la question et de la réponse au commissaire aux comptes s'il en existe un dans la société. Bien qu'aucune disposition de l'AUSC spéciale à la SNC n'ait prévue cette possibilité, elle peut néanmoins y être reconnue aux associés en vertu de l'article 157 de l'AUSC qui reconnaît de manière générale à tout associé non gérant dans les sociétés autre que les sociétés par actions, la possibilité de poser des questions au gérant deux fois par exercice, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. De même, bien que l'alinéa 2 de l'article 526 de l'AUSC qui permet aux actionnaires de poser des questions écrites aux dirigeants sociaux, deux fois par exercice, ne figure pas parmi les dispositions de la SA applicables à la SAS¹⁰²⁵, il n'en demeure pas moins que les actionnaires de la SAS peuvent poser des questions aux mandataires sociaux deux fois par exercice en vertu de l'article 158-1 qui permet l'application de l'article 158 de l'AUSC à la SAS. Cette dernière disposition reconnaît en effet aux actionnaires de la S.A. la possibilité de poser des questions aux mandataires sociaux deux fois par exercice.

En définitive, la possibilité de poser des questions écrites, à la veille des assemblées ou de manière permanente à tout moment de la vie sociale, semble commune à toutes les formes de société. L'Acte uniforme indique que les questions doivent être posées par écrit sans indiquer la forme. On peut penser qu'elles pourraient être posées sous forme papier ou par voie électronique.

y-L'information par des lettres, télécopies, courriers électroniques ou avis

Il faut distinguer l'information par des lettres, télécopies et courriers électroniques qui sont des procédés communs à toutes les formes de sociétés, de l'information par des avis, spécifique aux SA.

De nombreuses informations sont portées à la connaissance des associés par des lettres, télécopies ou courriers électroniques¹⁰²⁶. Ces procédés servent principalement à convoquer ou à informer les associés de la tenue des assemblées. Les convocations sont adressées aux associés au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée, par lettre au porteur contre récépissé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie et courrier électronique¹⁰²⁷. Toute fois les convocations par télécopie et courrier électronique ne sont valables que si l'associé

¹⁰²³ VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 63.

¹⁰²⁴ Articles 307 (pour la SCS), 345 al. 6 (pour la SARL), 526 al. 2 (pour la SA).

¹⁰²⁵ V. article 853-3 de l'AUSC.

¹⁰²⁶ L'AUSC révisé admet en effet que les associés puissent être informés par courrier électronique (v. articles 286, 303 al. 2 et 3, 338 al. 1, 518 al. 3 de l'AUSC).

¹⁰²⁷ V. articles 286 al. 1 (pour la SNC), 303 al. 1 (pour la SCS), 338 al. 1 (pour la SARL) et 518 al. 3 (pour la SA). Les convocations doivent indiquer la date, le lieu de la réunion et l'ordre du jour de l'assemblée (articles 286 al. 2, 303 al. 3, 338 al. 2, 404 al. 2, 518 al. 4, 827-6 al. 3 de l'AUSC).

a préalablement donné son accord écrit et communiqué son numéro de télécopie ou son adresse électrique selon le cas¹⁰²⁸. Il peut à tout moment demander que le moyen de communication susmentionné soit remplacé à l'avenir par envoi postal. Certains auteurs soutiennent que l'on puisse admettre en fonction de la nature de la société, que les convocations des associés se fassent verbalement, dès lors qu'il est certain qu'ils seront tous présents ou représentés¹⁰²⁹. Dans les SAS, les règles relatives aux convocations des assemblées sont fixées par les statuts, les dispositions de la SA sur la question ne s'imposent pas à la SAS¹⁰³⁰. Mais rien n'empêche les statuts de la SAS de prévoir que la convocation des assemblées se fera par des lettres, télécopies ou courriers électroniques.

Les lettres, télécopies, courriers électroniques permettent toute fois de véhiculer des informations autres que celles relatives à la tenue des assemblées. Dans la SA par exemple, en cas d'émission d'actions nouvelles, les actionnaires (et les investisseurs) sont informés par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, six jours au moins avant la date d'ouverture de la souscription¹⁰³¹. La société est également tenu d'informer l'actionnaire qui n'a pas libéré les actions, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, lorsqu'elle décide de vendre les dites actions¹⁰³².

L'avis est une annonce, un avertissement ou une déclaration¹⁰³³. Dans les SA, les informations peuvent être portées à la connaissance des associés par des avis insérés dans des journaux habilités à recevoir les annonces légales. Le recours à ce procédé d'information peut se justifier notamment par la forme des actions. Ainsi, la convocation des assemblées y est faite par un avis de convocation inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales¹⁰³⁴. Mais si toutes les actions sont nominatives, cette insertion peut être remplacée par une convocation faite aux frais de la société, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie ou courrier électronique¹⁰³⁵.

De nombreuses autres informations sont portées à la connaissance des associés par des avis. Lorsque la SA décide de procéder à l'achat de ses propres actions en vue de les annuler et de réduire son capital, elle présente cette offre à tous les actionnaires en insérant un avis à cet effet dans un journal habilité à

¹⁰²⁸ Articles 286 al. 1, 303 al. 2, 338 al. 1, 518 al. 3 de l'AUSC.

¹⁰²⁹ GIBIRILA D., « Nom collectif (Société en) », *Rep. Sociétés*, 2003, mise à jour 2010, n°216.

¹⁰³⁰ V. article 853-3 de l'AUSC qui exclut l'application de l'article 518 du même Acte uniforme à la SAS.

¹⁰³¹ Article 599 de l'AUSC

¹⁰³² Articles 775 et 776 de l'AUSC.

¹⁰³³ CORNU G., *op cit.*, p. 112 et s.

¹⁰³⁴ Article 518 al. 2 de l'AUSC.

¹⁰³⁵ Article 518 al. 3 de l'AUSC. L'avis de convocation doit parvenir ou être porté à la connaissance des actionnaires quinze jours au moins avant la date de l'assemblée sur première convocation et, le cas échéant, six jours au moins pour les convocations suivantes (article 518 al. 5 de l'AUSC). Lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire ad hoc le juge peut fixer un délai différent (article 518 al. 6)

recevoir les annonces légales du lieu du siège social¹⁰³⁶. Les actionnaires (et les investisseurs) sont également informés par avis et/ou par lettre notamment en cas d'émission d'actions nouvelles¹⁰³⁷.

b) les procédés d'information spécifiques aux sociétés faisant appel public à l'épargne¹⁰³⁸

Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, en raison du volume de l'information et de la diversité des destinataires¹⁰³⁹, de nombreux procédés d'information ont été prévus aussi bien par l'AUSC que par de nombreux autres textes auxquels sont assujetties les sociétés faisant appel public à l'épargne¹⁰⁴⁰. L'information est en général publiée. Les procédés d'informations varient en fonction de l'objet de l'information et surtout de l'époque de son intervention.

α -les mécanismes d'information antérieurs à la souscription des actions

Les informations à porter à la connaissance du public¹⁰⁴¹ avant le début des opérations de souscription des actions (dont le contenu est fixé par le législateur et l'organisme de contrôle de la bourse¹⁰⁴²) sont contenues dans un document d'information qui est diffusé sur support papier ou électronique par divers moyens: diffusion dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales, mise à la disposition d'une brochure accessible pour consultation à toute personne qui en fait la demande au siège social de l'émetteur et auprès des organismes chargés d'assurer le service financier des valeurs mobilières, mise en ligne sur le site internet de l'émetteur ou, le cas échéant sur celui des intermédiaires financiers qui placent ou vendent les valeurs mobilières concernées etc¹⁰⁴³. Le document d'information du public doit être mise à jour dans les cas prévus par la loi¹⁰⁴⁴. D'autres informations

¹⁰³⁶ Articles 643 et 644 de l'AUSC.

¹⁰³⁷ Articles 598 et 599, voir aussi article 832 de l'AUSC.

¹⁰³⁸ Les procédés d'information spécifiques ne sont pas l'apanage des sociétés faisant appel public à l'épargne. En ce qui concerne les établissements de crédit, l'article 37 de l'Annexe à la Convention portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique Centrale du 17 janvier 1992 énonce que « tout établissement de crédit doit publier ses comptes dans les conditions fixées par l'Autorité Monétaire après avis du Conseil National du Crédit ».

¹⁰³⁹ A côté des actionnaires déjà bien nombreux, les investisseurs et le public doivent accéder à l'information.

¹⁰⁴⁰ Sur ces différents textes, v. supra, note de bas de page n° 11.

¹⁰⁴¹ Le terme public peut englober les associés. Ces derniers doivent être informés en cas d'émissions de nouvelles actions par leur société.

¹⁰⁴² Le législateur détermine le contenu du document d'information. Cependant l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs de l'Etat partie du siège social peut dispenser d'inclure dans le document d'information certaines informations pour des raisons prévues à l'article 88 de l'AUSC. Par ailleurs la loi a prévu des hypothèses dans lesquelles l'émetteur n'est pas tenu de publier un document d'information (v. articles 95 et 95-1 de l'AUSC, 26 et s. de la Décision n°02/002 du 03 décembre 2002 portant Règlement général de la commission des marchés financiers (v. article 35 du même texte pour les dispenses partielles d'établir un document d'information), 49 et 50 du Règlement général de la COSUMAF du 15 janvier 2009).

¹⁰⁴³ V. article 93, 825 de l'AUSC ; article 53 du Règlement général de la COSUMAF signé le 15 janvier 2009.

¹⁰⁴⁴ V. article 92 de l'AUSC, articles 38 et 40 du Règlement général COSUMAF précité, article 128 du Règlement général du CREPMF précité.

sont contenues dans une notice publiée dans les journaux d'annonces légales¹⁰⁴⁵. Pour renforcer la diffusion de l'information, les circulaires, les affiches et les annonces dans les journaux destinés à l'information du public sur l'émission d'actions projetée, reproduisent les énonciations de la notice d'information avec indication du numéro des journaux habilités à recevoir les annonces légales dans lesquels elle a été publiée¹⁰⁴⁶.

β -les mécanismes d'information postérieurs à la souscription des actions

Après la souscription des actions, des informations sont dues aux actionnaires de manière permanente ou occasionnelle, ou de manière périodique.

En ce qui concerne les informations dues aux actionnaires de manière permanente ou occasionnelle¹⁰⁴⁷, elles sont portées à leur connaissance selon divers procédés : publication d'un avis contenant certaines mentions dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales pour informer les actionnaires de la tenue des assemblées générales¹⁰⁴⁸, information des actionnaires soit par insertion d'un avis dans une notice publiée dans les journaux d'annonces légales, soit par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (si les titres sont nominatifs) en cas d'émission de nouvelles actions¹⁰⁴⁹, diffusion d'un communiqué de presse dans un journal ou sur tout autre support en cas de survenance d'un changement important susceptible d'exercer une influence sur le cours ou la valeur des titres¹⁰⁵⁰.

Quant aux informations dues aux actionnaires de manière périodique¹⁰⁵¹, à la fin du premier semestre ou à la fin de l'exercice, elles sont portées à leur

¹⁰⁴⁵ Article 825 et 826 de l'AUSC.

¹⁰⁴⁶ Article 827 de l'AUSC.

¹⁰⁴⁷ L'émetteur faisant appel public à l'épargne est tenu notamment d'informer les actionnaires de la tenue des assemblées générales, du paiement des dividendes, des opérations d'émission d'actions nouvelles, de tout fait nouveau important survenu dans son secteur d'activité et de nature à affecter son activité de façon significative (v. notamment articles 67 à 73 du Règlement général de la COSUMAF signé le 15 janvier 2009, articles 16 et s de la Décision n°02/002 du 03 décembre 2002 portant Règlement général de la CMF, article 132 du Règlement général de la CREPMF relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UEMOA, les dispositions de l'AUSC, qu'elles soient générales à toutes les sociétés ou spéciales aux sociétés faisant appel public à l'épargne, notamment 831 & s.). L'information est également due aux actionnaires en cas de franchissement de seuils (articles 22 et s. de la décision n°02/002 du 03 décembre 2002 portant Règlement général de la CMF, 75 et s. du Règlement général de la COSUMAF, 164 et s. du Règlement général de la CREPMF).

¹⁰⁴⁸ Article 831 de l'AUSC. Un rapport du président du conseil d'administration joint au rapport mentionné aux articles 525 2°) et 547-1 est tenu à la disposition des actionnaires (v. articles 831-2 al. 2, 831-3 de l'AUSC).

¹⁰⁴⁹ Article 832 et S. de l'AUSC. La diffusion de cette information est renforcée par les circulaires, les annonces et les affiches dans les journaux (article 835 AUSC).

¹⁰⁵⁰ V. article 68 du règlement COSUMAF précité, voir aussi article 132 du règlement général du CREPMF.

¹⁰⁵¹ Les sociétés faisant appel public à l'épargne doivent publier à la clôture de l'exercice, en prélude à l'assemblée générale annuelle, les états financiers de synthèse (bilan, compte de résultats, tableau financier des ressources et emplois et état annexé), le projet d'affectation des résultats. Après l'assemblée générale ordinaire ils doivent publier les états financiers de synthèse approuvés, la décision d'affectation des résultats etc. D'autres informations doivent être publiées à la fin du premier semestre (v. notamment articles 847 à 853 de l'AUSC, article 74 du Règlement général COSUMAF précité, article 127 du

connaissance en générale par des publications dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales¹⁰⁵².

2-Les procédés d'information en période de crise

La notion de crise employée ici peut revêtir plusieurs sens. Elle peut renvoyer tantôt à une crise de confiance, tantôt à la crise économique¹⁰⁵³. Certains procédés d'information sont destinés à prévenir la crise (a) alors que d'autres interviennent pendant le déroulement de la procédure collective (b).

a) les procédés d'information destinés à prévenir la crise

Il s'agit de l'expertise de gestion et l'expertise préventive (α), ainsi que l'alerte (β).

α -l'expertise de gestion et l'expertise préventive

Lorsque des suspicions de mauvaise gestion de la société pèsent sur les mandataires sociaux, la mise de certaines informations à la disposition des associés peut contribuer à apaiser les tensions. C'est fort de cela que le législateur OHADA a institué l'expertise de gestion. Bien que l'AUSC ne l'ait pas prévu, la possibilité de recourir également à une expertise préventive ne semble pas exclue.

L'expertise de gestion est l'une des innovations apportées par l'OHADA au droit des sociétés en Afrique¹⁰⁵⁴. Elle vise à garantir une information fiable des associés minoritaires et à assurer de manière générale une participation efficace des associés dans la gestion de leurs affaires¹⁰⁵⁵. L'expertise de gestion consiste en « une évaluation qualitative de la gestion sociale puisqu'elle permet l'obtention de rapport sur des opérations de gestion susceptibles de porter atteinte aux intérêts des associés et à ceux de la société¹⁰⁵⁶ ». L'article 159 de l'AUSC permet en effet aux associés minoritaires de demander qu'un expert soit désigné si une opération de gestion paraît critiquable ou contestable, aux fins de présenter un rapport sur la dite opération de gestion. Le rapport de l'expert est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'au commissaire aux comptes. L'expertise de gestion est une technique d'information générale à toutes les formes de sociétés.

L'expertise préventive ou expertise *in futurum* est une procédure d'instruction destinée à obtenir des preuves en vue d'une éventuelle action en

Règlement général de la CREPMF précité, article 15 de la Décision n°02/002 du 03 décembre 2002 portant Règlement général de la CMF).

¹⁰⁵² V. articles 847 à 853 de l'AUSC.

¹⁰⁵³ En ce sens, VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 102 et s.

¹⁰⁵⁴ Sur l'expertise de gestion en droit OHADA, v. FOKO A., « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », in AKAM AKAM A. (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p. 141 à 180 ; MEUKE B., « De l'expertise en droit des sociétés OHADA », in *Jurifis Info*, n° 4 juillet/aout 2009, p. 10 et s. Pour des études sur la notion en droit français, v. GUYON Y., « Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion », *JCP (éd E)*, 1985, n° 14593 ; LE CANNU P., « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », *Bull. Joly* 1988, p. 553 et s. ; MAIGRET-MATHIOT A.-S., *L'expertise dans les sociétés commerciales*, thèse, Rennes, 2003 ; TOUYERAS-PAULZE D'IVOY B., *L'expertise en droit des sociétés*, Thèse, Lille, 1993.

¹⁰⁵⁵ VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 105.

¹⁰⁵⁶ MEUKE B., « De l'expertise en droit des sociétés OHADA », *op. cit.*, p. 11.

justice¹⁰⁵⁷. Elle consiste pour une personne de se prémunir des preuves qu'elle pourra utiliser lors d'un procès éventuel¹⁰⁵⁸. Il s'agit donc d'un procédé permettant à son demandeur d'obtenir certaines informations des dirigeants sociaux en prélude à un procès. En droit OHADA, l'expertise *in futurum* n'est pas prévue par l'AUSC, mais découle implicitement des dispositions du droit interne de certains pays membres. Au Cameroun par exemple, elle est déduite de l'article 116 du Code de procédure civile et commerciale qui énonce « qu'un ou plusieurs experts peuvent être désignés avant le cours d'une contestation afin d'établir la preuve de certains faits et actes¹⁰⁵⁹ ». Elle peut être exercée dans toutes les formes de sociétés et par tout intéressé¹⁰⁶⁰. L'expertise préventive complète l'expertise de gestion en ce sens qu'à défaut de remplir les conditions de la mise en œuvre d'une expertise de gestion, les associés ne détenant pas le dixième du capital pourront recourir à l'expertise préventive¹⁰⁶¹.

β -l'alerte

L'alerte est une procédure destinée à attirer l'attention sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société¹⁰⁶². Elle peut être déclenchée par les commissaires aux comptes ou par les associés.

Le commissaire aux comptes qui constate les mauvais résultats persistants ou tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation relevés lors de l'examen des documents qui lui sont communiqué ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa fonction, doit demander des explications au dirigeant social qui est tenu de répondre. A la suite de la réponse du dirigeant, le commissaire aux comptes peut établir un rapport destiné à l'information des associés sur la situation.

Contrairement au commissaire aux comptes pour qui le déclenchement de l'alerte est un devoir, l'alerte est une faculté pour les associés. Elle consiste pour tout associé non gérant ou pour tout actionnaire, deux fois par exercice, à poser par écrit des questions au dirigeant social sur les actes de gestion. Le dirigeant répond par écrit dans un délai de quinze jours aux questions posées. Dans le même délai, il adresse une copie de la question et de la réponse au commissaire aux comptes s'il y en a un dans la société¹⁰⁶³.

b) Procédés d'information pendant le déroulement de la procédure collective

Les associés ont droit à l'information pendant les périodes d'administration provisoire (α) ou de la liquidation (β) de leur société.

α- Procédés d'information pendant la période d'administration provisoire

¹⁰⁵⁷ VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 122 ; MEUKE B., *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁵⁸ VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 122.

¹⁰⁵⁹ V. également l'article 167 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali. En France, cette procédure découle de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile.

¹⁰⁶⁰ VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 225.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, n° 226.

¹⁰⁶² V. articles 150 et s. de l'AUSC.

¹⁰⁶³ V. articles 157, 158 et 158-1 de l'AUSC.

L'administration provisoire est une pure construction de la jurisprudence française¹⁰⁶⁴ dont les origines remontent en milieu du XIX^e siècle¹⁰⁶⁵. Elle s'est progressivement étendue à d'autres systèmes juridiques. Dans l'espace OHADA la technique de l'administration provisoire a intégré le droit des Etats membres¹⁰⁶⁶ où elle est mise en œuvre par les tribunaux¹⁰⁶⁷ et d'autres organes compétents¹⁰⁶⁸. L'administration provisoire est restée réglementer dans l'espace OHADA par de nombreuses lois spéciales¹⁰⁶⁹, dont le caractère spécial et superficiel ne permettait pas de dégager « une théorie d'ensemble en la matière¹⁰⁷⁰ ». C'est fort de cela que l'AUSC révisé en ses articles 160-1 et suivants a aménagé la technique de l'administration provisoire. C'est une technique qui consiste, en cas de difficulté graves entraînant un dysfonctionnement de la société, à faire désigner par la juridiction compétente, un administrateur provisoire chargé d'assurer momentanément la gestion sociale¹⁰⁷¹.

L'aménagement de l'administration provisoire s'est accompagnée d'un renforcement de l'information des associés pendant cette période¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁴ V. notamment Arrêt FRUEHAUF, C. A. de Paris, 22 mai 1965, *Rev. trim. dr. com.*1965. 619, obs. Rodière.

¹⁰⁶⁵ LAPP (Ch.), « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *Rev. trim. dr. com.* 1952, p. 769 ; CHASSAGNON (A.), *L'administrateur provisoire des sociétés commis par justice*, thèse dactyl., Paris, 1954, p.2. CONTIN (R.), « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, chr. p. 45 et s.

¹⁰⁶⁶ NGUIHE KANTE P., *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficultés en droit camerounais*, thèse, Yaoundé, 1999, p. 83 et s., NYAMA J. M., *Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun*, thèse, Paris, 1980, p. 48 et s.

¹⁰⁶⁷ KALIEU Y. R., « Note sur arrêt n° 38/REF du 10 févr. 1999, affaire REEMTSMA et autres C/ SITABAC et autres, Cour d'appel du Littoral (Cameroun) », *Juridis Périodique* n° 42 avril - Mai - Juin 2000. p. 45 à 54 ; Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 258 du 25 févr. 2000, *Bulletin Juris Ohada*, n°1/2002, jan.-mars 2002, p. 42, note anonyme ; ohadata J-02-132, *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, p. 648, n° 38.

¹⁰⁶⁸ Certains organes notamment, les commissions bancaires, la commission régionale de contrôle des assurances, les conseils des ministres et les ministres sont également compétents pour désigner l'administrateur provisoire qui est qualifié en ce moment d' « administrateur provisoire non judiciaire », cf. NJOYA NKAMGA B., *L'administrateur provisoire dans l'espace OHADA*, 1^{re} éd., édition Viritas, 2012, p. 18, n°6.

¹⁰⁶⁹ Il s'agit des lois concernant des sociétés soumises à un régime particulier à l'instar des établissements de crédit, les sociétés à capitaux publics, les sociétés d'assurance. On peut citer notamment l'Annexe de la Convention portant création de la commission bancaire de l'Afrique Centrale du 16 octobre 1990 (article 16), l'Annexe de la Convention portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique Centrale du 17 Janvier 1992 (article 39), la Convention régissant la commission bancaire de l'union Monétaire Ouest Africaine (article 26), le Code CIMA (article 321), le Règlement n°1/02/CEMAC/UMAC du 26 Janvier 2002 relatif aux conditions d'exercice de l'activité de micro-finance dans la CEMAC (article 63), la loi camerounaise n°99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic (article 23), le projet de Règlement relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté (article 29 à 56).

¹⁰⁷⁰ L'expression est empruntée LAPP Ch., *op. cit.*, p.769.

¹⁰⁷¹ V. article 160-1 de l'AUSC révisé.

¹⁰⁷² Les associés n'étaient pas bien traités pendant cette période, v. VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 234, qui observait avant la révision de l'AUSC que « leur traitement est abandonné au bon vouloir de l'administrateur ; ce dernier ayant la faculté de s'entretenir avec toute personne susceptible de l'informer sur la situation et les perspectives de redressement de l'entreprise ».

Aux termes de l'article 160-6 de l'AUSC révisé, lorsqu'il dispose de tous les pouvoirs d'administration au sein de la société, l'administrateur provisoire, dans les quatre mois de la clôture de l'exercice, établit les états financiers de synthèse annuels au vu de l'inventaire qu'il a dressé des divers éléments de l'actif et du passif existant à cette date et un rapport écrit par lequel il rend compte des opérations de l'administration provisoire au cours de l'exercice écoulé. Ces documents sont portés à la connaissance des associés lors de la tenue de l'assemblée des associés. Les associés peuvent également prendre communication des documents sociaux en période d'administration provisoire.

β- procédés d'information pendant la période de liquidation

La liquidation est l'opération qui consiste, en cas de dissolution de la société, à réaliser l'actif et à apurer le passif social. Le législateur OHADA a aménagé l'information des associés pendant cette période. Ces derniers sont informés tout d'abord au début de la procédure¹⁰⁷³. Ensuite, pendant le déroulement de la procédure, le liquidateur doit convoquer, au moins une fois par an et dans les six mois de la clôture de l'exercice (sauf dispense accordé par la juridiction compétente), l'assemblée des associés qui statue notamment, sur les états financiers de synthèse annuels¹⁰⁷⁴. Les associés peuvent également prendre communication des documents sociaux¹⁰⁷⁵. Enfin, à la fin de la liquidation, les associés sont convoqués pour statuer sur les comptes définitifs, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation¹⁰⁷⁶.

En définitive, l'information des associés est une exigence reconnue en droit OHADA. Le législateur, tout en prescrivant l'égal accès des associés à l'information, en a défini le contenu et les procédés. L'exigence d'information ne peut toute fois être respectée et produire tout l'effet recherché que si elle est garantie

II – Une exigence garantie

L'information des associés a une fonction essentielle dans les sociétés commerciales. Premièrement, elle permet aux associés d'avoir une meilleure connaissance de la situation financière de l'entreprise et de la gestion sociale. Deuxièmement, elle permet aux associés de contrôler leur société¹⁰⁷⁷. Troisièmement, l'information permet aux associés d'exercer efficacement leur droit

¹⁰⁷³ L'article 228 AUSC dispose en effet que « dans les six mois de sa nomination, le liquidateur convoque l'assemblée des associés à laquelle il fait rapport sur la situation active et passive de la société, sur la poursuite des opérations de la liquidation, le délai nécessaire pour les terminer et demande, le cas échéant, toutes autorisations qui pourraient être nécessaires ».

¹⁰⁷⁴ Article 233 de l'AUSC.

¹⁰⁷⁵ Article 234 de l'AUSC.

¹⁰⁷⁶ Article 217 de l'AUSC.

¹⁰⁷⁷ Les articles 289 et suivants de l'AUSC relatifs à l'information des associés dans les SNC sont d'ailleurs intitulés « contrôle des associés ». Les associés qui ont le droit de contrôler leur société ne peuvent cependant bien exercer cette prérogative que s'ils disposent des informations nécessaires et fiables.

de vote. Elle conditionne d'ailleurs le bon exercice du droit de vote¹⁰⁷⁸. L'information des associés joue de nombreuses autres fonctions¹⁰⁷⁹. Elle constitue une boussole qui oriente les associés dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel, « une donnée incontournable dans la gestion des relations sociales¹⁰⁸⁰ ».

Conscient du rôle que joue l'information des associés dans la vie des sociétés commerciales, le législateur OHADA a aménagé d'importantes garanties pour la rendre effective¹⁰⁸¹. Ces garanties se matérialisent par la reconnaissance d'un caractère d'ordre public aux dispositions relatives à l'information des associés (A), l'encadrement temporel et qualitatif de l'information (B) et l'édition d'une diversité de sanctions pour des cas de violation ou de non respect du droit à l'information des associés (C).

A-Le caractère d'ordre public des dispositions relatives à l'information des associés

Les dispositions relatives à l'information des associés, qu'elles émanent de l'AUSC ou des textes qui le complètent sont pour la plupart d'ordre public. Il ne peut y être dérogé sauf dans les cas prévus par la loi. En réalité l'analyse des dispositions de l'AUSC révèle qu'en matière d'information des associés, les dérogations admises devraient se faire suivant la méthode de l'« ordre public relatif¹⁰⁸² » observée en droit du travail¹⁰⁸³. Il s'agit de dérogations qui ne sont admises que si elle confère plus de protection à la partie dont la règle d'ordre public a été instituée pour protéger. Les auteurs soulignent d'ailleurs l'existence de cette méthode - qualifiée

¹⁰⁷⁸ Ainsi la Chambre commerciale de la Cour de cassation française a-t-elle refusé de qualifier d'abusif le vote d'un minoritaire rejetant une augmentation de capital destinée à éviter la dissolution de la société au motif que les actionnaires devant se prononcer sur une telle augmentation « doivent disposer des informations leur permettant de se prononcer en connaissance de cause sur les motifs, l'importance et l'utilité de cette opération au regard des perspectives d'avenir de la société et qu'en l'absence d'une telle information, ils ne commettent pas d'abus en refusant d'adopter la résolution proposée » (Cass. Com. 20 mars 2007, *D.* 2007, AJ, p. 952, obs. Lienhard ; *Id.* 2008, Pan., p. 384, obs. Hallouin et Lamzerolles ; *Dr. sociétés* 2007, n° 87, note Lécuyer ; *Bull. Joly* 2007, p. 745, note Schmidt ; *JCP (éd. E)* 2007, p. 1755, note Viandier ; *Id.*, p. 1877, n° 3, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; *Id.* 2008, p. 1721, note Monsallier-Saint-Mleux ; *RJ com.* 2007, 216, obs. Monsérie-Bon ; *RTD fin.* 2007, n° 2, p. 88, obs. Poracchia ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 806, note Champetier de Ribes-Justeau ; *RTD com.* 2007, p. 744, obs. Champaud et Danet).

¹⁰⁷⁹ L'information communiquée au public ou aux investisseurs avant le début des opérations de souscription des actions par les sociétés qui se constituent par appel public à l'épargne leur permet de mieux apprécier les opportunités d'investissement dans cette société...

¹⁰⁸⁰ NJEUFACK TEMGWA R., « La règle de la majorité dans le droit des sociétés commerciales OHADA », in *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, T. 10, PUA, 2006, p. 84.

¹⁰⁸¹ LE CANNU P., « Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, Liber amicorum*, Paris, éditions Joly 2005, p. 337 et s.

¹⁰⁸² En réalité une distinction est faite entre les règles d'ordre public pouvant faire l'objet de dérogation et celles ne pouvant pas faire l'objet de dérogation. Les premières font partie d'un « ordre public social » ou plutôt d'un « ordre public relatif » et les secondes d'un « ordre public absolu ».

¹⁰⁸³ Sur ce point, CANUT FL., *L'ordre public en droit du travail*, Paris, LGDJ, Bibl. de l'institut André Tunc, T. 14, 2007, p.151, n° 135 ; COUTURIER G., « Ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Etudes Flour*, Défrénois, 1979, p. 111, n°5, indiquant qu'en droit du travail les règles d'ordre public font l'objet d'une « indérogabilité relative ».

aussi de « principe de faveur¹⁰⁸⁴ » - en droit des sociétés¹⁰⁸⁵. La présence de la locution adverbiale « au moins » dans de nombreuses dispositions de l'AUSC relatives à l'information des associés atteste certainement de la présence en la matière du « principe de faveur »¹⁰⁸⁶. A titre d'exemple, lorsque l'alinéa 1^{er} de l'article 548 de l'AUSC prévoit que « l'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une (1) fois par an, dans les six (6) mois de la clôture de l'exercice,... », il permet des dérogations, mais dans le sens de l'amélioration de l'information des associés. En effet, les clauses des statuts qui mettraient sur pied une périodicité moins importante de tenue de l'assemblée générale seraient réputées non écrites. Il en est de même de celles qui réduiraient les délais de convocation aux assemblées ou de communication des documents. A l'inverse, on pourrait admettre que les associés puissent augmenter leur prérogative dans ce domaine, en augmentant par exemple la périodicité de tenue des assemblées ou le délai de convocation aux assemblées d'associés.

Le non respect des dispositions relatives à l'information des associés - qui peut se manifester par un défaut d'information, une mauvaise information ou une information insuffisante - peut être sanctionné. Les dispositions d'ordre public concourent à l'encadrement temporel et qualitatif de l'information.

B – L'encadrement temporel et qualitatif de l'information

Elle est marquée par la fixation des délais et de la périodicité de l'information (1), ainsi le contrôle de sa fiabilité (2).

1-L'encadrement temporel : la fixation des délais et de la périodicité de l'information

Pour garantir l'information des associés, le législateur n'a pas laissé le choix au débiteur de l'information de décider du moment où de la périodicité de l'information. Il a fixé de manière impérative la périodicité (a) et les délais (b) de l'information.

a) La périodicité de l'information

Le législateur a fixé la périodicité de tenue des assemblées annuelles d'associés. Il s'agit des assemblées aux cours desquelles les associés sont informés notamment des comptes de l'exercice écoulé à travers notamment le rapport de gestion, l'inventaire, les états financiers de synthèse. Ces assemblées doivent

¹⁰⁸⁴ JEAMMAUD A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p.115 ; V. également CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 243, qui estime que le principe de faveur constitue « l'âme du droit du travail » ; SCHRYVE L., *L'ordre public et le droit des sociétés*, thèse dactyl., Université de Lille 2, 2009, p. 563 et s.

¹⁰⁸⁵ LEGROS J.-P., « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. Sociétés* 1991, p. 290, n° 35, indiquant que « l'ordre public de protection en matière de société présente une particularité semblable à celle que comporte l'ordre public en droit social ». L'auteur ajoute que « la protection des minoritaires peut être renforcée, mais elle ne saurait être amoindrie » ; SCHRYVE L. *op. cit.*, p. 563 et s.

¹⁰⁸⁶ Notamment, articles 338 al. 1, 548 al. 1 de l'AUSC.

impérativement se tenir dans les six mois de la clôture de chaque exercice¹⁰⁸⁷. Il s'agit d'une exigence impérative à laquelle les dirigeants sociaux ne peuvent se soustraire. Ils ne peuvent choisir une autre périodicité, car les associés doivent être régulièrement informés de la gestion de leur société. D'ailleurs si l'assemblée des associés n'a pas été réunie dans ce délai, le ministère public ou tout associé peut saisir la juridiction compétente statuant à bref délai afin d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, aux dirigeants sociaux de convoquer cette assemblée ou désigner un mandataire ad hoc pour y procéder¹⁰⁸⁸.

b) Les délais de l'information

Les associés ne peuvent exploiter l'information à des fins utiles que si celle-ci leur parvient dans des délais raisonnables. A quoi servirait-il de communiquer des documents aux associés dans un délai aussi court qu'ils ne puissent pas les exploiter à temps pour préparer l'assemblée générale en vue ? Serait-il utile d'adresser une convocation en vue d'une assemblée dans un délai tellement proche que les associés ne puissent pas ménager du temps et la réflexion pour y prendre part et émettre un vote éclairé ? C'est pour conférer une certaine valeur à l'information donnée aux associés que le législateur a fixé des délais aussi bien pour la communication de certains documents aux associés que pour leur convocation aux assemblées générales. Les documents sociaux (notamment le rapport de gestion, l'inventaire, les états financiers de synthèse) doivent être communiqués ou pouvoir être consultés au siège social par les associés au moins 15 jours avant la tenue de l'assemblée¹⁰⁸⁹. Cette exigence s'impose même en cas de consultations écrites¹⁰⁹⁰. En ce qui concerne les convocations pour les assemblées d'associés, elles doivent selon les cas, être adressées aux associés ou publiées dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales dans l'Etat partie du siège social au moins 15 jours avant la tenue de l'assemblée¹⁰⁹¹. Il s'agit d'une exigence d'ordre public à laquelle il ne peut être dérogé. Ainsi a été annulée une assemblée convoquée quatorze et non quinze jours à l'avance¹⁰⁹². Les clauses de statuts qui stipuleraient un délai plus court devraient être considérées comme nulles. En revanche on pourrait admettre que les associés puissent prévoir un délai plus long. Par ailleurs toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée¹⁰⁹³.

2-L'encadrement qualitatif : le contrôle de l'information donnée aux associés par des spécialistes

¹⁰⁸⁷ Articles 140 al. 2, 306 al. 1, 288 al. 1, 348 al. 1 et 548 de l'AUSC. Il est vrai que la loi envisage dans certains cas, la possibilité pour le dirigeant social de demander la prorogation de ce délai de six mois à la juridiction compétente (article 348 al. 1 de l'AUSC).

¹⁰⁸⁸ V. par exemple articles 348 al. 2 et 548 de l'AUSC.

¹⁰⁸⁹ Articles 306 al. 2, 288 al. 2, 345 al. 2, 778-15 al. 3 de l'AUSC.

¹⁰⁹⁰ Article 340 de l'AUSC.

¹⁰⁹¹ Articles 286 al. 1, 338, al. 1, 303 al. 1, 404 al. 3, 518 al. 5, 6, 827-6 al. 3 et 4 de l'AUSC.

¹⁰⁹² Cass. Com., 6 juillet 1983, *Rev. Sociétés*, 1984, 76, note Guyon Y. ; D. 1985, IR, 135, note Bousquet J. C.

¹⁰⁹³ Articles 303 al. 4, 286 al. 3, 339. Mais l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés.

L'information des associés est effective ces derniers ont accès dans les délais ou aux périodes prévues par la loi, à des informations utiles, intelligibles et exactes. On ne saurait donc parler d'une information effective des associés si les informations portées à leur connaissance ne sont pas fiables. Ce n'est que lorsque l'information est exacte qu'elle peut être exploitée à des fins utiles. Une mauvaise information ne permet pas aux associés d'exercer efficacement leur pouvoir de décision. Certes le législateur impose aux dirigeants sociaux de respecter les principes comptables, ce qui est de nature à donner une image fidèle à leur gestion et à garantir la qualité de l'information¹⁰⁹⁴. Mais il demeure possible que les informations données aux associés soient faussées. Les associés ne disposent pourtant pas toujours de compétences pouvant leur permettre d'apprécier la fiabilité de toutes les informations qui sont mises à leur disposition. C'est conscient de tout cela que le législateur a prévu des mécanismes de contrôle par des spécialistes, de l'information destinée aux associés. L'information est en général contrôlée par le commissaire aux comptes (a). Mais dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, l'autorité de régulation financière intervient aussi pour contrôler l'information destinée aux associés (b).

a) Le contrôle de la fiabilité de l'information par le commissaire aux comptes

Le rôle du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales n'est plus à démontrer. Il a notamment pour mission de contrôler les comptes de la société¹⁰⁹⁵ et de prévenir ainsi les difficultés d'entreprise¹⁰⁹⁶, de s'assurer que l'égalité est respectée entre les associés¹⁰⁹⁷, de déclencher l'alerte etc.¹⁰⁹⁸. C'est pourquoi il faut saluer les innovations apportées par la récente révision de l'AUSC dans le sens de la généralisation du commissariat aux comptes dans toutes les sociétés commerciales¹⁰⁹⁹. Il est évident que pour mieux exercer ces missions, le commissaire aux comptes doit jouir d'une certaine indépendance par rapport aux dirigeants sociaux¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁴ V. articles 3, 9 et 14 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises.

¹⁰⁹⁵ V. articles 710 et s. de l'AUSC.

¹⁰⁹⁶ ALGADI A. S., « Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », in *Penant* n° 870, p. 5 et s.

¹⁰⁹⁷ Article 714 de l'AUSC.

¹⁰⁹⁸ V. AFECAC, synthèse des travaux du séminaire international sur « le rôle du commissaire aux comptes dans la gouvernance de l'entreprise dans l'espace OHADA », in *www.ohada.com*.

¹⁰⁹⁹ Alors que le commissariat aux comptes n'était prévu dès le départ que pour les sociétés à risque limité (SA, SARL) désormais, il est possible de disposer d'un commissariat aux comptes dans les sociétés à risque illimité, à savoir les SNC (v. article 289-1) et les SCS (l'article 293-1 permet l'application des règles de la SNC à la SCS). Dans la SAS, les associés peuvent nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes (v. articles 853-13 et s.)

¹¹⁰⁰ Pour garantir cette indépendance, l'AUSC a défini les incompatibilités (voir articles 378, 687 à 701 de l'AUSC). Sur la question de l'indépendance du commissaire aux comptes, lire ALGADI A. S., « Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 5 et s., spéc. p. 6 et s. ; VIDAL D., « Libres propos sur l'indépendance du commissaire aux comptes après la LSF » in *Mélanges D. SCHMIDT*, éd. Joly 2005, p. 475 et s. ; BARBIERI J. F., « Code de

Dans le cadre de sa mission de protection des intérêts des associés, il revient au commissaire aux comptes de contrôler la fiabilité de l'information donnée aux associés. Il exerce cette mission à de nombreuses occasions : D'abord, lorsque les associés décident d'exercer la prérogative que la loi leur reconnaît de poser des questions aux dirigeants sociaux (ce qui peut conduire à l'alerte), ce dernier répond par écrit et adresse toujours une copie de la question et de la réponse au commissaire aux comptes¹¹⁰¹. Ensuite, dans le cadre de l'exercice de la prérogative que la loi leur reconnaît de consulter au siège social, deux fois par exercice les documents et pièces comptables, ainsi que les procès-verbaux des délibérations, les associés non gérants ont le droit de se faire assister par un expert comptable ou un commissaire aux comptes à leur frais¹¹⁰². Enfin, à la clôture de l'exercice, les états financiers de synthèse annuels et le rapport de gestion sont adressés aux commissaires aux comptes quarante-cinq jours avant la date de l'assemblée générale ordinaire (dans les SA, SAS et SARL)¹¹⁰³. La communication des documents aux commissaires aux comptes vise de manière générale à lui donner des outils nécessaires pour exercer son contrôle sur la société. Elle vise de manière spécifique à mettre à sa charge, l'obligation de vérifier la fiabilité des informations contenues dans lesdits documents¹¹⁰⁴.

Dans tous les cas l'obligation de communiquer une copie des documents destinés aux associés au commissaire aux comptes a aussi un rôle dissuasif à l'égard des dirigeants sociaux. Le simple fait de savoir que les informations destinées aux associés sont vérifiées par le commissaire aux comptes pourrait leur contraindre à fournir des informations fiables. Le législateur a fait de la communication des documents au commissaire aux comptes une exigence d'ordre public qui ne saurait connaître des dérogations ou des restrictions sous peine d'un rappel à l'ordre par le juge¹¹⁰⁵.

Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, le rôle du commissaire aux comptes dans le contrôle de la fiabilité de l'information destinée aux associés est plus étendu. D'après l'article 42 du Règlement général de la COSUMAF du 15 janvier 2009, « les commissaires aux comptes apportent leur contribution au bon fonctionnement du marché en assurant la fiabilité des informations financières et comptables contenues dans le document d'information et des documents

déontologie et indépendance des commissaires aux comptes », *Bull. Joly sociétés* 2006, n° 3, p. 409 ; GUYON Y., « L'indépendance des commissaires aux comptes » *JCP* 1977, I., 2831.

¹¹⁰¹ V. articles 157, 158, 345 de l'AUSC.

¹¹⁰² Article 289 de l'AUSC.

¹¹⁰³ Article 140 al. 1 de l'AUSC.

¹¹⁰⁴ D'après l'article 713 de l'AUSC, « le commissaire aux comptes vérifie la sincérité et la concordance avec les états financiers de synthèse, des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas et dans les documents sur la situation financière et les états financiers de synthèse de la société adressés aux actionnaires ».

¹¹⁰⁵ Le juge français a eu à sanctionner le refus de communication de documents au commissaire aux comptes (C. A. Paris, 9^{ème} Ch, Section A, Corr. 24 septembre 2008) ; MERLE Ph., « Entrave aux fonctions du commissaire aux comptes », *Bull. commissaire aux comptes*, 2008, n° 152, 670.

comptables et financiers établis par les émetteurs, les organismes et intermédiaires du marché ».

A la suite du contrôle de l'information, le commissaire aux comptes, dans les cas prévus par la loi, fait état de ses observations dans un rapport qu'il présente aux associés lors de leur assemblée générale¹¹⁰⁶. Sont nulles les délibérations prises sans que les rapports devant être établis par le commissaire aux comptes conformément à l'AUSC aient été soumis à l'assemblée générale¹¹⁰⁷.

b) Le contrôle de la fiabilité de l'information par l'autorité de régulation financière¹¹⁰⁸

Dans les sociétés cotées, en plus du commissaire aux comptes, l'autorité de régulation financière¹¹⁰⁹ intervient pour contrôler la fiabilité de l'information destinée aux associés ou aux futurs associés (investisseurs)¹¹¹⁰. L'information diffusée dans le public par les personnes ou entités faisant appel public à l'épargne doit en effet être exacte, précise et sincère¹¹¹¹. Le contrôle intervient à diverses étapes de la vie sociale et porte sur diverses informations ou documents. De manière générale, le contrôle porte sur les informations diffusées préalablement à l'appel public à l'épargne ou après.

Lorsque la société fait appel public à l'épargne, le projet de document destiné à l'information du public est soumis au contrôle de l'autorité de régulation de la bourse des valeurs mobilières. Ce n'est qu'à la suite de ce contrôle que l'autorité peut accorder son visa¹¹¹². Ce contrôle s'étend au supplément au document d'information que doit établir l'émetteur en cas de changement important survenu après l'obtention du visa¹¹¹³. Si le document d'information n'est pas conforme aux dispositions légales, l'autorité de contrôle de la bourse peut refuser son visa¹¹¹⁴. Le refus de visa entraîne l'interdiction de solliciter l'épargne

¹¹⁰⁶ V. notamment articles 711, 713 al. 2.

¹¹⁰⁷ Article 717-1 al. 1.

¹¹⁰⁸ Dans le secteur bancaire, les Autorités de tutelle que sont l'Autorité Monétaire, la Banque Centrale et la COBAC s'assurent de la fiabilité des informations destinées au public et peuvent ordonner aux établissements concernés de publier des rectificatifs dans le cas où des inexactitudes ou omissions altérant la sincérité des informations en cause auraient été relevées (V. article 37 de l'Annexe à la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique centrale).

¹¹⁰⁹ En l'absence de cet organisme, c'est le Ministre chargé des finances de l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, des autres Etats parties dont le public est sollicité (article 90 al. 1 de l'AUSC).

¹¹¹⁰ D'après l'article 3 du Règlement général de la COSUMAF du 15 janvier 2009, la COSUMAF a pour mission de veiller notamment à l'information des investisseurs.

¹¹¹¹ V. article 24 du Règlement général de la COSUMAF précité.

¹¹¹² D'après l'article 26 du Règlement de la COSUMAF, le visa ne porte pas sur l'opportunité de l'opération envisagée, mais sur la pertinence et la cohérence de l'information publiée (v. aussi article 3 al. 2 Règlement CMF).

¹¹¹³ Article 92 de l'AUSC, 38 du Règlement général de la COSUMAF.

¹¹¹⁴ Article 33 Règlement COSUMAF.

publique pour l'opération envisagée¹¹¹⁵. Il y a cependant dispense de l'obligation de publier un document d'information ou d'obtenir un visa dans certains cas¹¹¹⁶.

Au cours du fonctionnement de la société, de nombreuses informations diffusées au public sont soumises au contrôle préalable de l'autorité de contrôle de la bourse. L'autorité contrôle tout projet d'émission de nouvelles valeurs mobilières par un émetteur dont les titres sont déjà cotés à la bourse¹¹¹⁷. De même les copies d'encarts ou d'annonces publicitaires destinées à la presse écrite ainsi que les textes d'annonces radio diffusées ou télévisées sont soumis au contrôle de l'autorité de régulation¹¹¹⁸. Le non respect des règles relatives à l'information des associés peut être sanctionné.

C-Les sanctions en cas de violation ou de non respect du droit à l'information des associés

De nombreuses sanctions sont prévues par l'AUSC, d'autres Actes uniformes, ainsi que les textes spéciaux auxquels sont assujetties les sociétés faisant appel public à l'épargne, pour des cas de non respect du droit à l'information des associés. Ces sanctions sont en général prononcées par les tribunaux (1). D'autres sanctions spécifiques aux sociétés faisant appel public à l'épargne sont prononcées par les autorités de régulation financière (2). Il convient de préciser que les associés peuvent également sanctionner les dirigeants fautifs, notamment par la révocation.

1-Les sanctions judiciaires

En cas de méconnaissance du droit à l'information des associés, les tribunaux peuvent prononcer des sanctions civiles ou pénales.

a) les sanctions civiles

Elles sont constituées :

D'abord, de l'exécution forcée en nature¹¹¹⁹. L'exécution forcée fait partir des sanctions applicables aux cas d'inexécution des obligations mis à la charge de

¹¹¹⁵ Article 34 Règlement COSUMAF. D'après l'article 115 du Règlement général du CREPMF, « la non obtention du visa préalable par le Conseil Régional entraîne, tant à l'égard du postulant que du public sollicité, la nullité de l'opération ».

¹¹¹⁶ V. articles 95 et s. de l'AUSC, articles 26 et s. de la Décision du 03 décembre 2002 portant Règlement général de la CMF.

¹¹¹⁷ V. article 21 Règlement général CREPMF.

¹¹¹⁸ Articles 21 Décision du 3 décembre 2002 portant Règlement général de la CMF, 73 du Règlement général de la COSUMAF.

¹¹¹⁹ Sur la distinction entre exécution forcée et exécution en nature, v. LONIS-APOKOURASTOS V., *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. MESTRE J., n° 11, p. 26-27 : « Certains auteurs considèrent que l'expression exécution forcée est synonyme d'exécution en nature de l'obligation. Selon d'autres, l'exécution en nature étant l'un des modes d'exécution forcée des obligations » ; LAITHIER Y.-M., *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. MUIR WATT H., n° 15, p. 37 : l'exécution forcée s'oppose à l'exécution volontaire : « L'exécution de l'obligation contractuelle est forcée lorsqu'elle est ordonnée par le juge... L'exécution forcée a lieu en nature si le débiteur est condamné à fournir l'objet précis de la prestation convenue ; elle a lieu par équivalent si elle vise à octroyer au créancier des dommages-intérêts évalués de façon à replacer dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été ponctuellement et complètement exécuté » ; *Contra* : LE GAC-PECH S., « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7, spéc. p. 14-15 : « Il faut tenir pour synonyme l'exécution forcée ou en nature, car l'exécution sous contrainte est toujours une exécution en

certaines personnes en droit des sociétés¹¹²⁰. Lorsqu'il y a méconnaissance de l'obligation d'information des associés, le juge peut prononcer à l'égard du débiteur une obligation d'exécuter l'obligation en question. Il peut s'agir d'une part de l'exécution forcée en nature de l'obligation de communiquer les documents sociaux aux associés. L'alinéa 2 de l'article 528 de l'AUSC prévoit par exemple que « le président de la juridiction compétente peut ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire... »¹¹²¹.

Il peut s'agir d'autre part de l'exécution forcée en nature de l'obligation de convoquer une assemblée. En principe l'assemblée des associés doit être convoquée par les organes sociaux que sont les gérants, conseil d'administration ou administrateur général, selon le cas¹¹²². A défaut, elle peut être convoquée par le commissaire aux comptes¹¹²³ et, en période de crise, par l'administrateur provisoire¹¹²⁴ ou le liquidateur¹¹²⁵ selon le cas. En cas de non convocation d'assemblée par les dirigeants sociaux, l'AUSC entré en vigueur en 1998 ne prévoyait qu'une possibilité d'exécution forcée en nature par un tiers : l'associé peut demander en justice¹¹²⁶ la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour¹¹²⁷. L'AUSC révisé a étendu le champ des personnes appelées à exécuter de manière forcée l'obligation de convoquer l'assemblée d'associés, en prévoyant désormais la possibilité d'une exécution forcée en nature par les dirigeants sociaux. D'après l'article 548 (nouveau) de l'AUSC, « ... si l'assemblée générale ordinaire n'a pas été réunie dans ce délai, le ministère public ou tout actionnaire peut saisir la juridiction compétente statuant à bref délai afin

*nature consistant à contraindre le débiteur à ce à quoi il s'était obligé. On ne doit parler d'équivalence qu'à propos de la réparation, car la réparation est toujours un équivalent... Les termes de réparation en nature et d'exécution par équivalent ne sont que de faux concepts » ; en ce sens, v. MOLFESSIS N., « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 37, spéc. p. 46.*

¹¹²⁰ V. MIGNON-COLOMBET A., *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. GUYON.

¹¹²¹ En cas de refus de communiquer à l'actionnaire les documents requis, celui-ci peut saisir le juge de référé qui peut ordonner à la société, le cas échéant sous astreinte, la communication des documents. Il pourra même ordonner le cas échéant la suspension de la tenue de l'assemblée jusqu'à l'accomplissement de cette formalité. (TPI Yaoundé, Ord. Réf. n°494/0 du 6 février 2001, NDJEUDJUI Thaddée c/ Continental Business Machines S.A., inédit).

¹¹²² V. articles 286 al. 1, 337 al. 1 et 516 al. 1 de l'AUSC.

¹¹²³ Articles 337 al. 3, 516 al. 2 (1°) de l'AUSC.

¹¹²⁴ V. article 160-6 al. 3 de l'AUSC.

¹¹²⁵ V. article 516 al. 2 (3°) de l'AUSC.

¹¹²⁶ Le juge des référés a compétence pour désigner le mandataire en question : Tribunal régional hors classe de Dakar – audience du 28 octobre 2002 – jugement n°1364, Papa Balle Diouf c/ Mamadou SY, ohada.com, Ohadata J-05-39. Sur les différents cas d'intervention du juge des référés en droit des sociétés v. LEFEUVRE C., *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006.

¹¹²⁷ Article 337 al. 1, 516 al. 2 (2°) de l'AUSC. Si dans la SARL tout associé peut introduire cette demande, peu importe le nombre de parts sociales qu'il détient, dans la SA la demande doit être introduite soit par tout intéressé en cas d'urgence, soit par un ou de plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale.

d'enjoindre, le cas échéant, sous astreinte, aux dirigeants de convoquer cette assemblée ou de désigner un mandataire pour y procéder¹¹²⁸ ».

Ensuite, de la nullité¹¹²⁹. Dans de nombreux cas, la méconnaissance du droit à l'information des associés est sanctionnée par la nullité. Il peut s'agir de la nullité d'une assemblée irrégulièrement convoquée¹¹³⁰, de la nullité d'une délibération prise en violation des dispositions de l'AUSC relatives à l'information des associés¹¹³¹ ou de la nullité de certaines opérations¹¹³². En général la nullité encourue lorsqu'une assemblée a été irrégulièrement convoquée est une nullité facultative¹¹³³. L'AUSC prévoit en effet que l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés¹¹³⁴. La jurisprudence se conforme à cette exigence légale¹¹³⁵.

Enfin, des dommages-intérêts. Les débiteurs de l'obligation d'information des associés peuvent voir leur responsabilité civile être engagée suite au non respect ou à la mauvaise exécution de ladite obligation. En ce qui concerne les dirigeants sociaux, leur responsabilité civile¹¹³⁶ est organisée par le livre 3 de l'AUSC. D'après l'article 161 de cet Acte uniforme, « sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers

¹¹²⁸ V. aussi l'article 348 al. 2 de l'AUSC.

¹¹²⁹ KASSIA B. O., « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique » in *Penant* n° 848, p. 352 et s.

¹¹³⁰ V. articles 286 al. 3, 303 al. 4, 339, 519 al.4, 674 al. 3, 684, 827-11 de l'AUSC. La CCJA a rendu un arrêt remarqué relatif à la nullité d'assemblée irrégulièrement convoquée (CCJA, arrêt n°034/2008/PC, 3 juillet 2008, Bassirou Ka c/ Abdoulaye Cisse, Mohamed El Béchir Sissoko et Djibril Cisse, note NJEUFACK TEMGWA R., in POUGOUE P. G. et KUATE TAMEGHE S. S. (dir.), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p. 121-128). Le déplacement du lieu de la réunion sans informer tous les associés consiste en un défaut de convocation (Tribunal Régional hors classe, de Dakar, jugement n°2301 du 27 octobre 2004, Bara Tall c/ Chaekh Oumar Dioum et Youssou Ndour, in *www.ohada.com*, Ohadata J-05-103).

¹¹³¹ V. articles 345 al. 5, 440 al. 7, 525 al. 4, 547 al. 4, 622 al. 3, 626-1-1-1, 630, 778-14, 822-5 al 5, 853-14 al. 5 de l'AUSC. Il a été décidé que le juge des référés est incompétent pour annuler les délibérations d'une assemblée générale d'associés (Cour d'appel d'Abidjan, 5ème Chambre Civile et Commerciale, Arrêt n°32 du 13 janvier 2004, T.W et autres c/ K.B et K.A.L, *Le Juris Ohada*, n°4/2004, oct.-déc. 2004, p. 59; Ohadata J-05-180; *Repertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, p. 651, n° 50).

¹¹³² V. par exemple article 646- de l'AUSC qui prévoit la nullité des opérations de rachat réalisées en violation de certaines règles relatives à l'information des associés.

¹¹³³ Sur ce point, NJEUFACK TEMGWA R., « Assemblées de sociétés et décisions collectives », in POUGOUE P. G. (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 330 et s., n° 34 ; GUYON Y., « Caractère facultatif de la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires pour irrégularité de la convocation », *Rev. Sociétés*, 2002, p. 716.

¹¹³⁴ Articles 286 al. 3, 303 al. 4, 339, 519 al. 4 de l'AUSC.

¹¹³⁵ Trib. 1ère instance Abidjan, jugement n° 1245 du 21 juin 2001, Michel Jacob et autres c/ Sté Scierie Bandama-Etablissements Jacob et autres, *Ecodroit* n°1, juillet-août 2001, p. 49, *ohada.com*, Ohadata J-02-19 ; Cour d'appel d'Abidjan, Arrêt n° 1121 du 8 août 2003, La Société Ash International Disposal et Autres c/ Zokora Simplicite, in *www.ohada.com*, Ohadata J-04-99.

¹¹³⁶ Sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, v. AKAM AKAM A., « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2007, pp. 211-243 ; KOM J., « La responsabilité des dirigeants sociaux dans les cas de défaillances d'entreprises à la lumière du droit OHADA et des dispositions de droit interne camerounais », *Revue africaine des sciences juridique*, vol. 8, n°1, 2011 ; NJEUFACK TEMGWA R., *La responsabilité des dirigeants des sociétés commerciales OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999, 71 p.

des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». Les associés victimes d'un préjudice suite notamment, à un défaut d'information ou à mauvaise information du dirigeant social peuvent engager la responsabilité civile de ce dernier au moyen de l'action individuelle¹¹³⁷. Quant au commissaire aux comptes, il ressort de l'article 725 de l'AUSC qu'il est civilement responsable, tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables, des fautes et négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, sa responsabilité civile¹¹³⁸ pourrait par exemple être engagée s'il omet par myopie ou par complaisance, de déclencher la procédure d'alerte¹¹³⁹. L'action en responsabilité civile conduit à la condamnation du fautif au versement des dommages-intérêts aux personnes ayant subi un préjudice.

b) les sanctions pénales

La responsabilité pénale du débiteur de l'information peut être engagée lorsque les faits reprochés sont constitutifs d'une infraction pénale. De nombreux comportements sont incriminés par l'AUSC¹¹⁴⁰, d'autres Actes uniformes¹¹⁴¹, ainsi que certains textes spéciaux aux sociétés faisant appel public à l'épargne¹¹⁴². Tous les débiteurs de l'information, dirigeants sociaux¹¹⁴³, commissaires aux comptes¹¹⁴⁴... peuvent voir leur responsabilité pénale être engagée. En dehors de la loi n°99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier¹¹⁴⁵ qui incrimine des comportements et prévoit directement des sanctions, les autres textes

¹¹³⁷ Article 162 de l'AUSC. D'après l'article 164 al. 2 de l'AUSC, « l'action individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. L'action individuelle se prescrit par dix ans pour les crimes ».

¹¹³⁸ Sur la responsabilité civile du commissaire aux comptes, v. NEMEDEU R., « La responsabilité du commissaire aux comptes en droit OHADA : un enjeu plus théorique que pratique », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 8, n° 2, 2011, p. 1 et s.

¹¹³⁹ POUGOUE P. G., « L'impact de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales », *Juridis Périodique* n° 66, avr.-mai-juin 2006, p. 107 et s., spéc., p. 115.

¹¹⁴⁰ V. articles 887 4°, 890, 890-1, 891-3, 893 2°, 894 2°, 895, 896 2°, 899, 901, 902, 903 1°) 2°) 3°) 4°), 905 de l'AUSC.

¹¹⁴¹ Il s'agit de l'Acte uniforme sur la comptabilité (article 111), l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qui sanctionne certaines règles de droit comptable sous la qualification de banqueroute (articles 228 4°, 231 5°).

¹¹⁴² Loi n°99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier (notamment articles 37 et 38); Règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale (notamment articles 63 et 64); Règlement général de la COSUMAF du 15 novembre 2009 (notamment articles 383, 384, 389, 390, 400); Annexe à la Convention du 3 juillet 1996 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers (article 36).

¹¹⁴³ V. NDOKO N. C. et YAWAGA S., « Infractions relatives à la gestion des sociétés », in POUGOUE P.-G. (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, p. 957 et s.; MASCALA C., « La responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Petites Affiches* 19 juillet 1996, n° 87, pp. 16-22.

¹¹⁴⁴ Sur la responsabilité pénale du commissaire aux comptes, v. NEMEDEU R., article précité, p. 5 et s.; YAWAGA S., « Infractions relatives au contrôle de gestion », in POUGOUE P.-G. (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 991 et s.; NGOMO A.-FI., « Le commissaire aux comptes entre les obligations de faire et de ne pas faire pénalement sanctionnées dans l'espace OHADA », *Revue Africaine des Sciences Juridiques* n°2/2014, p. 59 et s.

¹¹⁴⁵ V. articles 35 à 39.

renvoient aux législations nationales pour la détermination des sanctions pénales encourues¹¹⁴⁶.

2-Les sanctions administratives

Dans les sociétés cotées le non respect de l'obligation d'information est également sanctionné par les autorités de régulation financière¹¹⁴⁷. Il convient de rappeler que l'obligation d'information pèse ici non seulement sur la société émettrice (principale débitrice de l'information) mais aussi sur de nombreuses autres personnes, notamment les prestataires de service d'investissement, l'entreprise de marché, les auxiliaires du marché financier. Nous nous limiterons cependant aux sanctions infligées à la société émettrice. Les autorités de régulations peuvent infliger des sanctions pécuniaires¹¹⁴⁸, des sanctions administratives (mise en garde, injonction, publication de la décision de sanction)¹¹⁴⁹, des sanctions disciplinaires (avertissement, blâme, suspension de dirigeant...)¹¹⁵⁰. Elles ne prononcent pas des sanctions pénales qui sont de la compétence des tribunaux. Il faut préciser que les décisions des autorités de régulations peuvent faire l'objet de recours¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁶ Les sanctions relatives aux comportements incriminés par les Actes uniformes sont déterminées par les législateurs nationaux en vertu de l'article 5 du traité de l'OHADA. Certains pays membres ont adopté des lois pénales spéciales à cet effet (loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA pour le Cameroun, loi n°98-22 du 26 mars 1998 relative aux sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSC pour le Sénégal). Pour les Etats n'ayant pas encore adopté une loi spéciale, il faut rechercher dans la loi pénale nationale, les sanctions qui répriment les comportements incriminés. Cela est de nature à générer d'énormes difficultés notamment, la disparité des sanctions en fonction des pays et l'absence de sanction de certains pays.

¹¹⁴⁷ Il s'agit de la CMF pour la Douala stock Exchange, la COSUMAF pour la bourse des valeurs mobilières de l'Afrique centrale, du CREPMF pour la bourse régionale des valeurs mobilières de l'UEMOA.

¹¹⁴⁸ V. Règlement général COSUMAF (notamment articles 383, 384, 390, 400, 405, 406), Règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale (notamment articles 61 et 64), Annexe à la convention du 3 juillet 1996 portant composition, organisation, fonctionnement et attribution du CREPMF (notamment articles 30, 31, 32, 33).

¹¹⁴⁹ V. notamment article 384 Règlement COSUMAF, article 20 de la Décision n°02/002 du 3 décembre 2002 portant Règlement général de la CMF, article 34 de l'Annexe à la Convention du 3 juillet 1996 précité.

¹¹⁵⁰ V. notamment article 35 de l'Annexe à la convention du 3 juillet précité, 168 du Règlement général du CREPMF, 115 de la Décision n°02/002 du 03 décembre 2002 portant Règlement général de la CMF.

¹¹⁵¹ Les recours contre les actes du CREPMF ayant un caractère réglementaire sont soumis à la Cour de justice de l'UEMOA alors que les recours contre les autres actes du CREPMF relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires des Etats (article 49 de l'Annexe à la convention du 3 juillet 1996 précité). Cette distinction ne semble pas observée ailleurs : les décisions de la CMF sont susceptibles de recours devant la Chambre administrative de la Cour suprême du Cameroun (article 32 al. 4 de la loi de 1999 portant création d'un marché financier) ; les recours contre les décisions de la COSUMAF sont portés devant la Cour de justice communautaire de la CEMAC (article 65 du Règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale, articles 15 et 419 du Règlement général de la COSUMAF).

Conclusion

En définitive, bien que ne figurant pas parmi les droits attachés aux titres¹¹⁵², l'information des associés est une exigence reconnue et protégée en droit OHADA à travers de nombreuses dispositions - impératives pour la plupart - de l'AUSC et d'autres textes spécifiques. Il s'agit d'une exigence qui présente un caractère irréductible dans toutes les sociétés commerciales, y compris dans la SAS marquée par la liberté contractuelle. Le législateur OHADA devrait peut-être, pour une vision générale, affirmer le droit à l'information des associés à travers une disposition générale de l'AUSC ou le faire figurer parmi les droits attachés aux titres. L'information des associés est requise à toutes les étapes de la vie sociale. S'agissant de sa fonction, l'information est cette lumière qui éclaire le jugement des associés afin de leur permettre d'exercer efficacement leur pouvoir décisionnel. Que serait en effet une société dans laquelle les associés ne pourraient exercer valablement leur pouvoir de décision en raison d'un défaut d'information ou d'une mauvaise information ? Fort de l'étendue de son domaine, de l'importance de sa fonction, de la protection à elle réservée et du renforcement qu'elle a connu à la faveur de la dernière révision de l'AUSC¹¹⁵³, ne peut-on pas affirmer comme un auteur que l'information semble constituer « le nouveau droit fondamental de l'actionnaire¹¹⁵⁴ » ?

¹¹⁵² Les articles 53, 751 à 758 de l'AUSC qui énumèrent respectivement les droits attachés aux titres et les droits attachés aux actions n'évoquent pas le droit à l'information de l'associé.

¹¹⁵³ Sur l'étendue de ce renforcement, v. note de bas de page n° 2.

¹¹⁵⁴ MONSALLIER-SAINT-MLEUX M. Ch., « Un actionnaire minoritaire mal informé, avant de voter une augmentation du capital, ne peut se voir opposer un abus de minorité », note sous Cass. Com. 20 mars 2007, *JCP (éd. E)* 2008, p. 1721.

Le cautionnement mutuel et l'inclusion financière en Afrique

Willy TADJUDJE, Docteur en Droit privé, Chargé de Cours Associé à l'Université du Luxembourg

Résumé :

Dans la plupart des pays d'Afrique, il est paradoxal de relever que les banques et établissements financiers sont en état de surliquidité, tandis que les micro-entrepreneurs n'ont pas accès au crédit. Cela s'explique principalement par la difficulté de ces derniers à fournir des garanties. Le cautionnement mutuel constitue un moyen efficace et durable, dans la mesure où il permet à des personnes de se réunir dans le cadre d'une société, afin de se fournir mutuellement une caution, à l'occasion de demandes de crédit. Toutefois, jusqu'ici, le cautionnement mutuel n'a pas été réglementé en Afrique, que ce soit en droit interne ou en droit communautaire, alors qu'il constitue une technique efficace pour l'inclusion financière. L'objectif de cette recherche est de présenter le potentiel du cautionnement mutuel comme instrument d'inclusion financière, ainsi que les stratégies de construction de son cadre juridique dans l'espace OHADA.

Mots-clés : cautionnement mutuel, inclusion financière, entrepreneuriat.

Abstract:

In most African countries, it is contradictory to note that banks and financial establishments are in a state of excess liquidity, while micro-entrepreneurs do not have access to credit. This is mainly due to the difficulty of micro-entrepreneurs to provide collaterals. Mutual guarantee is an effective and sustainable way, insofar as it allows people to come together in the context of a society to provide each other with sponsorship, on the occasion of credit applications. However, so far, the mutual guarantee has not been regulated in Africa, either in domestic law or Community law, even though it is an effective technique for financial inclusion. The objective of this research is to present the potential of mutual guarantee as a tool for financial inclusion, as well as strategies to build its legal framework in the OHADA zone.

Keywords: mutual guarantee, financial inclusion, entrepreneurship.

Introduction

L'inclusion financière (ou finance inclusive) désigne l'offre de services financiers et bancaires de base à faible coût pour des consommateurs en difficultés et exclus des services traditionnels. Ces personnes rencontrent des difficultés pour accéder à des services et produits financiers proposés par les prestataires classiques notamment les banques. En effet, ces services et produits ne sont pas habituellement adaptés à leurs capacités financières¹¹⁵⁵.

Au XXI^e siècle, tous les individus ont besoin d'accéder à des services bancaires, étant donné qu'ils sont indispensables pour leur intégration dans la société. Malheureusement, plusieurs rapports révèlent que le niveau d'exclusion financière est encore important. D'après le dernier rapport de la Banque mondiale par exemple, plus de 2,5 milliards de personnes à travers le monde n'ont pas accès à des services bancaires et près de 90% d'entre elles vivent en Afrique, en Asie et en Amérique latine. Plus concrètement, près de 75 % des adultes gagnant moins de deux dollars par jour n'ont pas de compte en banque. De même, plus 50% de la population vivant dans les pays en développement n'ont pas de compte en banque, contre 10 % dans les pays riches et développés. Enfin, parmi les personnes ayant un compte, seul 43 % l'utilisent pour épargner (World Bank, 2014).

L'accès aux services financiers est compromis, entre autres, en raison de l'incapacité des individus à fournir une garantie en contrepartie de l'obtention d'un crédit, que ce soit auprès des banques classiques ou auprès des établissements de microfinance (HUGON Ph., 2007; LABIE M. et *al.*, 2004), alors que toutes ces institutions financières sont déclarées être en état de surliquidité (DOUMBIA S., 2011 ; FOUA OWOUNDI J.-P., 2009).

Or l'importance du crédit, notamment pour les investissements n'est plus à démontrer, surtout pour un continent comme l'Afrique où beaucoup reste à faire en matière de développement économique et social (DIAKITE B.S., 2009 ; LELOUP F. et *al.*, 2003).

Dans la plupart des cas, face à l'impossibilité d'accéder au crédit dans des établissements financiers, ou par le biais des finances traditionnelle et informelle, les micro-entrepreneurs ont tendance à recourir aux usuriers¹¹⁵⁶, ce qui peut s'avérer très néfaste pour la survie de leur activité, au vu des taux d'intérêt pratiqués.

Compte tenu de l'importance du crédit dans la stratégie du développement, il devient crucial d'organiser des mécanismes destinés à faciliter son accessibilité, particulièrement aux petits entrepreneurs. Le cautionnement mutuel, organisé dans le cadre d'une société, semble être un créneau porteur, au vu des preuves qu'il a faites dans d'autres régions du monde.

Les sociétés de cautionnement mutuel sont des associations à but non lucratif consistant à offrir aux établissements financiers une garantie afin que des personnes sollicitant un crédit puissent l'obtenir dans des conditions favorables. A cet effet, le cautionnement mutuel est une technique de mutualisation des risques qui permet de

¹¹⁵⁵ L'exclusion financière ne constitue qu'une facette de l'exclusion sociale, phénomène plus large et affectant des groupes de personnes n'ayant pas accès à des services essentiels de qualité comme le logement, l'éducation ou les soins de santé (BAYOT B., JERUSALMY O., 2011).

¹¹⁵⁶ L'usure est une pratique illégale de l'activité de crédit consistant à dépasser les taux d'intérêt fixés légalement (PIEDELIEVRE, 2012 ; FIDI F., DE GOBBI S., 2003).

favoriser l'accès au crédit des petits entrepreneurs et même des particuliers, par un accompagnement spécifique d'une société (de cautionnement mutuel). Elle a pour objet de permettre l'octroi de crédit par un partenaire financier dans des conditions satisfaisantes, même lorsque les garanties offertes par l'emprunteur sont jugées insuffisantes (LEGRAND V., 2011).

Ainsi, le cautionnement mutuel consiste à « (...) substituer au débiteur isolé une collectivité formée par l'ensemble des débiteurs. Il a pour but d'apporter (...) une garantie collective à l'occasion d'opérations traitées par un sociétaire avec des tiers » (WAMPFLER B., 2012). Le crédit contracté au bénéfice d'un membre se désindividualise pour se communautariser. Le cautionnement mutuel constitue un mécanisme de garantie qui vise à responsabiliser l'ensemble des acteurs impliqués pour le remboursement du crédit.

Le cautionnement mutuel se présente en Afrique comme une garantie d'accès au crédit accessible à toutes les couches de la population. Mais son régime juridique n'a pas été défini. Dans une approche essentiellement juridique, les analyses porteront sur la zone OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)¹¹⁵⁷.

Au sein de l'espace OHADA cohabitent deux organisations d'intégration économique : la CEMAC (Communauté économique et monétaire des Etats de l'Afrique centrale) et l'UEMOA (Union économique et monétaire ouest africaine). Nous invoquerons également le droit dérivé produit par ces deux organisations¹¹⁵⁸, ainsi que le droit de la CIMA (Conférence interafricaine des marchés de l'assurance).

¹¹⁵⁷ Cette organisation a pour objectif d'uniformiser le droit des affaires (actuellement dans 17 Etats), à travers la production d'actes uniformes (9 en 2015) dont les dispositions sont directement applicables dans les Etats. (MARTOR B., PILKINGTON N., SELLERS D., THOUVENOT S., 2009).

¹¹⁵⁸ La CEMAC regroupe six Etats (Cameroun, Congo, République centrafricaine, Guinée équatoriale, Gabon et Tchad) et l'UEMOA huit (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo). Des dix-sept Etats parties au Traité instituant l'OHADA, trois ne sont ni membres de la CEMAC, ni membres de l'UEMOA. Il s'agit de la Guinée, de l'Union des Comores et de la République démocratique du Congo (SARR A.Y., 2008).

I- Le cautionnement mutuel, une sûreté

Le cautionnement mutuel est une sûreté particulière et accessible à tous.

A- Une sûreté particulière

Le cautionnement mutuel est avant tout une sûreté. D'après l'article 1^{er} de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sûretés, une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci. Dans le cadre d'une société de cautionnement mutuel, les associés réunissent des fonds pour garantir le prêt bancaire d'un des leurs, et il s'agit effectivement d'une sûreté. Entre autres classifications, les sûretés peuvent être personnelles ou réelles.

Les sûretés réelles portent sur des biens offerts au banquier prêtant les fonds, ce qui n'est pas le cas pour le cautionnement mutuel qui se présente plutôt comme une sûreté personnelle. Une sûreté personnelle est une garantie de paiement offerte au créancier, lui permettant d'aller demander le paiement de sa créance, sous certaines conditions, dans le patrimoine d'une autre personne que son débiteur¹¹⁵⁹. Un exemple classique de sûreté personnelle c'est le cautionnement. D'après l'article 13 de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, « le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ».

Certes, le cautionnement mutuel n'a pas été mentionné par l'acte uniforme, mais au vu de sa définition, il en découle qu'il s'agit d'une forme particulière de cautionnement.

Le cautionnement peut être simple ou solidaire. En cas de cautionnement simple, le créancier ne peut poursuivre la caution que lorsque le débiteur principal est définitivement défaillant et que les recours utilisables contre lui ont été épuisés. En cas de cautionnement solidaire, la caution peut être appelée à payer à la place de l'emprunteur dès que ce dernier est défaillant. De plus, lorsque plusieurs personnes sont cautions solidaires, elles garantissent ensemble le créancier et chacune d'entre elles est engagée pour le tout, sous réserve de pouvoir exercer, ultérieurement, à l'encontre de ses codébiteurs, une action récursoire (BROU KOUAKOU M., 2006).

Comme le cautionnement simple ou solidaire, le cautionnement mutuel met en relation un demandeur de crédit et une ou plusieurs personnes se portant garantes de son prêt (ROUTIER R., 2011; WAMPFLER B., 2002). Toutefois, le cautionnement mutuel se distingue du cautionnement simple et du cautionnement solidaire par deux principales caractéristiques.

D'abord la mutualité. « La principale caractéristique des sociétés de cautionnement mutuel est la mutualité, un principe de solidarité qui unit des petits entrepreneurs (...), économiquement faibles, et leur permet de s'apporter une aide réciproque grâce aux

¹¹⁵⁹ Une catégorie mixte c'est le cautionnement réel. Il caractérise un cautionnement où la caution affecte en garantie un bien déterminé (immeuble, valeurs mobilières, etc.) qui va venir en sûreté de l'engagement qui a été pris par le débiteur à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers (ATANGANA MALONGUE Th., 2010).

garanties constituées par les versements des différents adhérents (...)» (FIDI F., DE GOBBI S., 2003).

En effet, dans le cautionnement mutuel, les associés collectent les fonds (assiette du cautionnement) au préalable, ce qui constitue une garantie de plus pour le créancier. Or en cas de cautionnement solidaire (même porté par plusieurs personnes), certes le créancier peut poursuivre n'importe quelle caution, mais il court toujours le risque de lenteur d'exécution et même d'inexécution de l'obligation de remboursement. De plus, chaque associé, sachant qu'il bénéficiera du support du groupe à son tour, s'engage à respecter ses obligations, ce qui donne plus de crédibilité au cautionnement mutuel. A cet effet, le cautionnement mutuel « conjugue les principes classiques du mutualisme (épargne préalable) avec l'approche de la caution solidaire » (WAMPFLER B., 2012).

Ensuite le caractère institutionnel du cautionnement mutuel. En effet, le cautionnement mutuel est pratiqué dans le cadre d'un établissement de crédit, la société de cautionnement mutuel, ce qui n'est pas forcément le cas pour le cautionnement, simple ou solidaire (HUGON Ph., 2007).

B- Une sûreté accessible à tous

Comme le notent des auteurs, l'exclusion financière prend de l'ampleur et la microfinance classique peine à réduire sa progression. Face à cette exclusion financière, les populations ont souvent recours à leurs relations sociales (KEMAYOU R.L. et *al.*, 2011).

Ces pratiques financières qualifiées de « finance informelle » (DIAKITE B.S., 2009; FERRATON C., VALLAT D., 2011) puisent dans les valeurs sociales, coutumières et ethniques des populations et traduisent ce que l'on pourrait qualifier de permanence des valeurs traditionnelles aux côtés de la finance moderne (LELART M., 2002). Ces pratiques se présentent sous plusieurs formes, notamment celle des tontines. Ce qui caractérise ces pratiques informelles c'est qu'elles reposent sur des relations personnelles (lien de parenté, lien social, etc.).

Dans la plupart des cas, non seulement les personnes dans ces relations financières se connaissent, mais aussi les opérations qu'elles effectuent ensemble ne sont pas forcément liées à leur activité économique, mais sont encadrées dans leurs relations sociales. « La finance informelle présente de ce point de vue un avantage comparatif intéressant par rapport à la microfinance dans son contexte de commercialisation » (SOME Y., 2010).

Le cautionnement mutuel est accessible à tous dans la mesure où il repose sur un fonctionnement proche de celui des tontines.

La définition de la tontine n'est pas aisée (SERVET J.-M., 1990 ; NZEMEN M., 1988). En Afrique, la tontine se présente sous de très nombreuses facettes, rendant difficile toute activité destinée à les cataloguer. Néanmoins, d'après la plupart des auteurs, une tontine est une association de personnes qui, unies par des liens familiaux, d'amitié, de profession, de clan ou de région, se retrouvent à des périodes d'intervalles plus ou moins variables afin de mettre en commun leur épargne, ou d'organiser la distribution

du crédit, en vue de solutionner les problèmes particuliers ou collectifs des membres (LOWE R., 2005; KOUNKOU D., 2008 ; MOURGUES N., 1990).

Dans les sociétés de cautionnement mutuel, il s'agit pour tous les membres de réunir de l'argent pour constituer un fonds de garantie pouvant servir de sûreté à tous. Cette garantie sera déposée auprès d'un établissement financier dans le cadre d'une demande d'obtention d'un crédit au bénéfice d'un des membres (FIDI F., DE GOBBI S., 2003).

Dans la tontine comme dans la société de cautionnement mutuel, les membres réunissent de l'argent devant servir, à un moment donné, à résoudre les problèmes financiers d'un des leurs, soit parce que les fonds lui seront remis (tontine), soit parce que les fonds serviront de garantie pour son prêt (société de cautionnement mutuel). De ce point de vue, l'on se rend compte que la dynamique est similaire dans les tontines et dans les sociétés de cautionnement mutuel.

Dans le même ordre d'idées, la principale caractéristique des sociétés de cautionnement mutuel, comme des tontines d'ailleurs, est la mutualité (EUZEN S., 1998) ; laquelle n'est qu'un système organisé de solidarité et de réciprocité.

Dans un entendement général, la réciprocité suppose l'existence entre deux ou plusieurs personnes, d'obligations de même nature qui les lient les uns envers les autres, lorsque chacune est tenu envers les autres d'un devoir ayant le même objet (SERVET J.-M., 2007).

Dans les sociétés de cautionnement mutuel, chaque membre est tenu de maintenir ses fonds à la disposition du groupe afin qu'ils servent de garantie aux autres sur une certaine durée, y compris celle au cours de laquelle il bénéficiera de la garantie. Le mécanisme est similaire dans les tontines. Chaque membre reçoit la somme des cotisations de tout le groupe à son tour et est par conséquent obligé de cotiser à chaque session pour permettre à tous les autres membres de bénéficier de la cagnotte de la même façon que lui (SERVET J.-M., 1990).

Dans l'un et l'autre cas, on assiste à un entremêlement et une interconnexion d'activités d'épargne et de crédit. Une telle réciprocité n'existe pas forcément dans les banques et les établissements de microfinance au sein desquelles les activités d'épargne et de crédit peuvent être parfaitement détachées.

II- Le cautionnement mutuel, une sûreté non réglementée

Les sociétés de cautionnement mutuel dans leur conception moderne sont d'origine occidentale. Elles existent dans plusieurs pays d'Europe depuis longtemps. Leur introduction en Afrique est très récente et ne repose, jusqu'ici, sur aucune base législative (WAMPFLER B., 2002). En droit français par exemple, c'est une loi du 13 mars 1917 qui a donné une existence légale aux sociétés de cautionnement mutuel. Le texte de la loi de 1917 a été codifié aux articles L. 515-4 et suivants du code monétaire et financier (MOUSERIE-BEN M.-H., 2005).

Pour envisager l'intégration des sociétés de cautionnement mutuel en droit OHADA, une question principale se pose : de quelle manière le législateur OHADA peut-il élaborer les règles destinées à régir ces sociétés ?

Plusieurs possibilités se présentent : la conception d'une loi nationale comme en France ou le développement de règles dans le cadre du droit uniforme OHADA ou communautaire. Il nous semble que la deuxième option devrait être privilégiée étant donné que le cautionnement mutuel constitue un élément important du droit des affaires que l'OHADA s'est donnée pour mission d'uniformiser.

A cet effet, trois branches du droit pourront être concernées pour le développement du droit régissant le cautionnement mutuel : le droit des sociétés, le droit des sûretés et le droit de la microfinance.

A- Des contributions transversales : droit des sûretés et droit de la microfinance

Les articles 13 à 38 de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sûretés régissent le cautionnement dans toutes ses étapes, de la formation à l'extinction. Il n'est nullement fait mention du cautionnement mutuel, alors même qu'il constitue une sûreté particulièrement efficace et accessible à tous.

Parce qu'il constitue un moyen de promotion de l'inclusion financière, le cautionnement mutuel aurait dû être considéré par le législateur OHADA du droit des sûretés. A tout le moins, il aurait pu définir la relation contractuelle entre l'institution prêteuse des deniers et la société de cautionnement mutuel qui se porte garante pour le demandeur de crédit.

Comme on le verra plus loin, le cautionnement mutuel fonctionne dans le cadre d'une société et cette dernière est un établissement de crédit (de microfinance) devant être agréé. A cet effet, la société de cautionnement mutuel doit être reconnue comme établissement de microfinance. Le droit de la microfinance n'a pas été réglementé par l'OHADA, mais par les sous-régions UEMOA et CEMAC¹¹⁶⁰.

En droit CEMAC, elle devrait appartenir à la première et/ou à la troisième catégorie.

D'après le règlement EMF/21 du 15 avril 2002, sont classés en première catégorie les établissements qui procèdent à la collecte de l'épargne de leurs membres qu'ils emploient en opérations de crédit, exclusivement au profit de ceux-ci. Il s'agit notamment des associations, des coopératives et des mutuelles. La deuxième ne s'ouvre qu'aux sociétés pouvant collecter l'épargne des membres et accorder du crédit à des tiers (sociétés anonymes). La troisième catégorie concerne les établissements qui accordent du crédit sans collecter l'épargne et peut être mise en œuvre sous n'importe quelle forme juridique (société anonyme, coopérative, mutuelle, association)

En droit UEMOA de la microfinance, il n'existe pas de catégories comme en droit CEMAC. L'article 15 de la réglementation UEMOA de 2007 relative aux Systèmes financiers décentralisés (SFD) précise les formes juridiques que peuvent adopter les SFD. D'après cette disposition, les SFD doivent être constitués sous forme de société anonyme, de société à responsabilité limitée, de société coopérative ou mutualiste ou d'association.

¹¹⁶⁰ Pour les trois pays membres ni de la CEMAC ni de l'UEMOA, la réglementation de la microfinance est nationale, et nous n'en parlerons pas. Pour plus de détails sur le cadre du droit de la microfinance dans l'ensemble des pays membres de l'OHADA, voir TADJUDJE W., 2013a.

Que ce soit en droit CEMAC ou en droit UEMOA, les législateurs devront définir les règles prudentielles, ainsi que les conditions d'agrément des sociétés de cautionnement mutuel. Ils devront également convenir de la forme juridique appropriée pour le cautionnement mutuel (en liaison avec le législateur du droit des sociétés), et nous verrons plus loin que la forme mutualiste semble être la plus indiquée.

À côté du droit des sûretés et du droit de la microfinance, l'essentiel des règles régissant le cautionnement mutuel devra être précisé par le droit des sociétés. Il va s'agir de réglementer le droit des sociétés de cautionnement mutuel en relation avec les règles déjà fixées en droit des sûretés et en droit de la microfinance. Une concertation entre les trois législateurs est nécessaire pour parvenir à un droit homogène et efficacement applicable. Des renvois nécessaires d'un droit à un autre, pourraient permettre d'alléger le cadre juridique applicable.

B- L'intervention du droit des sociétés

Si l'on prend en considération la définition de la société de cautionnement présentée ci-dessus, ainsi que les évolutions en droit français¹¹⁶¹, il est évident qu'il ne peut pas s'agir d'une forme de société commerciale. Etant donné que la société de cautionnement mutuel est, par principe à but non lucratif (FIDI F., DE GOBBI S., 2003), notre regard se tourne forcément du côté des coopératives et des mutuelles (voire des associations). Egalement, étant donné, que l'activité que mènent les sociétés de cautionnement mutuel est une activité de microfinance (crédit), le choix se fera finalement entre la coopérative d'épargne et de crédit (COOPEC) et la mutuelle d'épargne et de crédit (MEC).

Dans la plupart des pays occidentaux, les sociétés de cautionnement mutuel sont constituées sous la forme juridique des coopératives de crédit (MOUSERIE-BEN M.-H., 2005). Toutefois, dans le contexte de l'OHADA, nous proposons que le législateur intègre les sociétés de cautionnement mutuel dans son droit en tant que MEC. Il ne s'agirait pas d'une volonté de l'OHADA de simplement se distinguer des autres. Une telle attitude peut se justifier.

Dans certains pays (notamment ceux de l'UEMOA), on a pu remarquer que les COOPEC sont assimilées aux MEC et inversement, et que l'on confond abusivement ces deux appellations (TADJUDJE W., 2013b). La raison proviendrait du fait qu'il n'existe pas encore de statut propre aux MEC, alors que les droits UEMOA et CEMAC les autorisent à exercer l'activité de microfinance. Or la définition de ce statut s'avère importante, car la coopérative ne saurait continuer à être considérée comme une mutuelle et *vice versa*¹¹⁶².

¹¹⁶¹ En principe, la loi française de 1917 précitée « n'a pas institué un type nouveau de sociétés, mais seulement une nouvelle catégorie de société coopérative, comme l'a précisé ensuite la loi n° 53-1336 du 31 décembre 1953 (MOUSERIE-BEN M.-H., 2005 ; CREDOT F.-J., 2012).

¹¹⁶² En droit français les termes « mutuelles » ou « mutualistes » sont utilisés pour qualifier les banques coopératives. A cet effet, SAINT-JOURS Y. souligne que « on utilise parfois le vocable de mutuelle bancaire, mais

Aucun législateur africain n'ayant encore développé des règles propres aux MEC, il conviendrait que le législateur OHADA se penche sur son opportunité, dans l'intérêt de la clarification des concepts juridiques qu'il peut être appelé à utiliser.

Définir la MEC *stricto sensu* est une entreprise délicate. Une telle forme juridique d'entreprise n'existe nulle part, à proprement parler, puisqu'elles sont généralement assimilées ou confondues aux COOPEC. Etant donné que les MEC actuelles sont gérées comme des COOPEC, pour projeter la construction de leur statut juridique, il conviendrait de procéder à une minutieuse étude socio-anthropologique destinée à identifier les pratiques sociales pouvant se mouler sous cette forme juridique, ou alors les activités de microfinance particulières, délaissées par les COOPEC, que les MEC pourraient porter afin de contribuer, dans une perspective complémentaire avec les COOPEC, au développement économique et social des populations. Dans un tel contexte, l'idéal serait que les règles développées soient fonctionnelles et qu'il ne s'agisse pas simplement d'une forme juridique d'entreprise de plus, venant surabonder le paysage du droit des organisations.

En l'absence de tout encadrement conceptuel concret de la MEC jusqu'ici, nous essayerons d'en proposer un. La définition sera élaborée sur la base de celle de la mutuelle sociale. Cette dernière se définit comme un groupement qui, au moyen des cotisations des membres se propose de mener, dans l'intérêt de ceux-ci et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, d'entraide et de solidarité visant la prévention des risques sociaux liés à la personne et la réparation de leurs conséquences (article 1^{er} du Règlement UEMOA relatif à la mutualité sociale ; TADJUDJE W., 2013b).

De cette définition, l'on peut déduire que la MEC peut s'entendre comme un groupement autonome de personnes qui, au moyen de l'épargne des membres ou d'autres ressources, se propose d'accorder à ces derniers, des crédits et des assistances diverses, dans un esprit d'entraide et de solidarité visant à vaincre l'exclusion économique et financière.

Si telle peut être la définition de la MEC, d'autre part, il convient d'essayer de distinguer les caractéristiques de la MEC de celles de la COOPEC puisque fondamentalement, chacune des deux aurait pour mission d'accorder des services financiers à des personnes exclues des systèmes bancaires classiques à travers la mise en œuvre non pas de l'activité bancaire, mais de celle de microfinance (SOME Y., 2010).

A première vue, l'on ne peut souligner qu'une différence entre la COOPEC et MEC. Cette différence concerne l'absence de capital social dans les mutuelles sociales, ce que l'on pourrait généraliser à toutes les formes de mutuelles, en conservant cette carence comme trait caractéristique de leur spécificité (TADJUDJE W. 2015). L'on

il s'agit de coopératives qui pratiquent les dépôts et crédits bancaires : banque populaire, crédit agricole, crédit mutuel, etc.» (SAINT-JOURS Y., DREYFUS M, DURAND D., 1990. Dans le même sens, MALHERBE D., 2008). Une auteure fournit une explication à cet emprunt terminologique : « les banques dites coopératives, mutuelles ou mutualistes ont en fait toutes le statut juridique de coopératives ; en droit français, une mutuelle est une forme juridique sans capital social, ce qui est considéré en France comme incompatible avec l'activité d'établissement de crédit » (RICHEZ-BATTESTI N., 2008). Finalement, le mutualisme dans le contexte français semble être plus un état d'esprit (valeurs humanistes, mode particulier de fonctionnement) qu'un statut juridique propre. Quoi qu'il en soit, la confusion terminologique reste, nécessitant un changement dans la sémantique (VAUGIER E., 2009).

aurait pu également pointer du doigt le principe d'exclusivité qui connaît des tempéraments dans les coopératives et qui garde toute sa fermeté dans les mutuelles. Néanmoins, dans le cadre de l'exercice d'activités de microfinance, le droit de la microfinance exige des coopératives et des mutuelles qu'elles n'engagent de services qu'avec leurs membres, en exclusion des tiers. Cela suppose qu'exceptionnellement, la COOPEC et contrairement aux autres formes de coopératives, ne peut pas admettre en son sein des associés non coopérateurs (TADJUDJE W. 2013b).

En dehors de la différence reposant sur l'absence de capital social dans les mutuelles et de leur présence dans les coopératives, il serait plus difficile de relever d'autres différences entre les coopératives et les mutuelles financières.

Toutefois, la différence entre les coopératives et les mutuelles financières pourrait reposer, à certains égards, sur les activités. La microassurance (dans le cadre du droit de la CIMA) est réservée aux mutuelles et aux sociétés anonymes, et les coopératives en sont exclues. Les coopératives sont autorisées à exercer toute autre activité. Le droit de la microfinance reconnaît les mutuelles comme institution pouvant mettre en œuvre cette activité, sans qu'il ne puisse s'agir de la mutuelle sociale, ou de la mutuelle d'assurance ou de microassurance, de façon plus générale. De ce point de vue, la MEC pourrait exercer l'activité de microfinance au cas où son statut serait développé par le législateur (TADJUDJE W., 2013c).

Afin d'éviter d'éventuelles concurrences entre les COOPEC et les MEC sur le terrain de la microfinance exercée par les organisations de l'économie sociale et solidaire, le législateur devrait préciser leurs domaines d'intervention respectifs, lesquels pourraient faire naître des partenariats du fait de la complémentarité entre les activités particulières des deux formes juridiques d'organisation. Cette précision participerait de l'attitude du législateur visant à distinguer les coopératives des mutuelles par les activités.

Ainsi, le législateur pourrait confier aux MEC des activités de microfinance d'un genre particulier. Il s'agirait notamment d'activités non encore prises en compte par les COOPEC telles que le cautionnement mutuel ou l'activité des tontines. La mutuelle présenterait ainsi l'avantage d'être conçue sur la base des règles traditionnelles régissant la finance informelle.

Plus techniquement, il se pose la question de savoir si les sociétés de cautionnement mutuel doivent être dotées d'un capital social ou d'un simple fonds d'établissement à côté du fonds de garantie. La question revêt une certaine importance car, habituellement, l'absence de capital social est généralisée comme marque de la particularité des mutuelles (TADJUDJE W., 2013a). Or si la société de cautionnement mutuel peut disposer d'un capital social, notre proposition ne vaut plus. Pour répondre à la question, il convient au préalable de faire la différence entre le capital social et les fonds d'établissement.

Les fonctions des fonds d'établissement sont équivalentes à celles du capital social et les mutuelles de microassurance disposent toutes de fonds d'établissement (TADJUDJE W., 2015). Pour garder la même cohérence, le législateur pourrait concevoir le fonctionnement des sociétés de cautionnement mutuel sur la base des fonds d'établissement.

Si les sociétés de cautionnement mutuel peuvent ainsi être intégrées en droit OHADA sous la forme juridique des MEC, des partenariats peuvent être envisagés entre ces sociétés et des COOPEC dans le cadre de l'obtention du crédit.

En effet, comme le note un auteur, « si les sociétés de cautionnement mutuel prenaient la forme d'organisations à but non lucratif, il est très probable qu'elles ne seraient pas prises au sérieux par les banques » (BALKENHOL B., 1990). Cette affirmation peut se justifier car, dans la plupart des cas, les sociétés commerciales connaissent mal le potentiel des organisations à but non lucratif.

Même si l'affirmation se vérifiait, les sociétés de cautionnement mutuel pourraient orienter leurs demandes de crédit vers les COOPEC qui sont de la même famille qu'elles. Dans ce contexte naîtrait une nouvelle forme de partenariat entre les coopératives et les mutuelles, justifiant la nécessité de la construction d'un acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives et mutualistes sous l'égide de l'OHADA (TADJUDJE W., 2015).

Bibliographie :

ATANGANA MALONGUE Th., 2010, « Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA », in MESTRE J. (dir.), *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, PUAM, p. 323-345.

BALKENHOL B., 1990, « L'accès au crédit des petites et moyennes entreprises en Afrique de l'ouest », *Revue internationale du travail*, n° 2.

Bayot B., Jerusalem O., 2011, *Rapport inclusion financière*, Réseau financement alternatif, p. 11.

BIDUBULA S., 2010, *Microfinance, microassurance et structuration du milieu pauvre. Etat des lieux des mutuelles de solidarité au Sud Kivu, RDC*, Monographie, Grap3a.

BROU KOUAKOU M., 2006, « Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire », *Penant* 856, p. 273-284.

CREDOT F.-J., 2012, « Sociétés de caution mutuelle », Jurisclasseur Banque-Crédit-Bourse, LexisNexis.

DIAKITÉ B.S., 2009, *Microfinance et financement du développement*, Editions MENAIBUC.

DOUMBIA S., 2011, « Surliquidité bancaire et sous-financement de l'économie. Une analyse du paradoxe de l'UEMOA », *Revue Tiers-Monde*, n° 205, p. 151-170

EUZEN S., 1998, « Le cautionnement mutuel à l'épreuve du droit de l'immobilier », *Dalloz-Actualité juridique droit immobilier*, 1998, p. 246 et s.

FERRATON C., VALLAT D., 2011, « Un avatar de la finance solidaire : vers un modèle d'entrepreneur collectif ? », *Revue Française de socio-économie*, n° 7, p. 67-81

FIDI F., DE GOBBI S., 2003, *Les sociétés de cautionnement mutuel. Leur nature et leur fonctionnement*, Organisation internationale du Travail.

FOUDA OWOUNDI J.-P., 2009, « La surliquidité des banques en zone franc : comment expliquer le paradoxe de la CEMAC ? », *Revue africaine de l'intégration*, n° 2, p. 43-97.

- HUGON Ph., 2007, « Rentabilité du secteur bancaire et défaillances du financement du développement : le cas de la CEMAC », *Revue Tiers monde*, n° 192, p. 771-788.
- KEMAYOU R.L. et al., 2011, « Tontines et banques en contexte camerounais », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 249-250, p. 163-170.
- KOUNKOU D., 2008, *Pour une renaissance de la tontine*, l'Harmattan, Collection Théologie et vie politique de la terre.
- LABIE M. et al., 2004, *Microfinance et développement*, *Mondes en développement*, n° 126, p. 7.
- LEGRAND V., 2011, « L'autoentrepreneur EIRL : un costume taillé sur mesure », *Petites affiches*, n° 82.
- LELART M., 2002, « L'évolution de la finance informelle et ses conséquences sur l'évolution des systèmes financiers », *Mondes en développement*, n° 119, p. 9-20.
- LELOUP F. et al., 2003, « Le développement local en Afrique de l'ouest : quelle(s) réalité(s) possible(s) ? », *Mondes en développement*, n° 124, p. 95-102.
- LOWE R., 2005, « Tontines in Africa: a case study of Cameroon », *The African Reinsurer*, volume 019, p. 32.
- MALHERBE D., 2008, « L'éthique dans le management des entreprises mutualistes : questions de gouvernance et de légitimité », *Management & Avenir*, n° 20, p. 147 à 178.
- MARTOR B., PILKINGTON N., SELLERS D., THOUVENOT S., 2009, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2^e édition.
- MOURGUES N., 1990, « Réflexions sur les mécanismes financiers des tontines », in LELART M. (dir.), *La Tontine*, Aupelf-Uref, Paris, p. 245-266.
- MOUSERIE-BEN M.-H., 2005, « Coopératives de crédit », *Répertoire de droit des sociétés*, n° 145.
- NZEMEN M., 1988, *Théorie de la pratique des tontines au Cameroun*, Yaoundé, SOPECAM.
- PIEDELIEVRE S., 2012, « Usure », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, n° 37.
- RICHEZ-BATTESTI N., 2008, « Entre banalisation et reconquête de l'identité coopérative : le cas des banques coopératives en France », in MUNOZ J., RUBIO M.R., REGNARD Y. (dir.), *La gouvernance des entreprises coopératives*, Presses Universitaires de Rennes, p. 75-90.
- ROUTIER R., 2011, « Inclusion du cautionnement mutuel dans le calcul du TEG », *Droit bancaire*, n° 2.
- SAINT-JOURS Y., DREYFUS M., DURAND D., 1990, *Traité de sécurité sociale*, Tome 5, *La mutualité*, LGDJ.
- SARR A.Y., 2008, *L'intégration juridique dans l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, PUAM.
- SERVET J.-M., 2007, « Le principe de réciprocité chez Karl Polanyi, contribution à une définition de l'économie solidaire », *Revue Tiers-monde*, n° 190, p. 255- 273.
- SERVET J.-M., 1990, « Les tontines, formes d'activités informelles et d'initiative collectives privées en Afrique », in LELART M. (dir.), *La Tontine*, Aupelf-Uref, Paris, p. 267-279.
- SOME Y., 2010, « Responsabilité sociale et solidarité: la microfinance peut-elle être plus solidaire ? », *Finance & Bien Commun*, n° 37-38, p. 158-169

TADJUDJE W., 2013a, « La coopérative financière et politique d'uniformisation du droit OHADA », *RECMA* n° 330, p. 72-86.

TADJUDJE W., 2013b, « Le développement des mutuelles sociales en Afrique: la nécessité d'un environnement juridique approprié », *Mosaïque – Revue panafricaine des sciences juridiques comparées*, n° 4, p. 139-167.

TADJUDJE W., 2013c, *Pour un droit des sociétés coopératives et mutualistes en OHADA – Contribution à l'élaboration d'un droit de l'économie sociale et solidaire*, Thèse de doctorat, Université du Luxembourg/Université de Yaoundé II.

TADJUDJE W., 2015, *Le droit des coopératives et des mutuelles dans l'espace OHADA*, Editions LARCIER, Collection de la Faculté de droit d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, 2015.

TAILLEFER B., 1995, « Réflexions nouvelles sur la mutualité. Mutuelles de solidarité, banques communautaires, nouveaux produits bancaires », *Mutualité Finances Développement*, Paris.

VAUGIER E., 2009, *Le mutualisme, une compétence stratégique : le cas des banques coopératives en France*, Mémoire de Master, Université de Bretagne occidentale.

WAMPFLER B., 2002, « Sécuriser le crédit à l'agriculture par des structures de cautionnement mutuel », Fiche n°9, Bulletin d'information post séminaire du Séminaire de Dakar (21- 24 janvier 2002) sur 'Le financement de l'agriculture familiale dans le contexte de libéralisation : quelle contribution de la microfinance ?'.

WAMPFLER B., 2012, « La société de caution mutuelle, un outil de sécurisation du crédit », *BIM*, n° 12.

World Bank, 2014, *Global Financial Development Report: Financial Inclusion*.

La preuve de la loi étrangère en droit ivoirien

ALLA Koffi Etienne, Enseignant-chercheur à l'UFR SJAP de l'Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan-Cocody, Côte d'Ivoire.

Plan

I- L'exigence générale en droit ivoirien de la preuve de la loi étrangère par les plaideurs

A- Une exigence imposée par l'office légal du juge ivoirien

B- Une exigence matérialisée par l'éminence du rôle des parties dans la production de la loi étrangère comme pièce aux dossiers

II- De l'opportunité de la recherche d'une collaboration proactive des acteurs du procès

A- La prise en compte des considérations de justice de droit international privé

B- La recherche d'accommodements entre intérêts privés et intérêt sociétal

1. « *Les problèmes posés par l'application d'un droit étranger par le juge interne, dont la portée pratique ne cesse pas d'augmenter en fonction de l'intensification des rapports internationaux, semblent jouir en même temps d'une actualité scientifique considérable (...)* »¹¹⁶³. Cette citation de I. ZAYTAY rappelle combien toutes les questions relatives aux difficultés liées à l'application de la loi étrangère suscitent toujours intérêts et méritent que des analyses s'y attardent.

L'on est, en effet, sans ignorer que l'application bilatérale ou savignienne de la règle de conflit du *for* peut déboucher sur la désignation de la loi étrangère comme applicable et ce, « *parce qu'elle est considérée comme plus appropriée à un règlement satisfaisant du rapport international en cause que la loi de l'autorité saisie* »¹¹⁶⁴. Mais, des difficultés liées à l'application de la loi étrangère peuvent subvenir, difficultés découlant notamment de la connaissance de la teneur même de ce droit étranger, quand il s'agira de son insertion dans l'ordre juridique du *for*.

2. Ainsi, à l'instar de l'application de la loi étrangère, la preuve de la loi étrangère ne finit pas de dévoiler ses charmes, des charmes qui sont « *largement tributaires de la part de mystère qu'ils persistent à entretenir en dépit d'importants efforts de clarification* »¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ I. ZAYTAY, dans sa présentation bibliographique de C. DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Librairie Dalloz, 1965, XI et 337 pages, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17, n° 1, janvier-mars 1965, pp. 250-254, consultable sur http://www.persee.fr/web/revue/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1965_num_17_1_14145.

¹¹⁶⁴ B. AUDIT, *Droit international privé*, 3^{ème} édition, Ed. ECONOMICA, Paris, 2000, p. 226, n° 251.

¹¹⁶⁵ D. BUREAU, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ. 5 octobre 1994, *Société Demart*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 61, qui fait un renvoi aux notes de J. LEMONTEY et J.-P. REMERY, « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », in « Rapport de la Cour de cassation 1993 », *La Documentation*

La détermination du contenu de la loi applicable peut, en effet, s'avérer difficile lorsqu'il s'agit d'un droit d'un pays « éloigné » dont l'accès aux sources est « compliqué ». Bien plus, parce que « *tandis que la loi du for est couverte par une présomption de connaissance de la part du juge du for, tel n'est pas le cas de la loi étrangère (...) qu'il y a lieu d'établir* »¹¹⁶⁶, il se pose du coup, en droit international privé, la question désignée sous l'appellation de « preuve du droit étranger ou de la loi étrangère ». On comprend alors qu'envisager cette question en droit ivoirien donne à réfléchir sur « la preuve de la loi étrangère en droit ivoirien ». Tel est l'objet de cette étude.

3. De prime abord, il faut rappeler que la preuve n'a lieu qu'en cas de doute ou d'ignorance, et « *consiste alors dans une démonstration destinée à emporter la conviction de ses destinataires* »¹¹⁶⁷. S'agissant tout particulièrement de la preuve de la loi étrangère, le constat est que cette question peut être mise en œuvre dans un cadre juridictionnel (ou contentieuse) ou dans un cadre non juridictionnel (ou non contentieuse).

4. Ainsi, en dehors du cadre contentieux, il faut arriver à démontrer notamment que selon les règles juridiques du pays étranger, le document ou l'acte qu'on tient en main ou qu'on présente à l'autorité du *for*¹¹⁶⁸, a la même valeur juridique dans l'Etat du *for*. Par exemple, devant un officier de l'état civil ivoirien, la loi étrangère peut être invoquée pour contracter mariage dans les conditions différentes de celles prévues par la loi ivoirienne sur le mariage, lorsqu'un étranger veut contracter mariage en Côte d'Ivoire sur la base d'une demande d'annulation. Par exemple encore, la force probante des actes dressés à l'étranger peut être invoquée en Côte d'Ivoire, notamment, en vue d'une transcription sur les registres ivoiriens d'une mention en marge ou d'une rectification d'un acte de l'état civil ivoirien. Il est évident que, dans de telles circonstances, la force probante est appréciée selon la loi du *for*, selon le droit ivoirien en l'espèce.

Au demeurant, la preuve n'a pas toujours un caractère judiciaire ou juridictionnel. Mais, « *toute difficulté relative à l'application des lois étrangères ayant vocation à être portée devant les tribunaux* »¹¹⁶⁹, c'est son application judiciaire qui sera envisagée à l'occasion de cette étude.

5. Cette précision faite, on peut se rappeler que, dans la lignée romano-germanique dans laquelle s'inscrit le droit ivoirien, l'action en justice vise à convaincre le juge,

française 1994, p. 81.

¹¹⁶⁶ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 237, n° 261.

¹¹⁶⁷ J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et de droit français : Introduction, méthodologie, synthèses*, Editions Dalloz, 1992, p. 542.

¹¹⁶⁸ Il peut s'agir soit d'un extrait de naissance, soit d'un certificat du chef coutumier ou du chef de village, etc.

¹¹⁶⁹ B. AUDIT, *op. cit.*, p. 226, n° 252.

afin qu'il impose la reconnaissance de ce qui est dû à chacun. La procédure est là pour faire triompher le *suum cuique tribuere* (donner à chacun ce qui doit lui revenir). Et alors, comme l'a dit J.-P. GRIDEL, « pragmatiquement, le succès du droit repose sur l'administration effective et efficace de la preuve »¹¹⁷⁰. La preuve s'appréhende, pour ainsi dire, comme le « moyen de démontrer un fait, ou tout au moins d'en persuader le juge »¹¹⁷¹, le « moyen permettant d'établir la véracité d'un fait », le moyen « d'emporter la conviction du juge sur la survenance de certains faits »¹¹⁷², « ce qui persuade l'esprit d'une vérité »¹¹⁷³, « ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait »¹¹⁷⁴, « ce qui démontre, établit la vérité d'une chose »¹¹⁷⁵.

6. A ce titre, il est très souvent avancé que la preuve à apporter en justice se réduirait en principe à celle du fait, par distinction d'avec celle du droit applicable même si « la solution juridique que la décision juridictionnelle reconnaît ou protège, rétablit ou sanctionne, résulte d'une articulation entre les faits et l'application de telle règle de droit conçue pour eux. Il faut donc que les deux éléments soient établis »¹¹⁷⁶.

Il est en effet courant, et conseillé, que les parties indiquent et développent, dans l'acte introductif d'instance ou dans leurs conclusions en demande ou défense, les moyens de droit par lesquels elles considèrent que seuls leurs intérêts sont juridiquement fondés. Mais, en théorie, l'on estime qu'il n'y aurait là aucune obligation : si le demandeur ne précise pas les fondements juridiques de sa prétention, le juge qui « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », aurait alors le devoir de les rechercher lui-même¹¹⁷⁷.

7. Le contenu du droit positif n'aurait donc pas à être spécialement prouvé par telle ou telle partie au procès : parce que « la Cour connaît le droit » (*Jura novit curia*)¹¹⁷⁸, on ne devrait pas prouver l'existence d'une règle de droit. Le plaideur n'aurait d'autre preuve à établir que celle des faits auxquels le juge a mission d'appliquer la règle que leur destine le droit objectif.

8. A ces égards, il est toutefois essentiel pour le juge de savoir où passe la frontière, et donc de discriminer ce qui, d'après les textes et la jurisprudence, appartient aux

¹¹⁷⁰ J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 543.

¹¹⁷¹ Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige/Lamy-PUF, Paris, 1^{ère} édition, octobre 2003, 4^{ème} tirage, décembre 2012, V^o Preuve, p. 1195.

¹¹⁷² P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 7^{ème} édition, Editions Montchrestien, Paris, 2001, p. 333, n^o 500.

¹¹⁷³ J. DOMAT, *Lois civiles*, 1^{ère} partie, Livre III, Tome 6, édition Rémy, II, p. 137.

¹¹⁷⁴ Littré, V^o Preuve.

¹¹⁷⁵ Le Petit Larousse illustré, V^o Preuve.

¹¹⁷⁶ J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 544.

¹¹⁷⁷ Sauf quand le juge statue sur une voie de recours.

¹¹⁷⁸ Cet adage a fait l'objet d'une thèse qui retrace son évolution et ses modifications modelées par le temps. V. L. PENNEC, *L'adage jura novit curia dans le procès civil – Emergence et évolution contemporaine en droit comparé*, direction J.-J. PARDINI, thèse, Toulon, décembre 2010.

éléments de fait ou, à l'inverse, relève des éléments de droit.

Ainsi, il a pu être considéré que sont des éléments de fait, notamment, non seulement les faits juridiques, mais aussi les volontés privées génératrices d'effets de droit (exemple des contrats et des testaments), les situations établies en droit ou en fait (exemple de l'état du mariage). Au contraire, doivent être appréhendées comme des éléments de droit toutes les dispositions du *jus scriptum*¹¹⁷⁹ ivoirien qui part de la Constitution ivoirienne en passant par les Traités régulièrement ratifiés jusqu'au plus modeste arrêté, les jurisprudences – interprétatives de ces textes, ou prétoriennes, ou consacrant la valeur positive d'un principe général du droit –, les règles et principes qui, en cas de conflits de lois, désignent le droit matériel applicable.

9. Mais en ce qui concerne la loi étrangère, la question de sa nature juridique a toujours fait l'objet de vives controverses doctrinales en droit comparé et est appréhendée différemment selon les systèmes juridiques de sorte qu'envisagée en référence au système juridique ivoirien, la question se pose en ces termes : Comment la loi étrangère est-elle réellement traitée ou appréhendée dans le giron procédural ivoirien ? En d'autres termes, comment la question de la preuve du droit étranger est-elle appréhendée en droit ivoirien ?

10. Telle est la problématique majeure de cette réflexion. Elle pourrait paraître, peut-être, d'un intérêt négligeable au regard des pays dotés d'une codification spécifique en la matière ou dans lesquels l'œuvre jurisprudentielle est d'une fécondité certaine. Mais, replacée dans le cadre du droit international privé comparé¹¹⁸⁰, et particulièrement du droit international ivoirien où les difficultés de codification spécifique auxquelles l'on se heurte, difficultés doublées de la rareté des décisions de jurisprudence, surtout en l'absence quasi-générale de publication de ces dernières dans des revues spécialisées, une étude autour de cette problématique pourrait se révéler tel un fil d'Ariane de la question en droit ivoirien, pourrait paraître une bouffée d'oxygène pour des sauriens recherchant en vain les traces d'un serpent sur le rocher.

Le contexte historique des pays africains au Sud du Sahara était, en effet, marqué par « l'absence de législations nationales de droit international privé, systématique ou partielles »¹¹⁸¹. Mais, cette situation de pénurie relative de réglementation nouvelle des problèmes de droit international privé a notablement évolué dans ces pays. Car, même si cette codification a plus emprunté la voie de la codification partielle portant sur certaines matières qu'une codification générale, il est constaté dans notamment les

¹¹⁷⁹ Le « droit écrit » qu'on distingue du « droit rationnel » (*jus non scriptum*).

¹¹⁸⁰ Et même dans des Etats comme la France où l'œuvre jurisprudentielle sur la question est immense, la question de la preuve du droit étranger demeure toujours d'actualité, vu l'évolution toujours constante de la jurisprudence française sur la question.

¹¹⁸¹ A. BOYE, « Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au Sud du Sahara. Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste », *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, Tome 238, 1993, I, p. 257.

pays d'Afrique noire d'expression française « *un vaste mouvement de codification des règles de droit international privé en matière de conflits de lois et de juridictions* »¹¹⁸². L'effet de cette codification est justement d'apporter des réponses possibles et souhaitables aux problèmes de droit international privé en relation avec leur programme de développement économique et social. Malheureusement, une telle œuvre de codification traîne encore le pas dans certains pays comme la Côte-d'Ivoire¹¹⁸³ au regard d'autres comme le Burkina Faso¹¹⁸⁴ et le Sénégal¹¹⁸⁵ qui disposent de Code de la famille laissant entrevoir la place considérable accordée au droit étranger devant les juridictions du Burkina Faso et du Sénégal.

11. Pour dire que s'il est vrai que, pour des raisons liées à la disponibilité de matériaux notamment jurisprudentiels suffisants et réactualisés autorisant des prises de positions solides en ce qui concerne les pays étrangers à la Côte-d'Ivoire, cette étude portera pour l'essentiel sur la législation et la jurisprudence ivoiriennes, elle ne saurait, par contre, se passer d'une incursion, même rapide, dans le droit comparé.

12. Justement, ce regard croisé permet très vite de se rendre compte qu'en droit ivoirien, sans que l'on ne soit en théorie fixé la nature de la loi étrangère, des raisons de justice équitable et d'ordre pratique conduisent nécessairement à établir une différence entre la connaissance de la loi étrangère par le juge et sa production par les plaideurs comme pièce aux dossiers du procès. Ainsi, en droit ivoirien, l'on constate une exigence générale de la preuve de la loi étrangère par les plaideurs (I). Tirant les conséquences de cet état de fait, et parce qu'un procès ne saurait être appréhendé comme le cadre de positions étanches et conflictuelles, surtout en tenant compte des considérations de justice de droit international privé, la recherche d'une collaboration proactive des acteurs du procès s'avère somme toute opportune (II).

I- L'exigence générale en droit ivoirien de la preuve de la loi étrangère par les plaideurs

13. On le sait, à l'occasion d'une contestation, le juge peut être amené à faire application d'une loi étrangère en vertu des règles de conflit de lois. Il se pose alors la question de savoir si cette loi étrangère compétente doit faire l'objet d'une preuve par

¹¹⁸² A. BOYE, *op. cit.*, p. 257.

¹¹⁸³ En Côte d'Ivoire, il y a une absence de théorie générale du droit international privé : outre « *la faiblesse des textes internes [qui] n'est pas suppléée par un réseau très dense de conventions internationales... La Côte d'Ivoire n'est pas partie à aucune grande convention en matière de conflits de lois* », « *l'examen de (...) décisions ivoiriennes connues en matière de conflit de lois ne permet pas de conclure à l'existence d'une théorie générale du droit international privé* » (V. L. IDOT, « *Eléments d'un droit international privé africain : l'exemple de la Côte-d'Ivoire* », *Revue juridique africaine*, n° 1, 1990, p. 7 ss. spéc. p. 10 et 11, n° 5, 6 et 7). Ainsi, en matière de conflits de lois, quelques dispositions éparses dans les lois civiles de 1964 peuvent être citées : il s'agit par exemple des articles 29 et 30 de la loi relative au mariage sur la forme du mariage, l'article 4 de la loi relative aux successions, l'article 99 de la loi relative à l'état civil, de l'article 61 de la loi relative aux libéralités sur la possibilité de tester en la forme olographe même à l'étranger, ect.

¹¹⁸⁴ Zatu an VII du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso.

¹¹⁸⁵ La Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille au Sénégal.

les plaideurs ou si elle est censée ou supposée être connue par le juge de sorte qu'il lui appartient d'en déterminer le contenu sans recours *a priori* aux plaideurs.

14. En droit comparé, la réponse à cette question a fait – et continue de faire – couler beaucoup d'encre, et montre que l'évolution contemporaine au regard des différents systèmes juridiques sur la question n'est pas univoque¹¹⁸⁶.

15. Pour le moins qu'on puisse, de prime abord, dire c'est que cette question attire bien évidemment à l'office du juge et, corrélativement, au rôle laissé aux plaideurs dans un contentieux affecté d'un conflit de lois de droit international privé.

16. Cette question qui ne finit pas de dévoiler ces charmes car « *largement tributaire de la part de mystère qu'ils persistent à entretenir en dépit d'importants efforts de clarification* »¹¹⁸⁷ et qui conduit même à se demander si « *l'office du juge accèderait (...) à une (...) stabilité* »¹¹⁸⁸, semble avoir trouvé une réponse « stable » notamment en droit ivoirien. La position adoptée par le droit ivoirien sur la question amène à établir une nuance : il appartient certes au juge ivoirien de connaître la loi étrangère applicable mais il ne lui appartient pas de la produire comme pièce au dossier, obligation qui incombe aux plaideurs. En d'autres termes, l'office légal du juge ivoirien impose aux plaideurs de faire la preuve de la loi étrangère (A) à travers sa production comme pièce aux dossiers (B).

A- Une exigence imposée par l'office légal du juge ivoirien

17. La fonction spécifique de la règle de conflit dont la bilatéralité met en évidence l'égalité de vocation des normes du *for* et des normes étrangères n'empêche pas le conflit de lois de basculer dans le domaine de l'office du juge¹¹⁸⁹. Or justement, une réflexion sur l'office du juge et son périmètre d'intervention est tellement vaste qu'elle appelle qu'on le précise d'emblée ou que l'on le réduise dans le cadre d'un article modeste.

18. A ce sujet, il faut, de prime abord, souligner que l'office du juge a certes des

¹¹⁸⁶ Dans certains systèmes juridiques, la loi étrangère est appréhendée comme un élément de fait soumis à la preuve par les parties (il en est ainsi du droit sénégalais où l'article 850 alinéa 2 du Code de la famille qui permet au juge sénégalais « *de faire de sa connaissance personnelle de la loi étrangère considérée comme un fait général accessible à tous* », apporte une réponse à la question en considérant la loi étrangère comme un élément de fait et non une règle de droit. Dans d'autres systèmes juridiques, elle est plutôt qualifiée de droit et il est fait obligation au juge qui est censé connaître le droit, de la prouver, au besoin avec l'aide des parties (Ainsi en est-il en droit burkinabé où selon l'article 1008 du Code des personnes et de la famille, la loi étrangère est une règle de droit dont « *le contenu (...) est établi d'office* » par le juge). En France, la question a subi plusieurs évolutions qui tendent actuellement vers la preuve de la loi étrangère par le juge français.

¹¹⁸⁷ D. Bureau, note sous Civ. 1^{ère}, 5 oct. 1994, *Société Démart*, RCDIP 1995, p. 61.

¹¹⁸⁸ H. MUIR WATT, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. et 10 déc. 1991 (2 arrêts), RCDIP 1992, p. 317.

¹¹⁸⁹ Pour paraphraser H. MUIR WATT, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ., 5 novembre 1991, *Masson*, et 10 déc. 1991, *Sarkis*, Rev. crit. DIP 1992.314 et s., spéc. 321.

finalités extra-juridiques, « à savoir la protection des libertés, la punition ou la vérité »¹¹⁹⁰ mais c'est sous l'angle de son rapport au droit qu'il sera abordé dans cette analyse.

19. Cela étant, le terme « office du juge » qui se rencontre souvent dans la littérature juridique n'est généralement pas précisément défini. Tout au plus sait-on que « l'office du juge ne se confond ni avec son statut, ni avec sa légitimité, ni avec son rôle dans le procès, ni avec son périmètre d'action [même s'il en découle], ni avec l'acte de juger, ni enfin avec les différentes fonctions spécialisées [qui se sont multipliées ces dernières années] (...). L'office est tout cela mais aussi plus que cela : il est le foyer de sens de la fonction de juger »¹¹⁹¹.

20. Mais, sur la voie d'une étymologie de l'office du juge, un passage en revue des définitions classiques de l'office du juge permet d'identifier plusieurs types d'office du juge¹¹⁹² parmi lesquels l'office légal, c'est-à-dire l'office dans lequel le juge est guidé par la loi.

Pour la doctrine, l'office du juge se confond, en effet, surtout avec l'acte juridictionnel qui « traduit la fonction judiciaire dans son essence »¹¹⁹³ et le distingue de tout acte public, notamment administratif. En ce sens, les critères substantiels¹¹⁹⁴ de l'office du juge sont essentiellement la *disputatio* et la *jurisdictio* : avec le premier critère substantiel, « ce qui distingue la fonction de juger, c'est la mission de trancher un litige, c'est-à-dire de décider entre des prétentions contraires juridiquement argumentées »¹¹⁹⁵. Ainsi, un acte juridictionnel a pour mission de « trancher les litiges, en se fondant sur des considérations juridiques, avec force de vérité légale »¹¹⁹⁶. Avec le second critère qui insiste davantage sur le monopole de dire le dire, « la fonction juridiction se borne au dire (*jurisdictio*) obligatoire (*imperium*) du

¹¹⁹⁰ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, « L'office du juge, une question refoulée », in Rapport de l'IHEJ « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle », mai 2013, p. 16, consultable sur www.ihej.org.

¹¹⁹¹ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁹² Une classification de l'office du juge peut se faire suivant notamment sa *source*, son *objet* et son *intensité*. V. à ce sujet, A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, « L'office du juge, une question refoulée », in Rapport de l'IHEJ précité, p. 18.

¹¹⁹³ V. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2009, n° 75 et suiv.

¹¹⁹⁴ L'acte juridictionnel peut être défini soit de manière formelle par la méthode propre suivie par l'acte de juger, soit de manière substantielle par sa fonction. D'un point de vue formel, l'office du juge repose sur trois critères : l'organe, la procédure et l'indépendance du juge. E est alors juridictionnel l'acte émanant d'un juge étatique statuant au terme d'une procédure contradictoire. Ainsi qu'a pu l'affirmer Carré de MALBERG, le critère n'est pas à chercher « dans le contenu matériel de l'acte mais [dans] sa forme. Le signe distinctif auquel se reconnaît l'acte juridictionnel, c'est d'une part, son origine, en tant qu'il est l'œuvre d'une autorité organisée spécialement pour l'exercice de la juridiction, et d'autre part, sa procédure, en tant qu'il a été accompli selon les règles propres à la fonction qui consiste à juger. [...] La notion de juridiction a, en droit, un fonctionnement purement formel et pas matériel » (R. Carré de MALBERG, *Contribution à une théorie générale de l'Etat*, n° 266, Paris, CNRS Editions, 1985).

¹¹⁹⁵ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁹⁶ V. P. DELVOLLE, « Le juge et la vérité, aspects de droit public », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. XXVI, 1978, p. 339-367.

droit »¹¹⁹⁷. La *jurisdictio* se décompose ainsi en une opération de constatation initiale d'un droit subjectif ou d'une violation de la loi, d'où découle logiquement la décision qui s'y attache¹¹⁹⁸.

21. Comme l'on peut le voir, les différentes écoles de pensées sur la doctrine de l'office du juge se concentrent davantage sur son rapport au droit. S'il en est ainsi, c'est bien parce que la « loi » est la borne principale¹¹⁹⁹ de l'office du juge. En effet, aux termes de l'article 103 de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000, « *Les magistrats ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi.* » Ainsi, toute l'activité juridictionnelle du juge est-elle placée d'une manière impérative sous l'emprise de la loi et exige-t-elle alors de la part de ce magistrat, sous peine de sanction, le respect et l'application de la loi. Une telle « *déférence du juge à la loi* »¹²⁰⁰ ou une telle « *emprise du juridique* »¹²⁰¹ sur le juge s'explique d'abord par ce que « *nul n'est censé ignorer la loi* » mais ensuite, et surtout, par ce que « *la Cour [le juge] connaît le droit* », traduction de l'adage latin « *Jura novit curia* », « *un principe qui constitue la pierre angulaire du procès civil* »¹²⁰² notamment.

22. La règle « *jura novit curia* » énonce une présomption spéciale de qualification : toute juridiction saisie d'un litige est présumée avoir la pleine connaissance de la règle de droit applicable à la cause. Elle traduit bien le sens de l'office du juge pris dans son sens latin strict comme « devoir » d'appliquer le droit¹²⁰³. Elle oblige le juge

¹¹⁹⁷ V. S. RIALS, « Ouverture. L'office du juge », *Droit. Revue française de théorie juridique*, n° 9 ; *La fonction de juger*, Paris, PUF, 1989, p. 6.

¹¹⁹⁸ V. notamment L. DUGUIT, pour qui ces deux éléments – la constatation et la décision qui en découle – sont indissociables, et leur union forme le propre de la fonction juridictionnelle. Ainsi, dit-il « *ce qui fait que l'acte juridictionnel a un caractère spécifique (...), c'est l'union indissociable et logique qui existe entre la constatation et la décision qui s'y attache. (...)* » (L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413-471, cité in A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁹⁹ Si en Côte d'Ivoire, la loi semble être, aux termes de la Constitution, la seule borne de l'office du juge, il est reconnu qu'en plus de la loi, on pourrait citer la conscience comme autre borne de l'office du juge. Et certaines Constitutions ont reconnu cette règle. Ainsi, aux termes de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution de la République du Cameroun, « *Les magistrats du siège ne relèvent dans leurs fonctions juridictionnelles que de la loi et de leur conscience* ». Ainsi, dans l'exercice de la fonction de juger, le magistrat est soumis, « *tant à la loi qui est une donnée objective en ce qu'elle est une norme extérieure aux parties et au juge lui-même, qu'à sa propre conscience, c'est-à-dire à une donnée de nature subjective en ce qu'elle procède de son for intérieur !* » (A. AKAM AKAM, « LA LOI ET LA CONSCIENCE DANS L'OFFICE DU JUGE », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique professionnelle*, n° 1 – juin 2012, *Pratique professionnelle*, n° 1, p. 1).

¹²⁰⁰ V. A. AKAM AKAM, « LA LOI ET LA CONSCIENCE DANS L'OFFICE DU JUGE », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique professionnelle*, n° 1 – juin 2012, *Pratique professionnelle*, n° 8, p. 4.

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² V. A. OUATTARA, « La fonction de juger entre surprise et méprise ? Elucubrations ingénues sur la fonction de juger, à partir du jugement n° 458/2013 du 31 mai 2013 rendu par le tribunal de commerce d'Abidjan », in *Actualités juridiques* (revue ivoirienne d'informations juridiques et judiciaires), n° 80 / 2014, p. 287-290 précisément p. 288.

¹²⁰³ La fonction du juge, chargé par l'Etat de trancher les litiges en appliquant le droit, implique qu'il arbitre entre des prétentions divergentes et qu'il statue conformément à la loi qu'il doit connaître.

à avoir une connaissance parfaite (et non totale)¹²⁰⁴ du droit positif, ce d'autant plus qu'il ne peut dire le droit que dans la mesure où il le sait. Elle pose, pour ainsi dire, un devoir général et absolu pour le juge d'appliquer d'office la règle de droit applicable au litige dont il est saisi.

23. Il se pose alors la question de l'étendue de cette « légalité », de l'étendue de la connaissance du droit ou de la consistance du droit censé connu par le juge. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si la loi étrangère fait partie de ce « droit », de la « loi » que le juge ivoirien est censé connaître. Car, s'il n'est pas contesté que le juge est censé connaître un droit « *composite, divers et épars* »¹²⁰⁵ qui comprend la Constitution qui en est la faitière en droit ivoirien, la loi sous toutes ces formes¹²⁰⁶, les règlements¹²⁰⁷, les accords et traités internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés¹²⁰⁸, auxquels on peut ajouter les principes généraux et les maximes juridiques¹²⁰⁹, au sujet de la connaissance de la loi étrangère le flou demeure en Côte d'Ivoire.

24. Au demeurant, relativement à la question du statut juridique de la loi étrangère¹²¹⁰, question qui, sous d'autres cieux¹²¹¹, a fait couler beaucoup d'encre ou qui a trouvé prise de position franche de la part de certains législateurs comme les législateurs burkinabé et sénégalais¹²¹², en droit ivoirien il règne encore une certaine incertitude au regard du mutisme des dispositions législatives relatives au droit international privé. Tout au plus, peut-on jeter un regard sur la jurisprudence ivoirienne – du moins une seule décision de justice – qui n'aborde malheureusement pas la question d'une façon heureuse et exempte de tout reproche : dans un jugement rendu par le tribunal de commerce d'Abidjan, le juge ivoirien estime que la loi

¹²⁰⁴ Comme le dit le professeur A. AKAM AKAM, le juge connaît les lois qu'il a apprises et qu'il pratique, comme tout technicien, mais l'interprétation de la loi impose une connaissance du droit, fondement même de la décision du juge. A ce titre, le juge est censé connaître les lois existant au moment où il est saisi d'une situation litigieuse. Mais, « *il va de soi que l'on ne demande pas au juge d'avoir connaissance totale du droit positif. Cela est au-dessus et de ses forces, et de ses capacités. Ce qui lui est exigé, c'est par contre d'avoir un certain savoir juridique nécessaire à l'exercice de sa mission* » (V. A. AKAM AKAM, *op. cit.*, n° 10, p. 4).

¹²⁰⁵ V. A. AKAM AKAM, *op. cit.*, n° 11, p. 4.

¹²⁰⁶ Il s'agit à la fois de la loi émanant du législateur que des ordonnances prises par le Président de la République dans les domaines relevant du domaine de la loi (V. article 71 et articles 75 et suiv. de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000).

¹²⁰⁷ Il s'agit des décrets et arrêtés pris par les autorités investies du pouvoir réglementaire.

¹²⁰⁸ V. article 87 de la Constitution ivoirienne de 2000.

¹²⁰⁹ Ces règles de droit seraient une composante des coutumes pris dans un sens large.

¹²¹⁰ La question se pose de savoir si la loi étrangère a la nature de règle de droit ou alors s'il s'agit d'un simple fait.

¹²¹¹ Il en est ainsi en droit français et en droit belge.

¹²¹² En droit burkinabé, selon l'article 1008 du Code des personnes et de la famille, la loi étrangère est une règle de droit dont « *le contenu (...) est établi d'office* » par le juge. En droit sénégalais, l'article 850 alinéa 2 du Code de la famille qui permet au juge sénégalais « *de faire de sa connaissance personnelle de la loi étrangère considérée comme un fait général accessible à tous* », apporte une réponse à la question en considérant la loi étrangère comme un élément de fait et non une règle de droit.

étrangère est « *considérée en droit international privé comme un fait* »¹²¹³. Mais ce que ce tribunal ne dit pas, c'est sur le fondement de quelle disposition légale il a pu donner la nature de fait à la loi étrangère ! Serait-ce certainement en se référant à la jurisprudence française « *à titre de raison écrite* » ?¹²¹⁴ Et même si c'est à ce titre, la jurisprudence française ne permet plus de tenir un tel point de vue ce d'autant plus qu'avec l'arrêt *Coucke* du 13 janvier 1993, la Cour de cassation française a levé tout équivoque sur la question en affirmant que « *malgré l'absence de contrôle par la Cour de cassation, [la loi étrangère] est une règle de droit* »¹²¹⁵.

25. La seule certitude est que, loin de ce mutisme législatif et de ce flou jurisprudentiel et certainement doctrinal, le juge civil ivoirien ne statue que sur pièces¹²¹⁶, lesquels pièces doivent lui être fournies par les plaideurs, sans considérations aucune notamment de la nature de droit disponibles ou indisponibles. Et donc, même s'il a connaissance de la loi étrangère, il ne revient pas au juge de la produire au dossier, œuvre qui incombe éminemment aux parties.

B- Une exigence matérialisée par l'éminence du rôle des parties dans la production de la loi étrangère comme pièce aux dossiers

26. Loin des atermoiements doctrinaux et jurisprudentiels au sujet de la nature de la loi étrangère, et même s'ils ne peuvent être cités comme faisant partie d'une théorie générale du droit international privé ivoirien, les articles 135 et suivants et les articles 54 et suivants du Code de procédure civile ivoirien imposent aux plaideurs, au cours d'un procès civil, de produire toutes les pièces du dossier sur lequel le juge statue. Il en serait autrement concernant la loi étrangère qu'ils ont l'obligation de produire comme pièce au dossier.

27. Cette posture du droit ivoirien qui s'exprime dans ces textes ci-devant cités, s'explique par une combinaison de l'un des principes directeurs du procès civil – le principe dispositif – et le modèle de procédure en vigueur au cours du procès civil –

¹²¹³ V. Tribunal de commerce d'Abidjan, jugement n° 004/2012 du 22 novembre 2012, Société FPL c/ Société AMI et Autres, in *Actualités juridiques*, n° 80/2014, p. 303. L'attendu principal est ainsi libellé : « *Le contenu de cette loi étrangère, considérée en droit international privé comme un fait, doit être prouvé par la partie qui s'en prévaut. A cet égard, le demandeur produit un certificat de coutume établi le 03 janvier 2012. Il est vrai que le certificat de coutume, attestation émise par une autorité locale ou un particulier à la demande d'une partie sur la teneur de la loi étrangère et la règle de conflit, admise comme l'un des moyens de preuve de la loi étrangère ne lie pas le juge. Toutefois, celui-ci peut en tenir compte lorsque les circonstances de son établissement le rendent crédible. En l'espèce, le certificat de coutume a été établi par un avocat dont les déclarations ont été consignées dans un acte notarié ; ce qui lui confère de la crédibilité, autorisant le Tribunal de céans à y adosser sa décision (...)* ».

¹²¹⁴ La Cour suprême de Côte d'Ivoire (C.S.C.I) a admis que l'on peut utilement faire recours aux exemples étrangers pertinents, qu'il est pleinement autorisé les arguments de droit comparé (Voir C.S.C.I., formation plénière et solennelle, 4 avril 1989, affaire Omais c/ Tallal, in *Revue Ivoirienne de Droit Economique et Comptable (RIDEC)*, n° 7, juillet 1989.

¹²¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1993, *Rev. crit.* 1994, 78, note Ancel.

¹²¹⁶ V. notamment article 140 du Code de procédure civile ivoirien et article 26 de la loi n° 97-243 du 25 avril 1997 relative à l'organisation, composition et fonctionnement de la Cour suprême de Côte d'Ivoire.

procédure essentiellement accusatoire.

28. L'on se sait, le principe dispositif répond à la question suivante : « Qui dispose du procès ? » « Qui, du juge ou des plaideurs, influence le cours de l'instance ? ». En réponse à cette question, le principe dispositif donne de savoir que, de façon classique, ce sont les plaideurs qui disposent du procès, qui sont « maîtres du procès » car « *selon la théorie de l'autonomie de la volonté, chacun est le mieux à même d'apprécier et de défendre ses propres intérêts, et doit, en conséquence, avoir la liberté de faire à sa guise – dans les limites d'un formalisme qui assure la régularité des échanges* »¹²¹⁷. Mais cet état de fait est d'autant plus affirmé que la procédure a un caractère accusatoire¹²¹⁸ – ou du moins essentiellement accusatoire¹²¹⁹ –, procédure dans le cadre de laquelle « *le juge n'a ni l'initiative ni la direction du procès et le droit d'action n'est qu'une modalité du droit lui-même* »¹²²⁰. Ce système suppose, pour ainsi dire, un rôle « passif » du juge et sa neutralité sous peine de récusation¹²²¹ : « *Il ne doit intervenir dans le débat, ni aider une partie en lui procurant une preuve, ni présenter d'office un argument de droit* »¹²²². En d'autres termes, le juge se comporte comme un arbitre qui « *assiste à l'échange des prétentions entre les parties et sert éventuellement de garant de la loyauté des débats* »¹²²³.

29. C'est justement ainsi que le juge ivoirien est invité à se comporter dans un procès civil, lui dont le rôle à l'audience est d'« *ouvrir, de diriger et de déclarer clos les débats lorsqu'il s'estime suffisamment éclairé par les parties qui lui auront présenté tous éclaircissements utiles* »¹²²⁴.

30. Pour dire qu'en droit ivoirien, la procédure civile (et commerciale) –

¹²¹⁷ V. G. WIEDERKEHR, « Le principe du contradictoire », in *Dalloz* 1974, chron., p. 95.

¹²¹⁸ On oppose à la procédure accusatoire la procédure inquisitoire à laquelle on attribue des caractéristiques essentielles symétriquement opposées de la procédure accusatoire. Ainsi, quand la procédure accusatoire est présentée comme une procédure orale, publique et contradictoire, on estime que la procédure inquisitoire est plutôt écrite, secrète et non contradictoire. Quant à leur influence sur l'office du juge, dans une procédure accusatoire, le juge ne joue que le rôle d'un arbitre alors qu'il joue un rôle très actif dans la procédure inquisitoire.

¹²¹⁹ Aucune procédure n'est, de nos jours, exclusivement accusatoire ou inquisitoire. On rencontre plus des procédures mixtes. Mais, le mélange de procédures est dominé par l'une des procédures sur l'autre. Ainsi, aura-t-on une procédure essentiellement accusatoire ou une procédure essentiellement inquisitoire. Dans cette optique, le procès civil en droit ivoirien est essentiellement accusatoire car « la chose des parties » mais même ainsi le juge peut y jouer un rôle actif en les enjoignant à accélérer le rythme, notamment par le dépôt des conclusions.

¹²²⁰ V. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome 3, « Régime général de l'obligation, théorie des preuves », Groupe de Boeck, Bruxelles, 2010, n° 1642, p. 2244.

¹²²¹ V. articles 128 à 132 du Code de procédure civile ivoirien.

¹²²² V. H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, « objectif droit », Litec, 2001, n° 467, cité in B. ROLLAND, *Procédure civile, 30 fiches de synthèse...*, collection « Panorama du droit », Studyrama, 2005, fiche 5 « Le principe du dispositif », p. 72-82, précisément p. 76.

¹²²³ B. ROLLAND, *Procédure civile, 30 fiches de synthèse...*, op. cit., p. 75.

¹²²⁴ Ainsi, pourrait-on résumer les articles 136 et 137 du code de procédure civile ivoirien.

contrairement à la procédure pénale¹²²⁵ – est essentiellement¹²²⁶ accusatoire et en tant que telle, cela se traduit dans le processus de recherche des preuves : La charge de l'allégation et la charge de la preuve pèsent sur les plaideurs qui disposent seuls de l'action¹²²⁷ ; et alors « *celui qui allègue, doit prouver !* ».

31. Or, justement, le juge n'allègue rien. Il tranche la contestation que les plaideurs lui soumettent telle que ceux-ci la portent devant lui, telle que ceux-ci l'exposent dans leurs conclusions. La saisine du juge est, en effet, encadrée par l'assignation et par les conclusions additives et surtout par les dernières conclusions qui vont fixer sa compétence. Et parce que le juge ivoirien statue sur pièces¹²²⁸, l'article 54 du Code de procédure civile ivoirien fait obligation aux parties de produire les pièces du dossier « *dans un délai fixé dans la décision qui l'ordonne et pendant lequel les parties doivent, si les pièces sont en leur possession, les déposer au dossier ou si elles ne les détiennent pas elles-mêmes faire diligence pour qu'elles y soient versées* ». Par principe donc, la production des pièces au dossier est à la charge des parties. Ce n'est que de façon exceptionnelle, « *lorsque les pièces dont la production est ordonnée font partie d'un dossier pénal ou si elles sont détenues par une administration publique* »¹²²⁹ que la décision est portée à la connaissance du Ministère public qui est chargé de son exécution.

32. Se trouve donc proclamée l'éminence du rôle des parties dans la production de la loi étrangère comme pièce du dossier du procès. La Cour suprême de Côte d'Ivoire a eu à réaffirmer cette position du droit ivoirien en plusieurs arrêts. Ainsi, dans un arrêt en date du 14 mars 2001, la juridiction suprême ivoirienne a affirmé : « (...) *c'est en vain que le requérant soutient que seule la loi française est applicable à la procédure en divorce d'avec son épouse quand on sait qu'en toute lucidité, les époux n'ont point exigé devant le tribunal et la Cour d'appel l'application de leur loi personnelle dont ils n'ont point jugé utile de produire une copie (...)* »¹²³⁰.

¹²²⁵ En matière pénale, où les plaideurs ne rapportent que les faits, la loi est préétablie et il revient principalement au Parquet de démontrer que la loi pénale a été violée de telle ou telle manière des éléments constitutifs et, invoquant la loi pénale particulièrement violée, il demande au juge de constater et de sanctionner.

¹²²⁶ La procédure civile est non exclusivement accusatoire mais elle n'est qu'essentiellement accusation. Car, elle est devenue de nos jours une procédure mixte.

¹²²⁷ L'action est « un attribut du droit matériel auquel (les parties) prétendent et dont elles réclament la consécration » (Lire E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *JT*, 1983, 513, cité par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*

¹²²⁸ D'où la référence dans les décisions de justice ivoiriennes des expressions comme « *Vu les pièces du dossier* », « *Vu les pièces du procès* », « *Vu le mémoire produit* », « *Il résulte des productions...* », « *Il résulte des productions et des écritures* », « *Il n'est pas établi au regard des pièces du dossier de la procédure...* » (V., par exemple, C.S.C.I. arrêt n° 506 du 13 juin 2002, *affaire Pohu Philippe*, inédit ; Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 1341 du 27 décembre 2002, Jacqueline Jah Jah épouse Sabbagué c/ Sabbagué Chantal Charbel, inédit ; Cour d'appel d'Abidjan, ch. civ. et comm., 25 janvier 1974, *RID* 1976, 1-2, p. 36-38).

¹²²⁹ V. article 55 du Code de procédure civile ivoirien.

¹²³⁰ Cour suprême de Côte d'Ivoire (C.S.C.I.), ch. jud., arrêt n° 229/01, 14 mars 2001, *Hocquet Christian / Hocquet Zohair Sonia Youssef Kamal*, arrêt inédit. N.B. : C'est nous qui avons souligné !

33. A ce titre, il revient aux parties de verser la teneur de la loi étrangère au dossier du procès. Il en est ainsi, tout d'abord, si les parties estiment que c'est la loi étrangère qui doit s'appliquer. Il en est ainsi, ensuite, même si c'est le juge lui-même qui d'office se rend compte que c'est la loi étrangère qui doit s'appliquer ; il a le devoir ou la loyauté, en cette occurrence, d'en informer les parties et de renvoyer le procès aux fins de production de ladite loi étrangère. Ainsi aux termes de l'article 52 alinéa 4 du Code de procédure civile ivoirien, « *le tribunal pourra (...) inviter oralement ou par écrit, les parties à fournir, dans un délai fixé, les explications de droit ou de fait, nécessaires à la solution du litige (...)* »¹²³¹. Bien plus, le juge ivoirien ne peut examiner aucun moyen, même d'ordre public, non soulevé par les parties, sans que celles-ci aient été appelées par le juge à présenter leurs observations à cet égard¹²³².

Dans cette logique, le juge peut personnellement connaître la teneur de cette loi étrangère, mais si elle n'est pas au dossier, il ne doit s'y prononcer (il ne lui revient pas de la produire au dossier, sinon il deviendrait juge et partie)¹²³³. En clair, il revient au juge ivoirien, dans son office légal, de connaître le droit applicable, de savoir le droit applicable au litige, en l'occurrence la loi étrangère applicable, mais il ne lui revient pas d'administrer cette preuve dans le dossier, de la produire.

34. En pratique, si le juge sait ou estime que c'est une loi étrangère qui est applicable, et si les parties ne l'ont pas relevé, il les en informe à l'occasion de l'avant-clôture de la procédure (avant de mettre l'affaire en délibéré) et leur demande de produire cette loi étrangère dans le dossier¹²³⁴. Ainsi, si les dernières conclusions ne permettent pas au juge d'avoir le contenu de la loi étrangère, et donc de répondre à la question essentielle soulevée par le litige, il ira dans le sens d'un débouté : il peut alors déclarer la demande recevable mais mal fondée puisque le fondement juridique n'en est pas donné.

35. Cet état de fait conduirait certainement – au sujet de la nature juridique de la loi étrangère – à « *déduire de la preuve par les parties que la loi étrangère apparaît au juge comme un élément de fait* »¹²³⁵. Cette posture, une telle thèse, pourrait notamment s'expliquer sur le fondement de la maxime « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » (« *Donne-moi le fait, je te donnerai le droit* »), maxime qui repose sur une distinction entre le fait et le droit. De ce fait, elle procède à une répartition des rôles entre le juge et les plaideurs dans la détermination des éléments de l'instance (faits, preuve, le droit). Au sens de cette règle, les plaideurs sont dispensés, dans le cadre de

¹²³¹ V. article 52 alinéa 4 du Code de procédure civile ivoirien qui donne la possibilité au juge ivoirien d'obliger les parties à fournir les explications de droit nécessaires au litige. V. également article 24 alinéa 2 et suiv. de la loi de 1997 sur la Cour suprême de Côte d'Ivoire.

¹²³² V. article 52 alinéa 4 *in fine* du Code de procédure civile ivoirien.

¹²³³ Le juge ne peut produire une pièce au dossier. S'il le fait, il est partie au procès. Et alors, il s'expose à des poursuites devant le Conseil de discipline, il peut même être radié à cette fin pour s'être comporté en juge et partie.

¹²³⁴ Au besoin, le juge peut demander de faire traduire, en français par interprète assermenté, agréé par la Cour d'appel, la teneur de la loi étrangère qu'ils doivent produire.

¹²³⁵ V. H. BATIFFOL, *Traité de Droit international privé*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1955, n° 332.

la procédure, d'apporter la preuve de la règle de droit qu'ils invoquent à l'appui de leurs prétentions.

Ainsi, suivant cet adage qui pose le principe que le droit ne nécessite pas de preuve dès lors que le juge est censé connaître la loi, dès lors que le juge est présumé être « maître du droit », les seules obligations incombant aux plaideurs sont les suivantes : - soumettre au juge leurs prétentions ; - exposer et prouver les éléments de fait au soutien de leurs prétentions. A l'inverse, l'impérativité dans l'office du juge conduit à mettre à sa charge le devoir de connaître ou de s'informer lui-même de la teneur de la loi¹²³⁶, le devoir « d'apporter » le droit nécessaire à la solution du litige : aux faits présentés par les plaideurs, il doit d'abord donner la qualification juridique qu'ils requièrent, leur appliquer ensuite la règle de droit qui sied.

36. Au demeurant, cette maxime ne signifie aucunement que jamais les parties ne plaident le droit : « *elles présentent généralement au juge un habillage juridique favorable à leur thèse en lui suggérant de l'adopter* »¹²³⁷. Elles proposent donc déjà du droit au juge. Mais, le juge n'en est pas tenu, n'est pas lié par les dispositions de loi que les plaideurs invoquent au soutien de leurs prétentions¹²³⁸ ; ces dispositions légales visées par les plaideurs n'en seraient que purement indicatives. Il a le pouvoir de vérifier le sens et la portée de la loi, en l'occurrence de la loi étrangère. Il peut, au vu des documents produits, redresser l'interprétation qui est donnée des textes et des décisions¹²³⁹.

37. Ainsi, dans la logique de cette règle, dès lors qu'en législation, le devoir de s'informer ou de prouver la loi étrangère incombe non pas au juge mais plutôt aux plaideurs, alors une qualification factuelle de la loi étrangère devrait logiquement s'imposer. De façon particulière, ce point de vue signifie que dès lors qu'en droit

¹²³⁶ Cette obligation expose, par ailleurs, en cas d'erreur sur l'état ou le sens du droit positif, à la censure de la Cour suprême.

¹²³⁷ D. MOUGENOT, *Droit des obligations : la preuve*, Larcier, Bruxelles, 2002, n° 19, p. 84.

¹²³⁸ Il en est ainsi quand même les parties au procès seraient assistées par des professionnels du droit.

¹²³⁹ Dans un arrêt (Cour d'appel d'Abidjan, 1^{er} août 1969, arrêt n° 323, *Dame Boudet c/ Fernangu*, in *Revue ivoirienne de droit (R.I.D.)* 1970, n° 4, p. 33) alors que l'appelante (dame Boudet) qui se fondait notamment sur l'article 358 du Code civil français avait estimé que d'après ce texte « dans le cas d'une adoption plénière, " l'adopté a dans la famille de l'adoptant les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime », la Cour d'appel d'Abidjan a jugé que « *Mais considérant que c'est à tort que dame Boudet se prévaut de l'article 358 du code civil français, tel qu'il est cité ci-dessus ; Considérant en effet que dame Boudet cite cet article dans les termes que lui a donné la loi du 11 juillet 1966 instituant l'adoption plénière ; Considérant que cette loi, postérieure au décès de Fernangu, n'est pas applicable à l'espèce ; Considérant que la situation familiale de dame Boudet est régie par le décret-loi du 29 juillet 1939 et la loi du 8 août 1941 qui ont modifié les articles 368 à 370 du code civil en instituant la légitimation adoptive ; Considérant que l'article 370 du code civil français ainsi modifié dispose que "l'enfant qui fait l'objet d'une légitimation adoptive... a les mêmes droits et les mêmes obligations que s'il était né du mariage. Toutefois si un ou plusieurs des ascendants des auteurs de la légitimation adoptive n'ont pas donné leur adhésion à celle-ci dans un acte authentique, l'enfant et ces ascendants ne se devront pas d'aliments et n'auront pas la qualité d'héritiers réservataires dans leurs successions réciproques (...)* ». Cet arrêt de la cour d'appel a fait l'objet d'un pourvoi en cassation (V. C.S.C.I., arrêt n° 36 du 21 avril 1972, inédit).

ivoirien la loi étrangère doit être produite, prouvée par les parties, la conséquence apparemment logique serait que la loi étrangère s'apparenterait à un fait.

38. Mais, ne serait-il excessif de l'affirmer sans ambages que dès lors qu'il incombe aux parties de prouver la loi étrangère, elle doit être prise pour un fait ? L'on ne peut occulter qu'il est des cas dans lesquels même le droit peut faire l'objet de preuve par les parties sans que ce droit soit disqualifier en fait. Il en est ainsi, par exemple, de la coutume « dont l'absence de support écrit complet et officiel enrayera (certes) la mécanique normativiste »¹²⁴⁰ mais dont nul ne peut soutenir qu'il s'agisse d'un simple fait. Il en est ainsi encore, notamment en droit administratif, en cas de recours pour excès de pouvoir : Le requérant doit justifier que l'exécution de la décision qu'il soumet au juge de l'excès de pouvoir porte atteinte à ses intérêts. Pour ce faire, il doit joindre l'acte querellé, l'acte qui porte grief comme le rappelle justement la loi ivoirienne sur la Cour suprême de Côte d'Ivoire : « Toute requête en annulation pour excès de pouvoir doit contenir les nom, prénoms, profession et domicile du requérant, l'objet de sa demande, l'exposé sommaire des moyens qu'il invoque, l'énonciation des pièces dont il entend se servir et préciser aussi exactement que possible la décision entreprise. La signature de la requête par un avocat vaut constitution et élection de domicile en son étude. La partie non représentée par un avocat doit, lorsqu'elle n'est pas domiciliée à Abidjan, faire élection de domicile en cette ville. La requête doit s'accompagner : a) de la pièce justifiant du dépôt du recours administratif, hiérarchique ou gracieux ; (...) »¹²⁴¹. Il en est ainsi également en matière de voies d'exécution où il est fait obligation au créancier, par l'entremise de l'huissier de justice ou de l'agent d'exécution, de reproduire certaines dispositions légales (le droit) dans l'acte de saisie, à peine de nullité¹²⁴².

39. Avec ces cas de preuve du droit au cours d'un procès, aux tenants de la thèse de la nature factuelle de la loi étrangère parce que prouvée au cours du procès, l'on pourrait ainsi opposer plusieurs objections qui pourraient se résumer en ce que ce n'est pas parce que les parties sont amenées à faire la preuve de la loi étrangère que cela signifie automatiquement que la loi étrangère serait un élément de fait. Le droit aussi peut être prouvé et d'ailleurs se prouve. En outre, pourquoi la loi étrangère qui est du droit dans le système étranger devrait-il, tout de go, changer de nature en entrant dans le système du *for* ?

40. A la vérité, dès lors qu'on allègue, il faut prouver ! Dès lors qu'un plaideur allègue une loi étrangère, il doit la prouver, ce d'autant plus que « *par une induction*

¹²⁴⁰ Cité par A. KOUASSI, « Question controversée : la loi étrangère saisie dans le giron procédural du *for* doit-elle être considérée comme un fait ou doit-elle revêtir de façon pérenne la qualification de règle de droit ? », note sous Tribunal de commerce d'Abidjan, jugement n° 004/2012 du 22 novembre 2012, Société FPL c/ Société AMI et Autres, in *Actualités juridiques*, n° 80/2014, p. 307.

¹²⁴¹ V. **article 61 nouveau** de la Loi n° 97-243 du 25 avril 1997 modifiant et complétant la loi n° 94-440 du 16 août 1994 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême de Côte d'Ivoire.

¹²⁴² V. notamment article 100-10) et 100-11) de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

*amplifiante, l'article 1315 du Code civil a été sacralisé comme le pilier d'un principe général : actori incumbit probatio*¹²⁴³ et alors « *c'est au demandeur de prouver ce qu'il allègue* ».

41. A l'analyse, l'office du juge ivoirien doit s'entendre dans le sens d'une obligation pour le juge de rendre une décision de justice conforme au droit dès lors que les parties lui « apporté » la loi étrangère. En réalité, les plaideurs étant chargés de motiver en droit leur demande et défense, étant chargés particulièrement alors de produire la loi étrangère au cours du procès, il est évident qu'il ne faut pas sous-estimer le rôle des plaideurs même en matière de droit, là où le juge a un rôle principal de trancher le litige et de dire le droit¹²⁴⁴. Les plaideurs ne sauraient, pour ainsi dire, « *s'en tenir à un silence respectueux* »¹²⁴⁵ sur les points de droit ; bien au contraire doivent-ils fournir, au soutien des faits susceptibles de fonder leur prétention, « *les explications de droit (...) nécessaires à la solution du litige* »¹²⁴⁶.

42. Ainsi, s'il est constamment avancé que le juge étant censé connaître le droit et qu'à ce titre les parties ne sont pas obligées de préciser le fondement juridique des faits qu'elles invoquent à l'appui de leurs prétentions, en réalité cette assertion ne vaut pas pour les instances introduites par voie d'assignation : dès lors qu'un plaideur introduit l'instance par la voie d'assignation, il est obligé de fournir un exposé des motifs en fait et en droit, de préciser donc dès le départ le fondement juridique sur lequel il se base. Bien évidemment, il reviendra au juge en dernier ressort de vérifier que la règle de droit invoquée par ce plaideur s'applique effectivement aux faits à lui soumis et que les conditions d'application de cette règle de droit sont bien remplies.

43. Au demeurant, toutes les prises de position relatives à la nature de la loi étrangère pourraient se justifier par des argumentations les plus pertinentes les unes les autres. Mais, la principale question qu'il convient de se poser lorsque le conflit de lois présente un élément d'extranéité est de savoir « *à quoi bon rechercher la méthodologie idoine ainsi que les rattachements les plus aptes à prendre en charge ces derniers (...) si le régime procédural applicable devant le juge du for le dispense*

¹²⁴³ M. MEKKI, *Le risque de la preuve, in Droit et économie du procès*, LGDJ, 2010, p. 195 et s., spéc. 195-199 qui fait un renvoi, concernant cette induction, à J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Introduction générale*, LGDJ, 3^e éd., 1990, n° 582 et 583, p. 539 et s.

¹²⁴⁴ Car, « *il n'est pas exact de considérer que les faits allégués et prouvés par [les plaideurs] ne sont que des faits bruts, dépourvus de toute connotation juridique* » (V. A. SERIAUX, *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, n° 187).

¹²⁴⁵ V. A. SERIAUX, *op. cit.*

¹²⁴⁶ V. article 52 alinéa 4 du Code de procédure civile ivoirien. Cet état de fait se traduit d'ailleurs, de façon pratique, dans la décision du juge qui comporte deux parties : - Dans la première partie, l'on y retrouve les faits, les moyens (L'article 33 du Code de procédure civile dispose que « (...) *L'assignation introductive d'instance doit contenir : - l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens ; (...)* »), les prétentions et arguments des plaideurs. Justement dans les moyens des plaideurs, on trouvera les moyens de droit en bonne place dans la partie de la décision appelée dans le jargon « *les qualités d'une décision* » (C'est la partie de la décision rédigée par le greffier supervisé par le juge et qui présente l'historique de la saisine du juge jusqu'au jour du délibéré). ; - Dans la seconde partie, l'on y retrouve les motifs, partie dans laquelle le juge tient ses arguments en fait et en droit.

de mettre en œuvre le droit international privé, de sorte que les règles de conflit n'apparaîtraient en fin de compte que comme facultative »¹²⁴⁷. Il faut alors faire en sorte que la loi étrangère elle-même ne soit pas un simple fait à la disposition des parties. Ainsi, s'il est imposé aux plaideurs la charge de produire la loi étrangère comme pièce au dossier, l'office légal du juge ivoirien l'obligeant, bien qu'il soit censé connaître le droit applicable au litige, à se comporter tel un arbitre en les parties, certaines directives comportementales s'imposent aux différents acteurs du procès : ces directives pourraient se résumer en l'opportunité de la recherche d'une collaboration proactive de leur part en vue de la preuve de la loi étrangère en vue d'une décision juste et équitable.

II- De l'opportunité de la recherche d'une collaboration proactive des acteurs du procès

44. L'on le sait, la justice est en soi une idée assez abstraite dont chacun en a une vision différente. Aussi, une meilleure administration de cette justice nécessite-t-elle entre autres de se mettre d'accord sur les règles applicables à un litige, de surcroît lorsque ce litige recèle un élément d'extranéité car « *si les voies d'accès aux droits étrangers se multiplient aujourd'hui avec la coopération judiciaire et les progrès techniques, il n'en reste pas moins que l'extranéité du droit applicable rend aléatoire son interprétation judiciaire, et met en cause la légitimité de toute tentative d'extrapolation du sens originare* »¹²⁴⁸.

45. Et, d'une part, parce qu'un procès équitable signifie que chacun est à même de présenter au mieux tous les arguments qui pourraient amener un jugement en sa faveur et, d'autre part, parce que la loi est très souvent complexe, chacun des plaideurs et le juge sont tenus d'apporter leur concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité¹²⁴⁹ surtout au regard même de cette fatalité qu'est le « *risque de la preuve* »¹²⁵⁰.

46. Le « *risque de la preuve* », c'est-à-dire la question de savoir « à qui le juge devrait-il donner satisfaction lorsque la lumière ne sera pas faite », en d'autres termes une question qui renvoie aux aléas probatoires du procès, oblige en effet à une nécessité d'amélioration de la gestion du procès : la recherche d'une collaboration proactive des acteurs du procès, c'est-à-dire un management du procès allant dans le sens « *d'un dialogue entre le juge et chacune des parties* »¹²⁵¹. Ainsi, tandis que les plaideurs

¹²⁴⁷ V. T. DE BOER, « Facultative Choice of Law : The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law », *Rec. cours de La Haye*, t. 257, 1996, p. 223, cité par V. H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Répertoire international Dalloz*, janvier 2009, n° 2, p. 3.

¹²⁴⁸ V. H. MUIR WATT, « Loi étrangère », *Répertoire international Dalloz*, janvier 2009, n° 2, p. 3.

¹²⁴⁹ Pour paraphraser A. - L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit commercial de la concurrence : pour un changement de perspectives », *RTD eur.* 2007, p. 205 et s.

¹²⁵⁰ M. MEKKI, *Le risque de la preuve*, in *Droit et économie du procès*, LGDJ, 2010, p. 195 et s., spéc. 195-199.

¹²⁵¹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, n° 516, p. 328.

doivent fournir un effort probatoire afin de convaincre le juge du bien-fondé de leurs prétentions, réciproquement, le juge doit les convaincre ainsi que les tiers, de la légitimité de sa décision au moyen, notamment, d'une motivation suffisante¹²⁵². Une telle posture ou démarche applicable à la question de la preuve de la loi étrangère suppose inexorablement notamment la prise en compte des considérations de justice de droit international privé (A) qui devrait, à l'évidence, se traduire par la recherche d'accommodements entre intérêts privés et intérêt sociétal (B).

A- La prise en compte des considérations de justice de droit international privé

47. L'objectif général du droit international privé « *conçu de telle manière qu'il ne néglige ni la singularité des relations privées internationales, ni le pluralisme des ordres juridiques étatiques* »¹²⁵³, réside dans la coordination des systèmes juridiques, car l'universalisme de la pensée juridique se ramène à trois idées : « *Le juste, le rationnel et l'utile* ». Ainsi, NIBOYET a pu dire à son sujet que le but du droit international privé est de « *rendre possible la vie juridique dans les rapports internationaux* »¹²⁵⁴.

48. Cette finalité du droit international privé implique qu'un procès à propos d'un litige international soit inéluctablement animé par la prise en compte des considérations de justice de droit international privé. Cette connaissance profonde se traduit davantage par l'idée que le traitement procédural de toutes questions relatives au droit international privé – en l'occurrence celle de la preuve de la loi étrangère - doit être mis « *en balance avec des considérations éminemment pragmatiques* »¹²⁵⁵ surtout au regard de l'application des principes directeurs du procès. Tant le juge que les parties doivent faire leur cette exigence que les principes directeurs régissant en l'espèce la preuve de la loi étrangère devraient avoir une « *teneur [dérogeant] en cas de besoin aux principes directeurs du procès interne* »¹²⁵⁶ ce d'autant plus que « *(...) les ordres juridiques, quoique non cloisonnés et communicants, demeurent cependant distincts et peuvent relever chacun de principes spécifiques* »¹²⁵⁷.

49. Il est vrai qu'une controverse théorique de grande ampleur¹²⁵⁸ - somme toute

¹²⁵² Pour paraphraser M. MEKKI, *Le risque de la preuve*, op. cit.

¹²⁵³ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse, Université de Limoges, 21 novembre 2005, p. 25-26.

¹²⁵⁴ J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé à l'usage des étudiants de licence et doctorat*, Librairie du recueil Sirey, 1946, p. 1, n° 1.

¹²⁵⁵ V. H. MUIR WATT, op. cit..

¹²⁵⁶ V. H. MUIR WATT, op. cit., n° 3, p. 3.

¹²⁵⁷ P. GANNAGE, « La réception des principes du droit international privé dans les systèmes juridiques proche-orientaux », in *Actes du colloque de Beyrouth*, Editions Bruylant (Bruxelles), 2005, p. 1, n° 1 consultable sur www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/gannage.pdf. Il fait observer que dans le domaine du droit, les principes constituent le fondement des différents ordres juridiques à qui ils confèrent leur cohérence et leur finalité.

¹²⁵⁸ Controverse dont « *l'essentiel repose sur les pouvoirs qu'exercerait le juge à leur propos* » (V. D. BUREAU, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ. 5 octobre 1994, *Société Demart*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 62).

incontournable - existe au sujet des principes du droit¹²⁵⁹, notamment au sujet des principes du droit international privé, mais il faille faire le choix, à l'occasion d'une analyse à l'ampleur modeste, de ne pas s'y attarder et même d'aller dans le sens de cette acception qui prône de « dépasser la conception largement dominante du positivisme légaliste, pour admettre qu'il peut exister d'autre droit que celui posé par l'Etat »¹²⁶⁰. On peut alors affirmer que le « véritable visage des principes (de droit) »¹²⁶¹ dont on découvre l'expression tangible dans la jurisprudence française transposable, le cas échéant, en droit ivoirien en vertu de l'article 133 de la Constitution du 1^{er} août 2000¹²⁶² et quelquefois à « titre de raison écrite »¹²⁶³, est qu'ils constituent une « source autonome du droit que le juge interprète pour en déduire telle ou telle solution au litige qu'il a pour mission de trancher »¹²⁶⁴.

50. Partant de cette connaissance profonde, des définitions mettant l'accent sur les valeurs que le principe du droit incarne, sur le modèle de références qu'il constitue, sur les objectifs qu'il peut indiquer, permettent d'appréhender les principes du droit comme des « règles d'action s'appuyant sur un jugement de valeur et constituant un modèle, une règle ou un but »¹²⁶⁵ ou comme des « propositions juridiques non écrites dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives »¹²⁶⁶.

51. Cependant, une distinction doit être faite entre les principes du droit : certains d'entre eux sont propres à l'ordre juridique international, d'autres aux ordres

¹²⁵⁹ A titre de rappel, selon une partie de la doctrine, le juge ne ferait que découvrir ces principes, qui se présenteraient à lui comme une réalité préexistante qu'il ne ferait que révéler (Pour un essai de démonstration, v. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris II, 1992, qui affirme qu'« on peut estimer concevable d'admettre, d'un point de vue théorique, que les principes sont seulement révélés par le juge ») ; selon l'autre partie, au contraire, le juge serait leur véritable créateur (Pour un essai de démonstration, v. P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse, Paris I, 1994).

¹²⁶⁰ D. BUREAU, *op. cit.*.

¹²⁶¹ *Ibid.*

¹²⁶² La République de Côte d'Ivoire a décidé, dès son accession à l'indépendance en 1960, à l'instar d'ailleurs de la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, de reconduire la législation coloniale en vigueur sur son territoire lorsqu'elle ne e reproduit pas à travers les réformes entreprises. Cette continuité législative a eu pour fondement l'article 76 de la défunte Constitution du 30 novembre 1960 - JORCI 1960, p. 1271- : « La législation actuellement en vigueur en Côte d'Ivoire reste applicable sauf intervention de textes nouveaux en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente Constitution. ». Cette disposition est actuellement reprise par l'article 133 de la Constitution du 1^{er} août 2000 selon lequel « La législation actuellement en vigueur en Côte d'Ivoire reste applicable, sauf l'intervention de textes nouveaux, en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente Constitution. » Ainsi, « sont considérés comme d'application directe (...) la jurisprudence, l'ensemble des principes généraux du droit (...) » (V. C. E. 11 avril 1919, Rec., p. 370, cité par Thiam Cheikh Tidiane, *Décolonisation et succession d'Etats en Afrique – Contribution à l'étude de la succession à l'ordre juridique*, thèse d'Etat en Droit, université de Paris I – Panthéon-Sorbonne, juin 1989, p. 75. –V. aussi René DEGNI-SEGUI, *La succession d'Etat en Côte d'Ivoire*, thèse d'Etat, Université de droit, d'économie et de sciences d'Aix Marseille, 20 janvier 1979, p. 52 et suiv.).

¹²⁶³ V. Cour Suprême de Côte d'Ivoire, formation plénière et solennelle, 4 avril 1989, affaire Omais / Tallal, *op. cit.*

¹²⁶⁴ D. BUREAU, *op. cit.*

¹²⁶⁵ V. Dictionnaire Le Petit Robert, 2013, p. 2024.

¹²⁶⁶ D. BUREAU, *op. cit.*.

juridiques nationaux et d'autres enfin à la fois à l'ordre juridique international et à l'ensemble des ordres juridiques nationaux. A l'évidence, on comprend aisément que les principes du droit qui participent en priorité de la prise en compte des considérations de justice de droit international privé et que l'on pourrait qualifier de principes de droit international privé devraient s'entendre de ceux propres à l'ordre juridique international et de ceux communs à la fois à l'ordre juridique international et à l'ensemble des ordres juridiques nationaux¹²⁶⁷ – même s'il n'est pas exclu qu'il demeure possible que les principes internes soient transposés aux contentieux internationaux -.

Ces principes de droit international privé ont pour objectifs notamment l'harmonie internationale, l'harmonie matérielle¹²⁶⁸ et l'ordre public international. Et alors, « *les juges doivent réaliser la difficile conciliation [de ces objectifs] en donnant, dans chaque espèce, la priorité à celui qui semble le plus impérieux* »¹²⁶⁹. A cette fin, en plus de l'appréhension de son office légal dans le sens de ce que *devrait* être la justice, le juge doit également l'appréhender dans le sens de ce qu'*est* la justice. L'intérêt de cette posture est, en pénétrant le cœur de l'élaboration de la décision judiciaire, de reconnaître la dimension pratique, pragmatique, de l'office du juge. Est mise ainsi en avant la réalité de l'exercice de leur office légal par les juges.

52. A cet effet, si l'on peut se permettre – une fois n'est pas coutume - une question personnelle adressée à un magistrat à propos du rapport du magistrat à la loi a permis d'avoir de sa part une réponse sans ambages et avec insistance en ces termes : « *Ne sais-tu pas que nous sommes au-dessus de la loi ?* » Cette réponse, *prima facie*, fait sourire ! Mais avec du recul et sans préjugé, car une telle posture permet d'entrer dans la sphère de la réflexion objective, l'on se rend compte que cette affirmation de ce magistrat participe non seulement de la controverse relative au rôle de la jurisprudence dans l'élaboration de la loi, mais surtout permet de comprendre que l'office du juge a également un aspect pratique qui semble prendre le pas sur son aspect théorique.

Ce faisant, même si l'on ne partage pas ce point de vue, il faut tout de même lui reconnaître le mérite de mettre en lumière que l'office du juge doit être, dans ces

¹²⁶⁷ Les principes du droit qui appartiennent à la fois à l'ordre juridique international et à l'ensemble des ordres juridiques nationaux « *résultent d'un processus de généralisation et d'abstraction très poussé (et alors) dépouillent les droits internes de leurs particularismes pour mettre en lumière leurs aspects universalisables* » (V. P. GANNAGE, *op. cit.*, qui fait un renvoi à des observations de P. WEIL, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat*, Etudes offertes à Berthold Goldman, pp. 387 à 414, Litec Paris, 1982 ; et *Ecrits de droit international*, PUF 2000, pp. 379 et s.).

¹²⁶⁸ Le principe de l'harmonie matérielle des solutions est qualifié encore de principe de respect des ensembles législatifs ou de l'unité du droit applicable. Ce principe « *vise à assumer l'unité du régime des situations juridiques dans les relations internationales, d'empêcher que les divers éléments de ces situations ne soient régis par des lois différentes. Le morcellement, ou le dépeçage peuvent en effet consacrer des résultats incohérents, surtout lorsque les systèmes juridiques qu'on veut associer relèvent de civilisations éloignées. Il convient donc, autant qu'il se peut, d'appliquer un droit unique aux éléments d'une même situation* » (V. P. GANNAGE, *op. cit.*, p. 5, n° 6).

¹²⁶⁹ P. GANNAGE, *op. cit.*, p. 4, n° 4 faisant allusion à H. Battifol.

circonstances, appréhendé sous un aspect de philosophie politique que sous un aspect seulement juridique. En postulant que la loi est la référence ultime et qu'elle est stable, « *la doctrine semble en effet bridée par le légicentrisme positiviste* »¹²⁷⁰. Et pourtant, « *les juges font l'expérience inverse : ils doivent de plus en plus appliquer des principes (...) ou des notions très générales (...)* »¹²⁷¹. Or cette dernière vision s'inscrit dans une doctrine qui est en réalité plus « *une philosophie politique qu'une théorie juridique* » : « *il n'est pas possible de penser l'office du juge sans revenir au modèle politique tout entier dont il n'est qu'une pièce. Et c'est précisément cette part politique de l'activité du juge que la pensée positiviste ne veut pas considérer (...)* »¹²⁷².

53. La réalité de l'office du juge invite – pour ne pas dire « oblige » - à s'interroger : Doit-on penser la justice comme elle *devrait être* ou doit-on la penser comme elle *est*, et alors s'intéresser aux interrogations et aspirations des juges qui la rendent quotidiennement ? Le juge doit-il être tenu rien que par des *règles de droit* plutôt que davantage par des *valeurs contenues dans la loi* ?

Les réponses à ces questions ne peuvent exclusivement aller dans le sens d'un positivisme légaliste car la réalité de l'office du juge permet de se rendre à l'évidence que « *le procès ne peut prétendre à une quelconque efficacité sociale que grâce à la concaténation de (...) différentes réalités. Le procès ne tire pas sa force du seul droit mais de la convergence de toutes ces réalités dans un social total. L'efficacité sociale de la justice vient de sa force centripète qui allie ces diverses dimensions sociale, juridique, rhétorique, politique et subjective* »¹²⁷³. A l'analyse, comme l'a dit, à propos, Julien F.¹²⁷⁴, « *en bref, toujours la pratique trahirait un tant soit peu la théorie. Et le modèle reste à l'horizon du regard. Retiré dans son ciel, l'idéal est inaccessible* »¹²⁷⁵.

54. Cela étant, la procédure civile qui doit s'orienter davantage vers une meilleure administration du procès civil, oblige les plaideurs et le juge, en cas de recours aux principes internationaux, ou même de transposition au contentieux internationaux des principes directs applicables au contentieux interne, à toujours mettre sur un piédestal les considérations, pour l'essentiel, tout pragmatiques qu'appellent les considérations de justice de droit international privé.

55. Pour ainsi dire, juridiquement, le découpage entre procès accusatoire et

¹²⁷⁰ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² *Ibid.*

¹²⁷³ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 67.

¹²⁷⁴ F. Julien, *Traité de l'efficacité*, Paris, Grasset, 1996, p. 14.

¹²⁷⁵ D'ailleurs, il ne serait pas prétentieux de soutenir que « *le droit se construit au XXI^e siècle plus par les juges que par le législateur. Cela libère le juge en un certain sens mais lui impose aussi de nouvelles obligations, à commencer par celle de se montrer à la hauteur de la manière à laquelle il prétend imposer son autorité (...). Le juge doit toujours se mettre à la hauteur de ceux qu'il juge (...)* » (V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 55).

inquisitoire « *ne sied plus réellement au procès (...)* »¹²⁷⁶, la procédure civile n'est plus aussi tranchée qu'autrefois entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire : « *Les évolutions de l'office processuel, quoique multiples, vont dans le sens d'un travail moins solitaire, plus coordonné. Plus que la tendance vers l'accusatoire ou l'inquisitoire, ce qui semble se dessiner avec encore plus de force, c'est le principe d'une coopération renforcée (...)* »¹²⁷⁷. Car, il est certes vrai que les fonctions du juge qui exigent un grand investissement intellectuel, peuvent être facilitées par notamment les moteurs de recherche à travers *internet* et les diverses publications doctrinales et jurisprudentielles ; mais à l'évidence, « *il n'est pas besoin de s'étendre : il n'est pratiquement plus possible à un juge – même parmi les plus chevronnés – de prétendre connaître toute la loi (...) tant celle-ci est devenue complexe, illisible en raison des multiples renvois et de l'éparpillement des dispositions (...)* »¹²⁷⁸. L'on est en effet sans ignorer que « *lorsqu'il doit composer avec une demande de justice foisonnante et de plus en plus diverse, le juge se voit acculé à accommoder des prétentions opposées, sous la contrainte de la règle et sous l'horizon de l'équité et la justice* »¹²⁷⁹.

Cet état de fait entraîne que dans la justice dans les sociétés démocratiques, la tendance penche vers une « *déconflictualisation* » du procès, et alors « *une culture oppositionnelle cède la place à une action stratégique qui doit passer par la coopération* »¹²⁸⁰. Le corollaire en est un changement de comportement des acteurs du procès qui va de pair avec une responsabilisation généralisée de leur part. Ce qui est donc en vogue dans les procès actuellement, en tenant compte de l'histoire et du droit comparé, et qui va dans le sens de la recherche d'équilibre entre les intérêts en jeu, c'est l'instauration idéale de la « *justice collaborative* » ou la « *procédure participative* » ou encore la « *collaboration resserrée* »¹²⁸¹.

Et justement, « *cette tendance est renforcée [notamment] par l'importance des principes de loyauté et de dialogue mis au service d'un principe plus général de "coopération"* »¹²⁸². En d'autres termes, le « *principe de coopération* »¹²⁸³ traduit le

¹²⁷⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, *Dictionnaire de la justice*, PUF, V° Procédure accusatoire/Procédure inquisitoire, p. 1058 et s. qui évoque l'émergence de « procédure(s) mixte(s) » et met donc en relief la relativité du principe même de distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire.

¹²⁷⁷ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁷⁸ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁷⁹ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 18 qui expose d'ailleurs que le rôle consiste alors à comprendre une situation, dans le sens étymologique de la lire au regard de principes, en poursuivant une finalité assignée par la loi. Chaque décision de justice est le règne d'une réflexion sur ce que veut dire aujourd'hui une « société juste ». Le juge poursuit moins des objectifs d'action que des horizons de justice concrets qu'il propose à la société au moyen de ses jugements – jugements par lesquels le juge s'expose aussi bien à la critique qu'à l'approbation. Et ses choix cessent d'être discrétionnaires à partir du moment où ils sont assumés, exposés et argumentés.

¹²⁸⁰ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁸¹ *Ibid.* Ainsi, « *depuis la collaboration avec d'autres systèmes de justice, qui reste exceptionnelle, ou des rapports entre le juge et les parties, qui sont quotidiens, tout y ramène* ».

¹²⁸² Voir M. MEKKI, *op. cit.*, citant S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Droit et science politique, information et communication,

rôle conjoint des acteurs du procès dans le déroulement de l'instance. Pour dire que la coopération des acteurs du procès civil s'avère alors plus que nécessaire et se présente même comme une obligation, car « *la coopération est une contrainte que l'on s'impose à soi-même : elle est l'exact opposé d'un ordre* »¹²⁸⁴.

56. En définitive, un système fondé sur le principe de coopération entre juge et parties est un « *système, équilibré et cohérent, [dosant] admirablement les prérogatives et responsabilités revenant respectivement aux juges et aux parties* », un système qui « *institue, entre ces protagonistes, une synergie au vu de laquelle les tâches de chacun sont certes polarisées, mais non étanches pour autant* »¹²⁸⁵, un système qui remette indubitablement en cause la position cristallisée dans les marbres d'un « *jura novit curia* » intangible. Autrement dit, les nécessités pratiques ou la politique de la justice justifient une compréhension différente de l'office du juge.

Ainsi quelles que soient les convictions relatives à la nature du droit étranger, et partant de ce qu'« *on ne voit pas, quel que soit le parti dogmatique auquel on se range relativement à la nature du droit étranger, quelles autres solutions pourraient supplanter avantageusement celles que la pratique judiciaire a élaborées* »¹²⁸⁶, la collaboration proactive des acteurs du procès induit un assouplissement de la règle « *jura novit curia* ». Il importe alors peu – si ne sont notamment que pour des considérations d'ordre théorique – que l'accomplissement de la charge de la preuve de la loi étrangère relève du juge ou des parties : « *L'essentiel est que le sens qu'attribuera le juge à l'ensemble des matériaux ainsi réunis reflète un respect rigoureux de l'intégrité de l'ordre juridique compétent* »¹²⁸⁷. Somme toute, les acteurs du procès – surtout le juge – doivent « *prendre en compte les circonstances et les aléas du procès* »¹²⁸⁸ et alors évincer une vision statique de ce dernier qui voudrait que les rôles soient attribués dès le départ et qu'il faille s'en tenir à un respect strict. En d'autres termes, il faille cesser – sauf certainement pour des considérations d'ordre purement théorique – de penser l'œuvre juridictionnelle sur un mode binaire où l'interdiction est la seule alternative offerte aux acteurs du procès.

57. La logique de cette analyse qui précède et qui devrait assurer que les conflits de lois de droit international privé soient non seulement plus tranchés par le juge ivoirien

sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2002, n° 1236 et s., p. 1135 et s., spéc. n° 1290, p. 1189 (sur le principe du dialogue) et n° 1184, p. 1287 (sur le principe de loyauté). *Adde*, M. – E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préf. S. GUINCHARD, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, vol. 23, 2003 ; et L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, spéc. sur la preuve, n° 535 et s., p. 342 et s. (sur le principe général de coopération).

¹²⁸⁵ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^e éd., n° 676.

¹²⁸⁴ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁸⁵ G. DE LEVAL et F. GEORGES, « Le droit judiciaire en mutation... », *CUP*, Anthemis, volume 95, septembre 2007, p. 256.

¹²⁸⁶ B. ANCEL, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1988, *Defontaine* et 21 juin 1988, *Soc. Balenciaga*, *Rev. crit. DIP* 1989.55, spéc. p. 61.

¹²⁸⁷ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse, Université de Limoges, 21 novembre 2005, p. 394.

¹²⁸⁸ M. MEKKI, *Le risque de la preuve*, *op. cit.*, p. 3.

mais bien plus sereinement même quand il s'agira de fonder la décision sur une loi étrangère, devra se refléter dans la recherche d'accommodements entre intérêts privés et intérêt social aux fins de produire la loi étrangère compétente.

B- La recherche d'accommodements entre intérêts privés et intérêt sociétal

58. L'on le sait, la saisine du juge est encadrée par l'assignation et par les conclusions additives, surtout les dernières conclusions qui vont fixer la compétence du juge. Si les dernières conclusions ne permettent pas au juge d'avoir le contenu de la loi étrangère et donc de répondre à la question essentielle qui lui est posée, alors que pourrait-il faire si ce n'est d'avoir ce réflexe naturel d'aller dans le sens d'un débouté pour absence de base légale ?

59. Fort heureusement, en pratique et d'ailleurs selon les exigences légales, le débouté n'intervient pas aussi automatiquement de la part du juge ivoirien. A la date d'audience fixée par l'assignation, si le juge ivoirien se rend compte que les plaideurs n'ont pas pu déposer toutes les pièces nécessaires au prononcé de sa décision, il renvoie l'affaire à l'audience prochaine pour observation sur l'absence de telle ou telle pièce au dossier¹²⁸⁹. Après plusieurs relances pour défaut de pièces se soldant par une inobservation du dépôt de la pièce attendue, c'est-à-dire en cas non production de ladite pièce, le juge met alors l'affaire en délibéré. Il pourra subséquemment déclarer la demande recevable mais mal fondée puisque le fondement juridique n'est pas donné.

60. Une telle posture finale du juge ivoirien, si elle est envisageable pour des litiges internes, ne devrait pas être celle qu'il devrait adopter pour les litiges à caractère international. Bien au contraire, si dans le cadre d'un litige interne, certains arrangements s'observent entre le juge et les plaideurs afin de permettre au premier de rendre plus sereinement sa décision, s'agissant d'un litige à caractère international, ces arrangements devraient davantage permettre d'éviter *in fine* le prononcé d'un débouté pour absence de production de la loi étrangère compétente. En d'autres termes, lorsque la règle de conflit aura désigné comme applicable une loi étrangère, des accommodements entre le juge ivoirien et les plaideurs doivent être recherchés en cas de nécessité, lesquels sont destinés en l'occurrence à assurer, lorsque cela se révélera vraiment possible, que la loi étrangère désignée par la règle de conflit du *for* - la règle de conflit ivoirienne - soit effectivement appliquée si tant est qu'elle est conforme à l'ordre public en matière international du *for*.

61. Mais, il est évident que tels arrangements doivent s'inscrire dans le respect des règles de droit et des principes de droit applicables au procès et vont dépendre surtout des intérêts en jeu.

62. L'on le sait, déclarer la loi étrangère applicable, et l'appliquer effectivement, sont

¹²⁸⁹ V. article 47 alinéa 1^{er}-2^o et suiv. du Code de procédure civile ivoirien.

deux choses différentes¹²⁹⁰. Ainsi, afin d'aider le juge à ne pas rester de marbre face à l'application effective de la loi étrangère pour quelque impossibilité, lorsque seuls des intérêts privés sont en jeu dans le procès, comme l'a si bien proposé MOTULSKY, « une large place [doit être] faite à la régulation naturelle de la preuve de la loi étrangère par des parties à collaborer à cet égard avec le juge »¹²⁹¹ sans toutefois que l'opportunité d'un tel système ne décline la loi étrangère en une simple chose des parties.

Les plaideurs pourront donc se fonder notamment sur des *certificats de coutume*¹²⁹² fournissant des justifications positives, c'est-à-dire des attestations établies à leur demande par des autorités publiques ou consulaires qui ont en l'occurrence pour objet la teneur de loi étrangère. Ils pourront également produire au juge des *versions certifiées de textes de lois ou de décisions de justice étrangères* et même des *extraits d'ouvrages doctrinaux étrangers*¹²⁹³.

63. Quant à l'attribution entre les plaideurs eux-mêmes de la charge de la preuve de la loi étrangère, la jurisprudence *Lautour-Thinet*¹²⁹⁴ selon laquelle la charge de la preuve pèse sur la partie dont la prétention est soumise à la loi étrangère (et non sur celle qui l'invoque), a droit d'être citée, qui plus est applicable en droit ivoirien en vertu du principe de la continuité législative. Cette solution est « manifestement plus apte à favoriser la recherche loyale du contenu [de la loi étrangère] »¹²⁹⁵.

64. Cependant, il faut le souligner, si l'intérêt privé des plaideurs constituera en ce domaine le régulateur suffisant, il faut prendre garde des risques que peut comporter le système, car « mûe par cet intérêt, l'une ou l'autre des parties [pourrait ne rapporter] la preuve de la loi étrangère [que] si elle consacre une solution qui lui est plus favorable que celle de la loi [ivoirienne] »¹²⁹⁶. C'est alors à ce niveau que doit se mettre en branle l'un des devoirs du juge en l'occurrence le devoir de vigilance du juge.

¹²⁹⁰ Selon P. Mayer, « Le juge [pourrait même] être tenu de déclarer d'office applicable la loi étrangère, tout en étant dispensé de l'appliquer si son contenu lui reste inconnu » (P. Mayer, « Le juge et la loi étrangère », *Rev. suisse de dr. int. et europ.*, 1991.481 et spéc. p. 486-484, cité par D. BUREAU, *op. cit.*, p. 65).

¹²⁹¹ V. MOTULSKY, *Ecrits*, p. 135 et s. cité par H. MUIR WATT, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ., 5 novembre 1991, *Masson*, et 10 déc. 1991, *Sarkis*, *Rev. crit. DIP* 1992.314, spéc. 325.

¹²⁹² Le certificat de coutume participe de la nature à la fois de l'expertise et du témoignage. En Côte d'Ivoire, on peut citer comme fondement de cette possibilité offerte aux plaideurs par exemple l'article 38 de l'Accord de l'Accord de coopération en matière de justice du 24 avril 1961 entre la République française et la République ivoirienne. Mais, plus généralement, sur l'origine des certificats de coutume, v. C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond. Etude comparative*, Dalloz, 1964, préf. H. BATIFFOL, n° 298.

¹²⁹³ Cela ne pourrait être envisagé qu'« en cas d'insuffisance, dans un pays de droit écrit, de textes codifiés ou, dans un système où la jurisprudence est source de droit, en l'absence de précédent de portée indiscutable » (H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 101 et suiv., p. 23 et suiv.).

¹²⁹⁴ V. Cass. civ. 25 mai 1948, *Rev. crit. DIP* 1949.89, note Batiffol ; *Grands arrêts*, n° 17 et n° 58.

¹²⁹⁵ V. H. MUIR WATT, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ., 5 novembre 1991, *Masson*, et 10 déc. 1991, *Sarkis*, *Rev. crit. DIP* 1992.314, spéc. 326.

¹²⁹⁶ Pour paraphraser V. H. MUIR WATT, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ., 5 novembre 1991, *Masson*, et 10 déc. 1991, *Sarkis*, *Rev. crit. DIP* 1992.314, spéc. 325.

65. Etant le garant d'un intérêt juridique dépassant celui des plaideurs, le juge ivoirien devra non seulement veiller au respect des règles de droit et des principes de droit applicables au procès mais devrait également s'imposer le devoir d'aider à rechercher le contenu de la loi étrangère, même si – on le sait – l'obligation ne lui incombe pas de « produire » le droit, la loi étrangère au cours du procès. Le juge ivoirien est dès lors encouragé à prendre des initiatives personnelles allant notamment dans le sens de l'utilisation de tous les moyens qui se révéleraient nécessaires, opportuns et cohérents, à aider les plaideurs à prouver le contenu de la loi étrangère. Il pourrait à ce titre prendre toutes ordonnances appropriées¹²⁹⁷, recourir à la coopération judiciaire internationale¹²⁹⁸, et même recourir à un *amicus curiae*¹²⁹⁹, etc.

66. Si le juge ivoirien doit ainsi agir concernant les litiges mettant simplement en présence des intérêts privés, encore plus devrait-il le faire surtout lorsque le conflit de lois de droit international privé porte sur un intérêt sociétal¹³⁰⁰, un intérêt d'ordre public. En effet, lorsque les intérêts sociétaux sont impliqués dans le litige, cela justifie non seulement sans ambages l'impérativité du conflit de lois à l'égard du juge qui serait enclin à ignorer l'élément d'extranéité figurant dans le dossier dès lors que les plaideurs ne l'ont pas expressément invoqué, mais cela justifie aussi qu'il ne puisse point se contenter que d'apprécier la preuve de la loi étrangère apportée par les plaideurs. Les intérêts sociétaux exigent forcément que le conflit de lois soit « soustrait des mains des seuls plaideurs » et imposent corrélativement que le juge ivoirien soit plus proactif, prenne même des initiatives pouvant, peut-être, laisser croire qu'il assumerait une obligation de recherche de la loi étrangère, encore qu'il ne peut que rester neutre et loyal. De ce fait, dans les hypothèses d'ordre public, lorsque des intérêts sociétaux sont en jeu, certaines initiatives proactives pouvant contribuer à la preuve de la teneur de la loi étrangère peuvent provenir du juge même s'il ne peut agir de la sorte que dans le respect du principe du contradictoire¹³⁰¹. Il doit alors

¹²⁹⁷ V. articles 48 et suiv. du Code de procédure civile ivoirien.

¹²⁹⁸ V. notamment Accord de l'Accord de coopération en matière de justice du 24 avril 1961 entre la République française et la République ivoirienne.

¹²⁹⁹ L'expression *amicus curiae* (*amici curiae*, au pluriel) vient du latin et signifie littéralement « ami de la cour ». L'*amicus curiae* est une « notion de droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de fait ou de droit » (J. SALMON (dir.), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, pp. 62-63). Il s'agit donc d'une personnalité ou d'un organisme, non directement lié à une affaire, qui se porte volontaire pour offrir des informations et assister une juridiction dans le but de trancher l'affaire portée devant elle, qui aide la juridiction par une exposition de la loi impartialement. L'information fournie peut être une opinion juridique sous la forme d'un mémoire (qui est appelé un *amicus* lorsqu'il est offert par un *amicus curiae*). C'est un témoignage qui n'a pas été sollicité par une des parties, ou un document qui traite d'un sujet sur lequel porte le cas. La décision sur l'opportunité d'admettre les informations est à la discrétion de la juridiction. Plus généralement, l'*amicus curiae* est devenu une possibilité de règlement des différends au sein de certaines instances internationales, telles que l'Organisation mondiale du commerce.

¹³⁰⁰ On pourrait citer, en se basant sur l'article 106 du Code de procédure civile ivoirien concernant les affaires communicables, au titre des affaires qui concerne les intérêts sociaux ou d'ordre public, celles qui concernent l'état des personnes ou la nationalité.

¹³⁰¹ V. article 52 *in fine* du Code de procédure civile ivoirien.

provoquer l'avis des plaideurs sur ses initiatives personnelles et les « contraindre » ainsi à produire la teneur de la loi étrangère¹³⁰².

En sus, une fois les pièces du dossier en la possession du juge, si ces pièces présentent des caractéristiques particulières, la législation ivoirienne permet au juge ivoirien de nommer un expert en tous genres, d'ordonner une mise en état à l'effet de vérifier des points de vue¹³⁰³ : Il pourra alors nommer un expert, par exemple, en droit comparé à l'effet de fixer la teneur de la loi étrangère. Il pourra même demander à un expert de traduire tel ou texte de loi étrangère à lui produit par les parties¹³⁰⁴.

67. A l'analyse, si ce sont les parties qui estiment que c'est la loi étrangère qui doit s'appliquer, celle dont la prétention est soumise à cette loi étrangère doit produire la teneur de cette loi étrangère dans les pièces du dossier. Si, par contre, c'est le juge ivoirien lui-même qui d'office se rend compte que c'est la loi étrangère qui doit s'appliquer – notamment dans les matières d'ordre public -, il a le devoir de loyauté d'en informer les parties à l'occasion de l'avant-clôture de la procédure, c'est-à-dire avant de mettre l'affaire en délibéré, et de renvoyer alors le procès à cette fin pour production au dossier de ladite loi étrangère¹³⁰⁵.

Et, s'il y a pour la partie qui doit produire la teneur de la loi étrangère une impossibilité temporaire de le faire – surtout quand elle est de bonne foi -, alors il reviendra au juge de continuer à renvoyer l'affaire ; dans ce cas il procédera à une mise en état dont le délai est de trois (3) mois renouvelables¹³⁰⁶. Ainsi, le débouté ne serait donc envisageable que lorsque le juge aura clôturé le débat sans que la pièce ne soit produite, et donc après la mise en délibéré.

68. Cependant, pour des raisons pratiques, les plaideurs - même aidés en cela par le juge - peuvent en l'occurrence se retrouver dans l'impossibilité définitive d'avoir la quintessence de la loi étrangère. Que faire alors pour éviter un *non liquet*¹³⁰⁷ lié au

¹³⁰² Bien plus, et à titre de rappel, en de telles circonstances, « lorsque les pièces dont la production est ordonnée font partie d'un dossier pénal ou si elles sont détenues par une administration publique », il reviendra non pas aux parties de les produire mais plutôt au procureur de la République de s'en charger (V. article 55 du Code de procédure civile ivoirien).

¹³⁰³ V. articles 65 à 76 du Code de procédure civile ivoirien. Cette expertise ne sert qu'à titre de simples renseignements. Et on peut alors aller en expertise et contre-expertise jusqu'à ce que le juge et les parties se mettent d'accord sur le contenu de la loi étrangère.

¹³⁰⁴ En réalité, le juge serait vraiment aller trop loin, aller au-delà de ce que la loi lui impose !

¹³⁰⁵ Au besoin, cette loi étrangère produite doit être traduite par un interprète assermenté, agréé par la Cour d'appel.

¹³⁰⁶ V. article 50 alinéa 3 du Code de procédure civile ivoirien. En pratique, c'est la technique du « renvoi ferme à telle date pour tel motif (par exemple pour “défaut de telle pièce ou preuve”) » qui est appliquée obligeant les plaideurs à être diligents de sorte que la seule décision administrative du juge qui suit le renvoi ferme est le délibéré.

¹³⁰⁷ La notion de *non liquet* est définie comme « l'impossibilité pour le juge ou l'arbitre de statuer sur le fond de l'affaire à cause d'une insuffisance d'informations sur les faits ou faute de base suffisante relative au droit en vigueur entre les parties pour les parties pour prendre une décision ou encore parce que ce qui lui est demandé lui semble dépasser sa fonction judiciaire » (Voir J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 747.

droit applicable parce que la preuve de la loi étrangère n'a pas été rapportée par les plaideurs devant le juge ivoirien ?

Les objectifs et principes applicables en droit international privé impliquent alors que le juge ivoirien puisse suppléer la défaillance de la loi étrangère par application de la loi ivoirienne, loi du *for*, en raison de la vocation subsidiaire.

69. Le principe d'un recours à la vocation générale subsidiaire de la *lex fori* dont l'unanimité chez les auteurs dispense de longues justifications, peut en effet s'expliquer et se résumer en ces termes : « *Tenu de statuer, car l'ignorance du droit étranger n'est pas cause d'irrecevabilité, mais empêché d'appliquer des règles dont la teneur lui échappe, le juge sagement revient vers un outillage familier, la lex fori ; cette attitude promet en la circonstance la meilleure justice matérielle possible. C'est précisément cet objectif que la situation impose de servir* »¹³⁰⁸.

70. Le juge ivoirien ne saurait dès lors rejeter une demande (prononcer un débouté) au motif qu'il n'est pas parvenu à connaître la teneur de la loi étrangère applicable que la partie intéressée avait l'obligation de produire. Au contraire, s'il ne parvient pas à prendre connaissance du contenu de cette loi étrangère, il lui revient d'examiner le litige au regard du droit ivoirien, loi du *for*, qui a, dans un tel cas, selon l'expression consacrée en droit international privé, une vocation subsidiaire à s'appliquer.

71. Cependant, il est vrai qu'en cas de défaillance de la preuve de la loi étrangère, le principe d'un recours à la vocation générale subsidiaire de la *lex fori* permet au juge de substituer la loi du *for* à la loi étrangère, mais le juge ivoirien devra tenir compte du comportement de l'auteur de la prétention soumise à la loi étrangère : à quoi bon appeler ou prôner de tout cœur, dans l'intérêt du droit international privé, l'application de la règle de conflit de lois « *si la passivité des parties doit conduire de toute façon, en aval, à l'application de la loi [ivoirienne] ?* »¹³⁰⁹. Il peut en effet refuser de mauvaise foi de fournir au juge les éléments de droit étranger nécessaires à

¹³⁰⁸ V. B. ANCEL, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 février et 21 juin 1988, *op. cit.*. Il estime que « selon la méthode traditionnelle de solution des conflits, le choix d'une loi étrangère se fonde sur le fait que celle-ci entretient avec le rapport à traiter les liens les plus significatifs, les "relations les plus réelles" (Batiffol et Lagarde, n° 266, p. 315). Un tel fondement veut garantir au premier chef que l'application des préceptes de loi désignée ne sera pas attentatoire aux intérêts de sécurité et de prévisibilité, aux "légitimes attentes" des sujets de la situation. Il arrive toutefois que l'instrument de cette justice "conflictuelle" ou de droit international privé, qu'est la règle de conflit, tourne à vide en raison (...) de l'ignorance dans laquelle la teneur de la loi désignée reste enfermée. Dans cette éventualité, l'effectivité des règles du droit étranger, leur empreinte sur le rapport envisagé, sont plus que douteuses ; elles sont en tout cas contredites par l'impossibilité où l'on est devant le juge de représenter les solutions en considération desquelles on est réputé avoir pu et dû régler sa propre conduite. Dans ces conditions, étant admis qu'aucune prévision sérieuse ne s'est appuyée sur la loi étrangère désignée, aucune raison ne contraint d'appliquer celle-ci. L'objectif de justice conflictuelle reste hors de cause. Il suffit aux intérêts privés impliqués que le juge recherche la justice matérielle ; or sur ce plan, à ses yeux, la meilleure loi est et ne peut que la *lex fori*. Celle-ci lui procure la règle de jugement, *norma decidendi*, la plus juste là où il n'y a pas à considérer la règle de conduite, *norma agendi*, demeure inconnue ».

¹³⁰⁹ V. H. MUIR WATT, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ., 5 novembre 1991, *Masson*, et 10 déc. 1991, *Sarkis*, *Rev. crit. DIP* 1992.314 et s., spéc. 321-322.

l'appréciation de sa prétention. Il ne serait donc pas injuste d'en tirer toute conséquence à son détriment, c'est-à-dire un débouté ou le rejet de la prétention tirée de la loi étrangère. Mais, à l'évidence, le juge ne peut naturellement arriver à cette sanction sévère qu'en cas de carence délibérée, c'est-à-dire que s'il est établi que « *l'inertie du plaideur résulte de sa mauvaise foi* »¹³¹⁰, qu'il entendait « *se soustraire alors aux exigences de la justice conflictuelle, échapper à la loi [étrangère] applicable – attitude aujourd'hui moins que jamais admissible pour le juge* »¹³¹¹. Or, précisément la bonne foi est toujours présumée. D'où l'intérêt de n'aboutir à cette sanction extrême que si le juge est réellement convaincu de la mauvaise foi du plaideur qui a voulu ainsi abuser sa religion.

* *
*

72. En guise de conclusion, l'on peut dire qu'en droit ivoirien, la production de la loi étrangère compétente est une obligation des plaideurs, l'office légal du juge l'obligeant certes connaître cette loi étrangère et non à la produire. Mais cette connaissance profonde que « *la jurisprudence c'est l'art de rechercher ce qui est bon pour le cas soumis au juge et ce qui est bon pour le système juridique en général, et notamment la sécurité juridique* »¹³¹², fait reposer entre les mains du juge ivoirien la responsabilité de transformer le procès en un cadre de coopération qui fera jaillir la lumière de la vérité et de la justice et surtout qui placera, en cette occurrence, sur un piédestal les objectifs du droit international privé. S'il en est ainsi c'est bien parce que « *nécessaire créateur de droit dans l'exercice de son pouvoir interprétatif, le juge corrige ou rectifie les situations inéquitable*¹³¹³ *et protège des déséquilibres* »¹³¹⁴.

¹³¹⁰ V. B. Ancel, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 février et 21 juin 1988, *op. cit.*, p. 62.

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 50, paraphrasant Aristote.

¹³¹³ Au sens de « justice corrective » (V. Aristote dans *L'Ethique à Nicomaque*).

¹³¹⁴ V. A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *op. cit.*, p. 36.

ETUDES

Par

Dr Karel Osiris Coffi DOGUE, (LL.D Montréal)

Et

Valencia ILOKI ENGAMBA¹³¹⁵

Résumé :

L'article 12 de l'AUPSRVE pose le principe de l'obligation préalable de tenter une conciliation en matière d'injonction de payer OHADA. Son analyse à laquelle procède cette recherche se décline en diverses interrogations au nombre desquelles on peut retenir : quels sont les attributs, les caractéristiques, que le législateur entendait conférer à cette conciliation pour la rendre opérationnelle et capable de se fondre adéquatement dans une procédure accélérée de recouvrement de créances telle que celle de l'injonction de payer ? Le législateur de l'OHADA encadre-t-il comme cela se doit cette double fonction du juge qui consiste à concilier et à juger ? En effet, les attributions du juge-conciliateur, les qualifications et obligations d'un éventuel conciliateur de justice, les obligations à imposer aux parties litigantes, le délai (légal ou raisonnable) dans lequel doit être éventuellement enfermée cette phase de conciliation ou son déclenchement, les sanctions liées à son inobservation, sont autant de questions laissées en suspens par le législateur de l'OHADA et que cet écrit recense et traite en profondeur.

Notre contribution se veut utile pour le praticien en ce qu'elle revient toujours sur la position de la CCJA de l'OHADA, véritable boussole en matière d'interprétation et d'application communes du Traité et des Actes uniformes OHADA, ainsi que sur les grandes tendances jurisprudentielles des cours et tribunaux nationaux sur la question.

La recherche se veut également force de propositions puisqu'à travers les caractères de cette conciliation, ses modalités et ses effets, c'est à un diagnostic à double incidence législative et jurisprudentielle que l'auteur se livre de par cette recherche. Il fait ainsi des propositions au législateur de l'OHADA en même temps qu'il invite la CCJA à une révision profonde de sa position qui, en cette matière précise, a raté le

¹³¹⁵ Avec la collaboration de Madame Valencia ILOKI ENGAMBA, Auditeur de justice ayant effectué son mémoire de fin de formation professionnelle à l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature du Bénin sur le thème : « La mise en œuvre des dispositions légales relatives à la tentative de conciliation en procédure d'injonction de payer », 2014.

rendez-vous de l'effectivité de l'un des modes alternatifs de règlement des différends qu'est la conciliation.

Sommaire :

Virgule introductive

- I- Les caractères de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE
 - A- Le caractère obligatoire de la conciliation de l'article 12
 - 1- Une obligation légale implicite, confirmée par la jurisprudence
 - 2- Une obligation légale non assortie de sanction
 - B- Le caractère préalable de la conciliation de l'article 12

- II- La mise en œuvre de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE
 - A- Les modalités concrètes de la conciliation de l'article 12
 - 1- L'identification et le statut du conciliateur de l'article 12
 - 2- Les règles procédurales de la conciliation de l'article 12
 - B- Les effets de la conciliation de l'article 12
 - 1- Les effets de la réussite de la conciliation
 - 2- Les effets de l'échec de la conciliation

Point conclusif

Virgule introductive

L'article 12 de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (ci-après AUPSRVE¹³¹⁶) pose le principe de l'obligation préalable de tentative de conciliation en matière d'injonction de payer. Il s'énonce tel qu'il suit :

« La juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire.

Si la tentative de conciliation échoue, la juridiction statue immédiatement sur la demande en recouvrement, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, par une décision qui aura les effets d'une décision contradictoire. ».

Rappelons que l'injonction de payer est, dans l'espace de l'OHADA, la procédure simplifiée de recouvrement d'une créance¹³¹⁷ qui doit revêtir les caractères cumulatifs¹³¹⁸ de certitude¹³¹⁹, de liquidité¹³²⁰ et d'exigibilité¹³²¹. Cette créance doit être soit de *cause contractuelle*, soit être une créance *dont l'engagement résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce...*¹³²². Du latin *concilio*, la conciliation quant à elle est un mode alternatif de règlement des différends¹³²³ que

¹³¹⁶ Acte uniforme du 10 avril 1998 publié au Journal Officiel de l'OHADA N°6, du 01/06/98, p. 1 et s.

¹³¹⁷ Article 1^{er} de l'AUPSRVE qui est inclus dans le Titre 1^{er}: Injonction de payer, sous le Livre 1 : Procédures simplifiées de recouvrement.

¹³¹⁸ CCJA, 2^{ème} ch., N°06 du 25-08-2011, Aff. Burkina & Shell SA c. Les Syndics liquidateurs de Tagui SA, OHADATA J-12-150.

¹³¹⁹ CCJA N°22/2009 du 16 avril 2009, BIAO-CI SA c. Société IGG SARL, OHADATA J-10-69.

¹³²⁰ CCJA N°21 du 17-06-2004, SDV Cote d'Ivoire c. Sté RIAL Trading, OHADATA J-04-382.

¹³²¹ CCJA N°018/2006 du 26-10-2006, SAFCA c. 1- Sté CTS SARL ; 2- M. M. R. A. ; 3- P. M. L. N. D. OHADATA J-08-93.

¹³²² Article 2 AUPSRVE.

¹³²³ Terme provenant d'une traduction de son équivalent Anglosaxon "Alternative Dispute Resolution" (ADR) et qui regroupe l'arbitrage, la médiation, la conciliation, et autres procédés amiables de transaction de même que les diverses combinaisons de ces modes que l'on retrouve dans certains pays. C'est le cas de l'*arb-med* pendant lequel une médiation est mise en place au cours d'une procédure d'arbitrage. On a aussi la *medaloo* ou *mediation and lost offer arbitration* qui permet à chaque partie de soumettre sa proposition de solution à un tiers qui choisira. On peut y classer également l'*early neutral evaluation* par lequel les parties demandent à un spécialiste, son avis sur le litige les opposant avant la mise en branle de toute procédure contentieuse, etc. V. Yves CHAPUT, Chapitre 5 : « Médiation et contentieux des affaires », in Loïc CADRET (Dir.), Thomas CLAY et Emmanuel JEULAND, *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, LexisNexis, Litec, Collection Pratique professionnelle, 2005, n° 125 -126 et s.

certains auteurs¹³²⁴ et institutions¹³²⁵ identifient à tort avec la médiation¹³²⁶. La conciliation peut être définie comme la recherche d'un règlement amiable d'un différend, conduite soit par un juge, soit par un conciliateur de justice, soit par un particulier¹³²⁷. La conciliation peut donc être judiciaire ou *ad hoc*. Dans notre cas, le législateur de l'OHADA n'a pas été précis dans la qualification de cette conciliation¹³²⁸. Vu l'environnement procédural dans lequel il est enclenché, on pourrait penser d'emblée à une conciliation judiciaire, conduite par un juge¹³²⁹ ou un conciliateur de justice nommé par ce dernier ; nous y reviendrons au titre des problèmes de cet article 12 AUPSRVE relatifs à ses modalités de mise en œuvre. Aussi, comme problème majeur, est-ce en vain que l'on recherche dans les Actes uniformes, la sanction applicable au défaut de respect de cette exigence légale¹³³⁰ qui, au demeurant, n'est pas commune comme règle dans de nombreux Etats¹³³¹. Cette recherche revient également sur d'autres problèmes juridiques relatifs à l'encadrement théorique lacunaire et aux modalités pratiques déficientes de cette tentative de conciliation légale prévue dans le cadre de l'injonction de payer OHADA. En effet, cette tentative de conciliation présente un certain nombre d'obstacles qui rendent difficiles l'atteinte des objectifs que s'est fixé le législateur de l'OHADA à son propos. Nous tenterons dans cet article de relever ces obstacles, mais aussi et

¹³²⁴ V. Charles JARROSSON, Chapitre 2 : « Médiation et droit des contrats », in Loïc CADIET (Dir.), Thomas CLAY et Emmanuel JEULAND, *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, LexisNexis, Litec, Collection Pratique professionnelle, 2005, n° 20 et s.

¹³²⁵ C'est le cas de la CNUDCI qui dans sa Loi-type sur la conciliation internationale du 24 juin 2002 a considéré médiation et conciliation comme synonymes.

¹³²⁶ Pour une différenciation des deux, V. Charles JARROSSON, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2, *Doctr.*, p. 951.

¹³²⁷ Remi CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2^{ème} éd., Jurisclasseur, LexisNexis, Litec, 2004.

¹³²⁸ Le législateur béninois par exemple, à l'article 253 de la Loi 98-004 du 27 janvier 1998 portant Code du Travail en République du Bénin, prévoit une conciliation préalable et obligatoire. Il en est de même à l'article 231 al. 1^{er} et 239 al. 1^{er} et 2 du Code interafricain des marchés d'assurances (CIMA) qui prévoit aussi le préalable de conciliation.

¹³²⁹ Cette option de confier la conciliation au même juge de l'injonction de payer semble être celle à prioriser au titre de l'intention du législateur, sachant que la finalité était la célérité et le règlement accéléré du contentieux des parties. Cette interprétation part cependant du postulat que le choix d'un tiers-conciliateur sera long et ralentira la procédure ce qui n'est pas forcément vérifié en l'absence de données statistiques probantes quant à l'impact du choix consensuel par les parties de leur conciliateur.

¹³³⁰ Il est permis de penser à la suite des professeurs Gérard LYON-CAEN et Jean PELISSIER que la tentative de la conciliation préalable est une formalité substantielle qui devrait être sanctionnée par la nullité de la procédure mais le droit OHADA ne suit pas cette tendance encore moins sa jurisprudence, qui confirme l'impunité consécutive à l'inobservation de cette édicition légale en matière d'injonction de payer.

¹³³¹ Apollinaire A. de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales. Droit de l'OHADA et pratiques européennes*, 2^{ème} édition, 2011 cite la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne le Luxembourg, le Portugal, l'Autriche, la Suède, la Finlande et le Chili comme n'acceptant pas cette règle de conciliation préalable, p. 138 à 139.

surtout de proposer des pistes de solutions aux praticiens pour rendre plus efficiente et effective cette conciliation légale de l'article 12 de l'AUPSRVE.

La problématique que pose cet article 12 AUPSRVE se décline en diverses interrogations au nombre desquelles nous pouvons retenir les suivantes :

- Quelle sont les caractéristiques fondamentales de cette conciliation de l'article 12 ? Autrement, quels sont les attributs que le législateur entendait conférer à cette conciliation pour la rendre opérationnelle et capable de se fondre adéquatement dans une procédure accélérée de recouvrement de créances telle que celle de l'injonction de payer OHADA?
- Le législateur de l'OHADA encadre-t-il comme cela se doit cette double fonction du juge qui consiste à concilier et à juger ? En effet, les attributions du juge-conciliateur, les qualifications et obligations d'un éventuel conciliateur de justice, les obligations à imposer aux parties litigantes, le délai dans lequel doit être éventuellement enfermée cette phase de conciliation ou son déclenchement, les sanctions liées à son inobservation, sont autant de questions laissées en suspens par le législateur de l'OHADA et que nous aborderons.

L'analyse du texte permet de constater quelques précisions relatives aux effets¹³³² de cette conciliation. Cependant, le silence du législateur de l'OHADA sur d'autres points permet de soutenir qu'il a voulu confier la tâche à la jurisprudence de combler les vides juridiques laissés dans la charpente juridique de la conciliation de l'article 12 AUPSRVE ou même de bâtir intégralement ce régime juridique. C'est donc dans la jurisprudence des 17 Etats membres que nous irons chercher à tirer les pistes de solution. Dans ce prolongement, l'analyse de la jurisprudence pertinente permet de se rendre compte de la non perception de l'intérêt effectif de la conciliation dans la procédure d'injonction de payer par les acteurs incluant les juges eux-mêmes et les avocats.

Notre article reviendra bien évidemment sur la position de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA, véritable boussole en matière d'interprétation et d'application communes du Traité, de ses règlements d'application, des Actes uniformes OHADA et des décisions, ainsi que les grandes tendances jurisprudentielles des cours et tribunaux nationaux sur la question.

Pour y arriver nous analyserons d'abord les caractères **(I-)** de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE et ensuite les modalités et effets **(II-)** de cette conciliation.

¹³³² Seconde phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article qui prévoit l'hypothèse des conséquences de la conciliation réussie. Alinéa 2 qui règle les suites de l'échec de la procédure de conciliation de l'art. 12 AUPSRVE.

I- Les caractères de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE

Nous relevons deux catégories de caractères qui viennent avec un régime juridique imprécis, qu'heureusement la jurisprudence vient clarifier un tant soit peu. Il s'agit du caractère obligatoire (A-) et du caractère préalable (B-) de la phase de conciliation prévue par l'article 12 de l'AUPSRVE.

A- Le caractère obligatoire de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE

Le caractère obligatoire découle de la lettre de l'article 12 AUPSRVE et est confirmé par la jurisprudence (1-). Malgré cela, on note tout de même qu'il n'est assorti d'aucune sanction (2-) comme si le législateur n'avait pas pris toute la mesure de son édicition.

1- Une obligation légale implicite, confirmée par la jurisprudence

La lettre de l'article 12 AUPSRVE ne laisse aucun doute quant au caractère obligatoire de la conciliation. En effet, le présent indicatif utilisé dans le libellé de l'article 12 AUPSRVE « *La juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation.* » (nos soulignements), renvoie à une injonction d'avoir à procéder, dès qu'on est saisi sur opposition, à une tentative de conciliation. Cette obligation en principe s'impose d'abord au juge mais aussi aux parties. Le juge doit donc ordonner impérativement une tentative de conciliation entre les parties à la procédure et les parties elles-mêmes doivent, à notre avis, obligatoirement réclamer cette tentative de conciliation avant d'aller de l'avant avec l'injonction de payer. Il ne semble pas du tout exagéré d'affirmer que même les avocats des parties doivent tenter de rapprocher les intérêts opposés de leurs clients en éclairant leur avis pour conclure une entente et éviter ainsi un affrontement long et ultimement douloureux à travers le procès. Ce rôle de l'avocat est très mal perçu.

Une innovation du législateur de l'OHADA est assez notoire ici car en droit français par exemple et dans de nombreux droits continentaux, la procédure de tentative de conciliation en matière civile, commerciale et sociale n'est pas obligatoire sauf exception légale¹³³³. De plus, toujours en France, il a été institué pour accompagner cette conciliation lorsque proposée, le recours aux partenaires externes dits "conciliateurs de justice". Ces derniers exercent leur mission sous le contrôle de la juridiction les ayant désigné qui en fixe la durée. L'OHADA ne dit rien à ce propos et n'ayant pas légiféré en matière de médiation ou de conciliation, il est encore plus notoire de souligner que le législateur de l'OHADA a plutôt pris le contre pied de ses homologues continentaux notamment français en érigeant l'obligation de tenter la conciliation comme principe légal. C'est ce qu'a su bien confirmer une série de décisions concordantes du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou qui retient

¹³³³ Comme exception on peut citer : Conseils des prud'hommes ; tribunal paritaire des baux ruraux. Voir art. 21 et arts. 127 à 131 NCPC français.

que la tentative de conciliation prévue à l'article 12 AUPSRVE est une phase obligatoire (nos soulignements) dans la procédure d'opposition à injonction de payer¹³³⁴.

La surprise est donc à son paroxysme lorsqu'à la suite d'une édiction aussi ferme, on se rend compte que le législateur de l'OHADA n'a prévu aucune sanction consécutive au non respect de cette obligation légale.

2- Une obligation légale non assortie de sanction

La lecture complète de l'AUPSRVE ne laisse entrevoir nulle part une sanction expresse consécutive au défaut d'ordonner ou de réclamer cette tentative de conciliation obligatoire. On s'attendrait donc à ce que la logique du texte soit respectée par la jurisprudence lorsque saisie. Et pourtant, la Cour d'appel d'Abidjan a pu, sans coup férir, juger que la tentative de conciliation préalable n'est pas prescrite à peine de nullité. La violation de l'obligation pour la juridiction saisie de l'opposition, de procéder à une tentative de conciliation, n'est donc pas sanctionnée par la nullité du jugement lorsque le juge ne l'exige pas¹³³⁵.

Il ne s'agit là que de la position d'une Cour d'appel nationale, pourrait-on penser. L'analyse de la jurisprudence de la CCJA révèle une position à la fois sans équivoque et tranchée. En effet, dans un attendu lapidaire, la CCJA¹³³⁶ a récemment encore, confirmé la position de la Cour d'appel ivoirienne précitée.

« [...] Attendu en effet que l'article 12 de l'Acte uniforme, tout en rendant obligatoire la tentative de conciliation, n'a cependant prévu aucune sanction quant à son omission ;[...] » ; il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Ce fut aussi la même position¹³³⁷ que la CCJA tint quand elle affirma en 2012 que l'article 12 « prescrit la procédure préalable de tentative de conciliation en cas d'opposition d'une ordonnance d'injonction de payer, mais ne sanctionne cependant pas l'absence de l'exercice de cette obligation ».

Il est donc surprenant mais constant dans plusieurs arrêts¹³³⁸ de la CCJA que, l'omission de la tentative de conciliation ne saurait donc entraîner la nullité du

¹³³⁴ TGI Ouagadougou, n° 74, 19-2-2003 : KIEMTORE T Hervé c/ L'Entreprise A.P.G., www.ohada.com, Ohadata J-04-248 ; TGI Ouagadougou, n° 193, 23-4-2003 : SAWADOGO Saïdou c/ Caisse Populaire de Dapoya, www.ohada.com, Ohadata J-04-316 ; TGI Ouagadougou, n° 196, 23-4-2003 : ETE/OA c/ NIKIEMA K. Pascal, www.ohada.com, Ohadata J-04-317.

¹³³⁵ CA Abidjan, n° 865, 5-7-2002 : SIDAM c/ Cisse Drissa, www.ohada.com, Ohadata J-03-23, obs. Joseph Issa-Sayegh.

¹³³⁶ CCJA, Arrêt n° 013/2013 du 07 mars 2013, Affaire Société Africaine de crédit automobile dite SAFCAR contre Société DISTRIVOIRE SA et Gaoussou Touré, JURIDATA N° JO13-03/2013.

¹³³⁷ CCJA, Arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012, Affaire M. KENGNE POKAM Emmanuel contre M. TAMEGHI Robert, JURIDATA N° J096-12/2012.

¹³³⁸ CCJA, Arrêt n° 104/2013 du 30 décembre 2013, Affaire ABAKAR GAZAMBLE contre ABAKAR IBI, JURIDATA N° J104-12/2013 ; ou encore Arrêt n°021/2009 du 16 avril 2009. Affaire Société Africaine pour le développement de l'économie, l'habitat et le Commerce, dite Groupe (SADAM SA),

jugement rendu sur opposition, faute de texte prévoyant ladite nullité, bien que cette formalité soit obligatoire.

Tout en sachant que la position de la CCJA s'impose à tous, et en respectant l'autorité de ladite Cour, il faille tout de même qu'elle révise cette position directement attentatoire à la lettre de l'AUPSRVE et à l'intention du législateur. On ne saurait édicter une obligation dont la violation serait permissive : il y va de l'autorité de l'AUPSRVE, de la crédibilité de la CCJA et partant, de la sécurité juridique et judiciaire du droit OHADA.

Une autre justification de notre position peut être tirée du Nouveau Règlement de procédure de la CCJA 2014¹³³⁹. Ce règlement de procédure nouveau¹³⁴⁰, modifiant et complétant celui du 18 avril 1996 prévoit à son article 28 bis (nouveau), de nouveaux motifs de recours en cassation¹³⁴¹. Au nombre de ces motifs de cassation se trouvent en premier lieu, la « violation de la loi ». Par quelle alchimie juridique, pourrait-on ne pas traiter le défaut de satisfaire cette exigence légale de tenter une conciliation préalable comme une violation de l'article 12 et donc de la loi ? Nous ne voyons aucun moyen licite de se dérober à cette analyse. Si l'interprétation de ce défaut de tenter une conciliation est donc bel et bien une violation de la loi, alors toutes les décisions sur opposition à injonction de payer, qui font l'impasse sur l'obligation de tentative de conciliation de l'art. 12 étudié devraient être cassées pour violation de la loi, dès qu'un pourvoi est élevé contre elles. On reste donc perplexe, face au refus de sanctionner cette violation de l'article 12 de l'AUPSRVE que prône la CCJA dans sa jurisprudence malgré plusieurs saisines de justiciables. Vivement que le Nouveau règlement de procédure soit invoqué et donne une autre base légale à la cassation des décisions concernées.

Une dichotomie similaire s'observe également à propos de la seconde caractéristique de cette tentative de conciliation qui est son caractère préalable.

B- Le caractère préalable de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE

En liminaire, il faut préciser comment cette phase de tentative de conciliation est « préalable » dans l'article 12 AUPSRVE. Le caractère préalable ne signifie pas que la phase de la tentative de conciliation est une obligation préalable à la saisine du juge

JURIDATA J021-04/229 sous art. 1^{er} AUPSRVE ; ou encore Arrêt N° 058/2005 du 22 décembre 2005, Affaire Société UNITED PLASTIC SERVICES dite UPS SA contre Société de transformation des Plastiques Cameroun dite STPC SARL, JURIDATA N° J058-12/2005 sous l'article 11 AUPSRVE.

¹³³⁹ Révisé par le Conseil des Ministres de l'OHADA le 30 janvier 2014, il est entré en vigueur le 05 mai 2014 après publication au Journal Officiel de l'OHADA le 05 février 2014.

¹³⁴⁰ V. Karel Osiris C. DOGUE, « L'avocat et le nouveau règlement de procédure 2014 de la CCJA-OHADA », *Bulletin béninois d'information juridique*, N°15, Octobre 2014, page 2 et s. qui présente les aspects de cette réforme ayant trait aux avocats et à leur ministère devant la CCJA.

¹³⁴¹ Les voies de recours en cassation sont prévues entre autres aux alinéas 2 et 3 de l'article 14 du Traité constitutif de l'OHADA.

qui a rendu l'ordonnance portant injonction de payer¹³⁴². Le caractère préalable s'applique d'une part, *après l'ordonnance* d'injonction de payer et d'autre part, *après l'opposition* formée contre elle, *mais avant toute décision rendue sur opposition*, décision qui elle, est susceptible d'appel dans les conditions du droit national de chaque Etat partie¹³⁴³.

Il faut aussi distinguer la phase préalable de conciliation qui est antérieure à tout débat au fond sur l'opposition, d'un éventuel désistement d'action¹³⁴⁴ pour règlement à l'amiable ultérieur qui peut intervenir à toute étape de la procédure. Dans ce dernier cas, le juge devrait rendre un véritable jugement de désistement d'action¹³⁴⁵ et non donner acte aux parties du contenu de leur procès-verbal de conciliation qu'il signe.

Ensuite, selon la lettre de l'article 12 AUPSRVE, la demande de tentative de conciliation devrait être faite d'office par le juge saisi de l'opposition. Il ne s'agit pas de la saisine individuelle du juge même ayant rendu l'ordonnance portant injonction de payer mais bien « de la juridiction compétente dont le président a rendu la décision d'injonction de payer »¹³⁴⁶. La précision est utile puisqu'elle a fait l'objet d'un contentieux tranché par le Tribunal de Grande Instance (TGI) de la Menoua qui a été conduit à affirmer clairement que :

*« La tentative de conciliation prévue par l'article 12 de l'AUPSRVE relève de la compétence du tribunal dont le président a rendu l'ordonnance d'injonction de payer et non uniquement de celle de son président »*¹³⁴⁷.

C'est donc ici la juridiction qui est visée et non la personne du Président. C'est la juridiction qui a l'obligation préalable de déclencher la tentative de conciliation. On comprend sûrement que dans la pratique c'est pour éviter que des exceptions d'irrecevabilité soient soulevées par des plaideurs indéliçables prétextant que c'est le même juge ayant rendu l'ordonnance d'injonction de payer qui doit connaître de l'opposition et *de facto* initier la conciliation préalable. Cette question est évidemment tranchée par combinaison des articles 9 et 12 de l'AUPSRVE.

¹³⁴² Voir TGI Ouagadougou, n° 207, 17-4-2003 : Fédération Wend-Yam de Kulkinka c/ TAPSOBA Michel, www.ohada.com, Ohadata J-04-334.

¹³⁴³ Art. 15 AUPSRVE.

¹³⁴⁴ TGI Ouagadougou, Jugement n°405/2005 du 31 août 2005, Société Trans-Cordec c/ Manufactureers and Trader Trust Company Bank, www.ohada.com, J-07-108.

¹³⁴⁵ TGI Ouagadougou, Jugement n°396/2003 du 22 octobre 2003, Kabre Hubert Léandre c/ SAWADOGO Arouna, www.ohada.com, J-04-251 ; commentaire tiré de Michel ADJAKA, *La pratique des procédures simplifiées de recouvrement de créances dans l'espace OHADA*, 1^{ère} éd. Ets SOUKOU, p. 96, note 221.

¹³⁴⁶ Art. 9 AUPSRVE qui précise la juridiction compétente en matière d'opposition, qui est la seule voie de recours ordinaire contre la décision d'injonction de payer.

¹³⁴⁷ TGI Menoua, n° 46/CIV/TGI, 12-7-2004 : Dongmo Etienne c/ Azangue Bernard, PDG de la Sté E.P.A., www.ohada.com, Ohadata J-07-44 ; Ohadata J-05-106.

Il peut arriver que le juge, ou plutôt la juridiction, ne déclenche pas cette tentative préalable et obligatoire. En pareille circonstance, il nous semble que si une partie diligente, soulève *in limine litis*,¹³⁴⁸ ce préalable, alors le juge doit y faire droit et procéder à la tentative de conciliation obligatoire. C'est à bon droit, ce qu'a retenu le TGI de la Mifi¹³⁴⁹ dont la décision retient que « la tentative de conciliation prévue par l'article 12 AUPSRVE doit se faire *in limine litis* ». La même décision permet de repousser tout risque de dilatoire que tenterait une partie qui, prétextant de l'omission de cette tentative par le juge, longtemps après le début de la procédure d'opposition, la soulève tardivement. Le juge du TGI de la Mifi va ainsi plus loin pour retenir que « la demande du demandeur à l'opposition à une ordonnance d'injonction de payer n'est pas recevable et doit être considérée comme un moyen dilatoire si elle est formulée six mois après l'ouverture de l'instance »¹³⁵⁰.

La question qui survient ici également à la lecture de cette analyse est, de suite, quelle est donc la sanction de cette omission de procéder à une tentative de conciliation préalable et obligatoire ? Il y a effectivement un risque que le juge ne soulève pas d'office ; une possibilité qu'une partie ne soulève pas *in limine litis* et une probabilité qu'elle veuille plus tard s'en prévaloir sans idée de dilatoire. Comme nous l'avons déjà vu, le législateur de l'OHADA reste muet et la CCJA, dans une jurisprudence constante¹³⁵¹, n'a pas jugé cette omission susceptible d'entraîner la nullité du jugement rendu. Il y a donc un droit processuel exprès des parties à la conciliation préalable et obligatoire mais le manquement à ce droit n'est pas, chose curieuse, assorti de sanction textuelle de la part du législateur et pire, est royalement ignoré par la CCJA.

On peut être d'autant plus surpris que l'on sait que même si le principe du régime des nullités des actes de procédure¹³⁵² en droit OHADA est : pas de nullité sans texte »¹³⁵³

¹³⁴⁸ Au tout début de l'instance ; au seuil de la procédure ; avant tout débat au fond.

¹³⁴⁹ TGI de la MIFI, n° 32/civ., 2-4-2002 : CHEMBO NDENKO Nadine c/ SIMO Henri Bernard, www.ohada.com, Ohadata J-04-230.

¹³⁵⁰ Idem.

¹³⁵¹ CCJA, Arrêt n° 104/2013 du 30 décembre 2013, précité ; ou Arrêt CCJA n°021/2009 du 16 avril 2009 déjà cité ; ou encore Arrêt N° 058/2005 du 22 décembre 2005, précité.

¹³⁵² V. Félix ONANA ETOUNDI, Le régime juridique des nullités des actes de procédure dans l'Acte Uniforme de l'OHADA portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution », disponible à www.institut-idef.org/le-regime-juridique-des-nullites.html, dernière consultation le 1^{er} décembre 2014 ou encore Michel ADJAKA, « Réflexion sur le régime des nullités consacré par l'Acte Uniforme de l'OHADA portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution », disponible sur www.ohada.com, Ohadata D-11-25.

¹³⁵³ Le principe de la nullité textuelle ou nullité de plein droit est retenu par le droit OHADA qui distingue à son propos entre formalités substantielles et formalités accessoires.

et secondairement « pas de nullité sans grief »¹³⁵⁴, la CCJA a déjà pu prononcer des nullités sans grief¹³⁵⁵. Pourquoi ne pas l'avoir fait ici ? Une première explication est que l'article 12 n'affirme pas expressément le groupe de mots « à peine de nullité » qui est la formule magique OHADA des nullités textuelles. Une seconde explication serait que rien ne permet de qualifier la phase de conciliation de l'article 12 comme étant d'ordre public. Une troisième explication résiderait dans l'analyse du contexte de la tentative de conciliation préalable et obligatoire qui s'inscrit dans une procédure simplifiée de recouvrement qui est censée être brève et conduire à une injonction de payer efficace : rendre cette étape d'ordre public serait contre-productif au regard du contentieux que cela générerait avec des conséquences très fâcheuses. Mais si la troisième explication est la bonne, alors le législateur a mal pensé l'insertion de ladite procédure de conciliation et *de lege feranda*, il devrait revoir l'article 12 et son régime juridique dans le cadre de la révision en cours de l'AUPSRVE.

Mais *de lege lata*, il faut trouver une solution au justiciable éventuellement lésé. Faut-il alors renvoyer simplement au droit commun de la responsabilité civile pour essayer de trouver une solution. A ce niveau, on se heurte à la réalité que la tentative de conciliation demeure une simple tentative sans issue certaine pour l'une comme l'autre des parties, ce qui rend l'appréciation des dommages et intérêts hypothétique et illusoire en cas de demande, surtout quant à la preuve du préjudice subi qui, lui aussi, reste très hypothétique. C'est d'ailleurs ce que rappelle dans un premier temps, et ce à quoi dans un second temps, la CCJA renvoie le plaignant dans son arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012¹³⁵⁶ où elle affirme que l'article 12 de l'AUPSRVE :

« [...] *ne subordonne nullement la validité du jugement à intervenir après opposition à la procédure de tentative de conciliation qui peut aboutir ou qui peut être soldé par un échec, [...]*; que *sauf si Monsieur KENGNE POKAM Emmanuel démontre que l'absence de conciliation lui a causé un préjudice, la Cour ne peut sanctionner la nullité du jugement.* » (nos soulignements).

Le régime de cet article 12 est donc celui d'une nullité non seulement virtuelle mais qui exige un grief pour prospérer ! Nous le déplorons tout de même. Il ne reste plus qu'à appeler en pareille occurrence à la rescousse, la jurisprudence étrangère relative

¹³⁵⁴ L'exception en droit OHADA est la nullité virtuelle ou nullité avec grief retenu secondairement par le droit OHADA qui distingue à ce niveau selon que l'irrégularité est de forme et peut facilement être couverte ou qu'elle est de fond ou substantielle et appelle une nullité d'ordre public c'est-à-dire invocable même sans grief directement.

¹³⁵⁵ Sa position de principe à ce sujet est d'ailleurs claire dans le premier avis qu'elle a donné : CCJA Avis N) 001/99/JN/ du 17 juillet 1999, publié au RJCCJA N° spécial, p. 70 où la Cour retient en substance que « hormis des cas limitativement énumérés, où le grief est exigé, le juge prononce la nullité sans qu'il ne soit besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice ».

¹³⁵⁶ CCJA, Arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012, Affaire M. KENGNE POKAM Emmanuel contre M. TAMEGHI Robert, JURIDATA N° J096-12/2012.

à la perte d'une chance¹³⁵⁷, qui seule, peut aider un tant soit peu le justiciable qui se sent lésé.

Nos critiques sont encore plus acerbes quant à l'organisation des détails de la procédure de tentative de conciliation préalable et obligatoire et leurs conséquences.

II- La mise en œuvre de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE

La mise en œuvre de la tentative de conciliation n'est pas du tout détaillée par le législateur de l'OHADA. En effet, il est resté quasiment muet sur les modalités (A-) de cette phase préalable et obligatoire de l'injonction de payer, pour subitement s'étendre en partie sur ses effets (B-).

A- Les modalités concrètes de la conciliation de l'article 12 de l'AUPSRVE

Plusieurs questions restent en suspens quand on s'intéresse au déroulement exact de la phase de conciliation de l'article 12. Certaines ont trait à l'identification et au statut du conciliateur et d'autres à la procédure de conciliation elle-même.

1- L'identification et le statut du conciliateur

a. La personne du conciliateur

La procédure de conciliation légale OHADA étant au cœur d'une procédure judiciaire d'injonction de payer est-il obligatoire de laisser la direction de cette conciliation au même juge ou bien serait-il possible de choisir un tiers ? Qui devrait être ce tiers le cas échéant ? En l'absence de précision du législateur de l'OHADA dans l'article 12 de l'AUPSRVE ici analysé, et face à l'inexistence d'un Acte uniforme sur la médiation¹³⁵⁸ ou la conciliation OHADA, il est permis de penser que le champ des possibles quant à la personne du conciliateur est vaste. En effet, il peut s'agir du juge

¹³⁵⁷ La Cour de cassation française exige pour l'indemnisation d'une perte de chance que le préjudice soit certain et direct et résulte d'une perte de chance raisonnable. Cass. 1^{ère} civ. 30 avril 2014 qui adopte une conception restrictive de l'indemnisation de la perte de chance. Ce n'était pas le cas avant cette récente décision puisqu'en 2013 encore, la même Cour de cassation française est allée jusqu'à indemniser une perte de chance « même faible » dès lors qu'elle était réelle et sérieuse, Cass 1^{ère} civ., 16 janvier 2013. V. Cyril Sintez, « La perte de chance : une notion en quête d'unité », Les Petites Affiches, N° 218, 31 octobre 2013, pp. 9-14. Et aussi Maurice Nussenbaum et Claire Karsenti, « Le préjudice de perte de chance en droit français : un préjudice hors norme ? », disponible sur www.sorgemval.com/IMG/pdf/le_prej_de_perte_de_chance_opti_droit_des_affaire_oct_12_.pdf, dernière consultation le 30 novembre 2014.

¹³⁵⁸ Ce domaine fait partie des axes envisagés par l'OHADA pour faire l'objet d'un Acte uniforme et qui actuellement sont soumis à des études de faisabilité par le secrétariat permanent de l'OHADA. Voir la communication de Monsieur Alexis NDZUENKEU lors du 29^{ième} Congrès de la Conférence Internationale des Barreaux de tradition juridique commune (CIB) : « Quel droit au service du développement économique de l'Afrique ? » à Dakar (SENEGAL) du 3 au 7 décembre 2014 et ayant porté sur « Les nouveaux chantiers OHADA ».

lui-même c'est-à-dire du président de la juridiction saisie après opposition¹³⁵⁹ et qui a l'obligation de procéder à la conciliation préalable et obligatoire. C'est l'analyse également tirée des travaux préparatoires de l'AUPSRVE et confortée par le besoin de simplification mais surtout de célérité de la procédure d'injonction de payer. Rien n'interdit cependant qu'il puisse s'agir aussi d'un conciliateur de justice¹³⁶⁰ nommé par le même juge précité. Enfin il pourrait s'agir d'une tierce personne choisie par le juge ou même par les parties si le juge les y autorise.

En fait, pour trancher le débat, la lecture combinée des articles 12 et 33 traitant des titres exécutoires dans l'espace OHADA nous conduit à confirmer que le législateur de l'OHADA pensait à priori uniquement au juge comme conciliateur puisqu'il ne reconnaît comme titre exécutoire qu'un procès-verbal signé par le juge et les parties. On aurait donc pas tort de dire, en plus des arguments énoncés précédemment, et vu que sa signature est forcément requise pour donner autorité de décision judiciaire à l'entente de conciliation consignée dans un procès-verbal, qu'à priori, le législateur n'entendait attribuer cette faculté de conciliation qu'au juge, président de la juridiction compétente.

Au demeurant, à notre humble avis, rien ne devrait s'opposer à ce que le juge valide une tierce personne proposée de commun accord par les parties si tant est que le but de cette procédure est d'arriver le plus vite possible à un règlement amiable et définitif du litige sur la base du procès-verbal de conciliation à homologuer plus tard par le juge qui y apposerait sa signature. Si l'autonomie de la volonté des parties, substrat de tout procédé de règlement amiable de différend, peut mieux aider à atteindre cette réalité, alors ce serait à encourager et l'article 33 ne devrait pas être lu dans le sens de limiter la conduite de la conciliation par le juge seul.

A contre-courant du recours à des tiers que nous proposons ainsi, il faut relever pour le déplorer, qu'on observe malheureusement l'inexistence d'une professionnalisation en corporation de la fonction de conciliateur dans l'espace de l'OHADA¹³⁶¹. En effet, l'accès à la mission de conciliateur n'est pas réglementé et est entièrement libre en Afrique. Il n'existe pas à notre connaissance un processus particulier d'habilitation avec des exigences et des qualifications précises pour être conciliateur.

¹³⁵⁹ Il ne s'agit pas de la saisine individuelle ou gracieuse du juge même ayant rendu l'ordonnance portant injonction de payer mais bien « de la juridiction compétente dont le président a rendu la décision d'injonction de payer ». Voir TGI Menoua, n° 46/CIV/TGI, 12-7-2004 : Dongmo Etienne c/ Azangue Bernard, PDG de la Sté E.P.A, www.ohada.com, Ohadata J-07-44 ; Ohadata J-05-106.

¹³⁶⁰ Conciliateur de justice : « C'est une personne privée qui a pour mission, soit de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition, soit de procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi (sauf en matière de divorce ou de séparation de corps), sur désignation du juge et moyennant accord des parties. », in Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT (Dir.), Serges GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 14^{ième} éd., 2003.

¹³⁶¹ Même s'il faut noter que certains Centres de médiation et d'arbitrage de la place africaine font des efforts dans le sens de la sélection et de la professionnalisation de leurs listes d'arbitres, de médiateurs et parfois de conciliateurs ; les arbitres siégeant en général sous les trois manteaux dans distinction claire ni habilitation particulière.

En tout état de cause, qu'il soit juge ou tiers prévu par la réglementation applicable, désigné derechef ou sur consensus des parties, la personnalité du conciliateur est essentielle. Il devrait être à la fois expert du domaine sur lequel porte le différend, diplomate, juriste, andragogue¹³⁶² averti, psychologue et même psychanalyste¹³⁶³ parfois ! Il doit pouvoir saisir aisément les pratiques, usages et mode de raisonnement des acteurs en présence pour s'en tenir au peu.

Au-delà des éléments de la personnalité du conciliateur, il y a forcément des critères tenant à son statut.

b. Le statut du conciliateur

Au regard de la liberté observée dans l'encadrement institutionnel de la conciliation et même de la médiation professionnelle en Afrique, il faille tout de même que le législateur de l'OHADA revoit et fixe certaines obligations déontologiques qui constituerait le statut du conciliateur et s'imposeraient à lui.

✓ Quant aux pouvoirs et attributions du conciliateur de l'article 12 de l'AUPSRVE

Le conciliateur a-t-il pour attributions de vérifier l'étendue des pouvoirs des représentants en cas de mandat de représentation car les parties à ce stade se font souvent représenter par des personnes qui n'ont en réalité aucune marge de manœuvre. Ces personnes sont là comme des moutons de panurge et se contentent d'objecter aux prétentions de l'autre partie sans pouvoir concéder quoi que soit. Dans cette occurrence, le législateur ne devrait-il pas faire observer une obligation de présence effective des parties demanderesse et défenderesse ? Et si par extraordinaire une des parties devrait se faire représenter, qu'elle le fasse par une personne habilitée à « négocier » au vrai sens du terme. Cela nous semble le minimum si on veut conférer à cette phase de conciliation son plein potentiel dans la résolution du conflit. Le conciliateur devrait donc à notre avis, avoir le pouvoir de refuser une représentation si elle n'est pas bien libellée à l'effet général d'autoriser le mandataire pendant la procédure de conciliation à prendre toute mesure susceptible de concilier les intérêts en présence. Cette exigence pourrait découler de cette obligation implicite des parties prenantes à la conciliation de tenter la conciliation de bonne foi.

✓ Quant aux obligations du conciliateur de l'article 12 de l'AUPSRVE

- Respect du caractère public de la procédure d'injonction de payer et obligation de confidentialité imposée au conciliateur

Cette exigence de respect du caractère public de la procédure d'injonction de payer, appelle de suite l'une des principales obligations du conciliateur qui est celle de

¹³⁶² L'andragogie est une science et un art. C'est la science de l'éducation focalisée aux personnes adultes. On peut dire que c'est la science de la pédagogie pour adultes. C'est aussi, à notre avis, l'art de savoir conduire des adultes dans un apprentissage ; le terme éducation ayant une connotation qui ne va pas toujours de paire avec le public particulier que constitue les personnes adultes.

¹³⁶³ Les propos sont de Robert BADINTER in « Conférence sur la médiation. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle », Genève, 29 mars 1996, cité par M. GONDA, « La médiation des litiges en matière de propriété intellectuelle : l'expérience de l'OMPI », in *La médiation en matière commerciale*, Ed du Jeune Barreau de Liège, 2000, p. 53.

l'obligation de confidentialité. Sachant les modes alternatifs de règlement des conflits par nature empreints de confidentialité¹³⁶⁴, nous sommes conduits à nous demander si cette conciliation est obligatoirement publique ou si le juge peut en décider autrement de son propre chef ou sur demande d'une partie. La pertinence du questionnement réside dans le caractère par essence contradictoire et public de la procédure d'injonction de payer au sein de laquelle est introduite la conciliation qui se veut intrinsèquement confidentielle.

Nous pensons que le silence du législateur de l'OHADA devrait permettre de laisser place au pouvoir prétorien du juge. En effet, le juge devrait conserver la latitude¹³⁶⁵, s'il est saisi d'une demande motivée visant à requérir la confidentialité ou non de cette conciliation, d'y faire droit ou de la rejeter selon les arguments avancés et les intérêts en présence. Cette position qui est la nôtre semble entérinée par les droits continentaux qui en majorité énoncent le principe général¹³⁶⁶ mais permettent les aménagements conventionnels¹³⁶⁷ de cette obligation de confidentialité. S'il est loisible de déroger conventionnellement à cette obligation de confidentialité, elle n'est donc *a priori* pas impérative.

S'il fallait cependant avoir un avis tranché et sans concession possible à l'autonomie de la volonté, sur la confidentialité, nous nous alignerions sur la tendance actuelle du législateur de l'OHADA qui, dans la perspective de la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté en 1998 et entré en vigueur en 1999, a prévu l'insertion d'une phase de conciliation caractérisée par son caractère confidentiel. Le législateur prend donc le parti de préciser cette modalité de la conciliation spéciale¹³⁶⁸ OHADA.

- Obligation d'impartialité du conciliateur de l'article 12 de l'AUPSRVE

¹³⁶⁴ C'est une exigence unanime des acteurs des ADR. Elle est notamment consacrée par l'article 6 de la Directive européenne sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et à l'article 9 de la Loi-type de la CNUDCI sur la conciliation internationale du 24 juin 2002.

¹³⁶⁵ L'impérium du juge s'étend à notre avis jusque là et rien ne semble s'y opposer puisqu'il doit donner suite (faire droit ou décliner) à toute requête d'une partie. V.

¹³⁶⁶ Une exception est constituée par le système américain qui tend à détailler les diverses facettes de cette obligation de confidentialité sans trop laisser de choix aux parties. V. Charles JARROSSON, « Médiation et droit des contrats », *Op. cit.*, n° 36 et s.

¹³⁶⁷ Droits canadien et québécois, suisse, allemand et italien pour ne citer que ceux là qui permettent ces aménagements conventionnels.

¹³⁶⁸ Prévue par la réforme de l'AUPCAP dans l'optique d'accroître l'efficacité et l'efficience des dispositions relatives aux entreprises en difficultés, la conciliation dans cette matière est définie comme « une procédure destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise par la conclusion d'un accord avec ses créanciers et/ou contractants. Elle est ouverte à ceux qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en état de cessation de paiements. V. Yvette Rachel KALIEU ELONGO, « L'état de la perception de la sécurité juridique dans l'espace OHADA. Réflexions à partir du droit des entreprises en difficulté », in Loïc CADIET (coord.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, Travaux de l'Association pour l'efficacité du droit et de la justice dans l'espace OHADA, IRJS Editions, 2013, pp. 87 à 97, spéc. p. 97.

Il est de principe qu'un médiateur soit impartial. Comme en matière d'arbitrage, le médiateur doit donc éviter tout conflit d'intérêts¹³⁶⁹ et même toute apparence¹³⁷⁰ de conflit d'intérêts. Il y a donc une double acception de l'impartialité ici. La première, objective, qui veut qu'on démontre soi-même l'impartialité mais la seconde, subjective, qui veut qu'on apparaisse comme tel aux yeux des parties et des tiers c'est-à-dire qu'il n'y a pas de facteurs ou même des indices laissant entrevoir une apparence de conflit d'intérêts. Le conciliateur ne devrait donc pas accepter de mandats d'arbitre ou de conseil d'une partie à la conciliation en tout ce qui pourrait avoir trait au différend qu'il a aidé à concilier.

✓ Quant à la responsabilité du conciliateur de l'article 12 de l'AUPSRVE

Le conciliateur pourra être tenu d'une série de responsabilités fonctions des actions qu'il pose et des fautes éventuelles qu'il commet. C'est ainsi qu'il pourra voir sa responsabilité pénale mise en jeu s'il commet des infractions de droit commun telle que la violation ou la divulgation du secret professionnel, le délit d'initié, etc. Il pourra bien entendu être tenu d'une responsabilité délictuelle à l'égard des tiers pour tout fait préjudiciable à ces derniers et à lui imputable. Les parties ne pourront que tout naturellement retenir à son encontre une responsabilité de nature contractuelle sous réserve des stipulations spécifiques du contrat de conciliation s'il y en a un. Sinon, c'est une obligation de moyen qui s'impose à lui avec toutes ses conséquences de droit.

Au final, le juge qui siège comme conciliateur, tel que ce peut être le cas pour l'article 12 de l'AUPSRVE encourt le risque de ces responsabilités spécifiques. A ces dernières s'ajoute une responsabilité professionnelle s'il fait partie d'un corps professionnel régi par un code d'éthique, un code de déontologie et/ou d'autres règles corporatives qu'il ne respecte pas.

2- Les règles procédurales de la conciliation de l'article 12 AUPSRVE

Le silence du législateur sur les modalités procédurales de mise en œuvre de l'article 12 AUPSRVE est pathologique à plus d'un titre. Primo, on pourrait s'interroger sur la pertinence de l'application du principe du contradictoire. En effet, en arbitrage, ce principe directeur du procès¹³⁷¹ est cardinal mais en médiation, on peut douter de son efficacité. En conciliation, le partage d'information non stratégique et non

¹³⁶⁹ Nous avons eu de nombreux dossiers internationaux d'arbitrage à polémique mettant en présence de cas de conflits ces dernières années : affaire Me Henri C. Alvarez, du nom de cet avocat associé du cabinet canadien Fasken Martineau Dumoulin ; la saga Tapie dans son volet arbitrage ; Total et l'affaire Etat du Cameroun c. Garoube : disponible à l'adresse <http://www.ohada.com/content/newsletters/1699/Arret-Affaire-Etat-du-Cam-c.-Garoube.pdf> ; dernière consultation le 02 décembre 2014.

¹³⁷⁰ V. Barreau du Québec, *Guide 2010 sur les conflits d'intérêts*, disponible à l'adresse <http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/guide-conflits-interets.pdf>, p. 146 et s., dernière consultation le 02 décembre 2014.

¹³⁷¹ Il s'agit souvent des principes du contradictoire, des droits de la défense, du droit à un procès équitable, de la présomption d'innocence, etc.

confidentielle est important mais le médiateur use surtout à notre avis de techniques de communication et de procédés d'orientation du processus individuel de prise de décisions. Le principe du contradictoire est donc secondaire. Cependant, le conciliateur peut, à cet effet, faire des rencontres séparées avec les parties qualifiées de « caucus »¹³⁷². Il peut et devrait utiliser toutes méthodes licites devant permettre de concilier les parties. Ce faisant, il doit inspirer confiance et faire preuve de loyauté et de neutralité envers les parties. Sa loyauté implique par exemple qu'il ne livre aucune information sensible portant sur les secrets d'affaires d'une ou des deux parties même si ces informations seraient utiles pour sa conciliation.

Secundo, dans quel délai à compter de l'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer le juge doit-il obliger les parties à se concilier ? Le législateur est resté muet là-dessus. Connaissant l'exigence de célérité propre à l'injonction de payer OHADA, nous pensons qu'il faille recourir à une mise en œuvre « à bref délai » tel que le législateur a déjà eu à l'exiger ailleurs dans les Actes uniformes.

Tertio, traitant toujours de délai, on peut se demander si le juge-conciliateur peut enfermer les parties dans un délai impératif pour s'entendre, faute de quoi il considérerait la conciliation comme ayant échoué ? Nous restons convaincus que sans pouvoir limiter techniquement la conciliation à un laps de temps qu'il fixe, le juge peut octroyer un délai raisonnable¹³⁷³ aux parties pour s'entendre à l'issue duquel, il pourrait tirer les conclusions qui s'imposent. L'appréciation du délai raisonnable ici sera faite au cas par cas en fonction des éléments en présence.

Ainsi se déclinent à notre avis, certaines des précisions lacunaires à faire quant à l'édiction de cette tentative de conciliation préalable et obligatoire de l'article 12 de l'AUPSRVE. C'est en principe après avoir énoncé ces détails que le législateur aurait pu traiter des effets de ladite conciliation.

B- Les effets de la conciliation de l'article 12 AUPSRVE

¹³⁷² Anglicisme provenant de l'anglais « caucus ». En français, on pourrait écrire « caucusse » ou « caucuse ». Prononcer « caucuss ». L'auteur a pu participer et expérimenter cette technique des « caucuses » à de nombreuses reprises durant les négociations syndicales effectuées d'abord en tant que Chargé des conventions collectives, puis Président du Syndicat des Etudiants Salariés de l'Université de Montréal (<http://www.sesum.org/code-de-procedures-de-l-afpc.php#!historique/ck4g>), de concert avec des conciliateurs de la Commission des Relations de Travail du Québec, de concert avec l'Alliance de la Fonction Publique du Canada (<http://syndicatafpc.ca/>) contre l'Université de Montréal. Cette technique du « caucus » est très en vogue en matière de négociation, conciliation et médiation dans le milieu des relations de travail au Québec et au Canada.

¹³⁷³ V. Eric MONTCHO AGBASSA, *Le délai raisonnable*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université d'Abomey-Calavi sous la direction du Pr Joseph Djogbénou, 2012, inédit.

Ces effets diffèrent selon que la conciliation réussit et aboutit à une entente signée des parties et du juge conciliateur ou échoue en laissant se poursuivre les suites de la procédure d'opposition à injonction de payer.

1- Les effets de la réussite de la conciliation de l'article 12

Le libellé du second membre de phrase de l'article 12¹³⁷⁴ est sans équivoque sur l'effet d'une conciliation réussie. Celle-ci confère à l'objet de l'entente, après établissement d'un procès-verbal signé des parties et apposition de la formule exécutoire¹³⁷⁵, les caractères d'un titre exécutoire¹³⁷⁶. La juridiction compétente informée, même par simple déclaration conjointe¹³⁷⁷, doit prendre acte de la conciliation, leur donner acte de leur accord amiable et, par conséquent, ordonner la radiation du dossier du rôle¹³⁷⁸. Il en va de même lorsque les représentants légaux des parties ont dûment signé un protocole d'accord de remboursement comportant outre l'entente sur le montant principal, les frais accessoires ainsi que les modalités de paiement de ladite somme et que ce document porte également la signature du vice-président du tribunal et du greffier, même s'il n'est pas daté¹³⁷⁹. La conséquence directe de cela étant d'ordonner la main levée de la saisie conservatoire de la créance pratiquée sur les comptes bancaires du débiteur¹³⁸⁰.

Une jurisprudence a même constaté qu'un accord de conciliation selon l'article 12 AUPSRVE, met fin à la procédure d'injonction de payer nonobstant le fait qu'il soit intervenu au cours de l'instance en appel¹³⁸¹. Il en sera de même si cette conciliation intervient de même avant l'audience. Une juridiction est allée encore plus loin lorsqu'elle précise que "les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi". Dès lors, est de mauvaise foi et doit voir son moyen rejeté, un opposant qui soulève une exception de fin de non recevoir pour défaut de qualité des parties, et refuse de payer alors qu'il a

¹³⁷⁴ Art. 12/ « [...] Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire. ».

¹³⁷⁵ Art. 29 AUPSRVE.

¹³⁷⁶ Conformément à l'art. 33 de l'AUPSRVE qui définit les actes constituant des titres exécutoires avec en point 3) les procès verbaux de conciliation signés par le juge et les parties et en prenant soin d'ajouter en dernier alinéa, les décisions auxquelles la loi nationale de chaque Etat partie attache les effets d'une décision judiciaire. Il en est exclu par la CCJA les actes des autorités administratives nationales : CCJA N° 009/2008 du 27 mars 2008, Société Côte d'Ivoire Télécom c./ Société Lotery Télécom, GD-CCJA, p. 371, Obs. R. Nemeudeu.

¹³⁷⁷ TGI Ouagadougou, n° 405/2005, 31-8-2005 : Société Trans-Cordec c/ Manufactureers and Trader Trust Compagny Bank, www.ohada.com, Ohadata J-07-108.

¹³⁷⁸ TGI Ouagadougou, n° 398, 22-10-2003 : Société ALPHA DIFFUSION, SARL c/ Société NOVAVISION, SARL, www.ohada.com, Ohadata J-04-250.

¹³⁷⁹ TPI 1^{ère} classe de Lomé, Togo, Ch. Civ. & Com., N° 912/2009, 3-4- 2009 ; Aff. Saint Michel & Co, SARL c./ SIAB SA, OHADATA J-11-118.

¹³⁸⁰ *Id.*

¹³⁸¹ CA Libreville, Gabon, N° 9/10 du 25-02-2010 ; Aff. Sté SNBG c./ Sté TICO, OHADATA J-10-241.

été mentionné expressément comme étant une des parties signataires dans le protocole d'accord fixant les modalités de règlement du prix de vente des véhicules [...]»¹³⁸². Les effets d'une conciliation réussie ne sont pas pour autant complexes, comparés aux suites réservées à une conciliation qui échoue et qui laisse place au déroulement de la procédure d'opposition.

2- Les effets de l'échec de la conciliation de l'article 12

L'échec de la conciliation est souvent déduit du défaut de présentation d'une des parties en l'occurrence le débiteur. En effet, la pratique permet de constater que l'opposant à l'injonction de payer, le débiteur, s'abstient souvent simplement de venir à la conciliation ou de se faire dûment représenter à celle-ci. Le TGI de Ouagadougou retient simplement que « l'opposant est censé avoir renoncé à l'instance lorsque, bien qu'ayant été régulièrement appelé à cette tentative de conciliation, il n'a pas comparu, ni personne pour lui. Il y a lieu donc de valider l'ordonnance portant injonction de payer »¹³⁸³. C'est donc en toute logique qu'au nombre des suites de l'échec de la conciliation et dès lors que le débiteur ne conteste pas devoir à son créancier le montant de la créance spécifiée sur l'ordonnance d'injonction de payer, il est tenu au paiement¹³⁸⁴.

Pour ce qui est des droits de la défense, il a été clairement jugé que la partie demanderesse à l'opposition ne saurait ignorer la phase préalable et obligatoire de conciliation. En étant défaillante, elle n'a pas entendu valablement se prévaloir de ses moyens de défense. Il convient dès lors de confirmer l'ordonnance portant injonction de payer¹³⁸⁵. C'est ce qu'a confirmé la même juridiction burkinabè lorsqu'elle affirmait de manière incisive que la phase préalable de conciliation ne peut avoir pour effet de priver le plaideur de tout ou partie de ses moyens de défense à la reprise des

¹³⁸² TGI Ouagadougou, n° 443, 19-11-2003 : COBERA c/ Sté BEXPO, www.ohada.com, Ohadata J-04-324 ; voir Ohadata J-04-336.

¹³⁸³ TGI Ouagadougou, n° 74, 19-2-2003 : KIEMTORE T. Hervé c/ L'Entreprise A.P.G., www.ohada.com, Ohadata J-04-248.

¹³⁸⁴ TGI Ouagadougou, n° 333, 2-7-2003 : PERFECTUM Afrique c/ BOA, www.ohada.com, Ohadata J-04-252.

¹³⁸⁵ TGI Ouagadougou, n° 114, 12-3-2003 : Société CIC- Equinoxe Burkina c/ Imprimerie les presses du Faso, www.ohada.com, Ohadata J-04-319 ; TGI Ouagadougou, n° 117, 12-3-2003 : Auxiliaire d'Entreprise c/ NIKIEMA K. Pascal, www.ohada.com, Ohadata J-04-331 ; TGI Ouagadougou, n° 193, 23-4-2003 : SAWADOGO Saïdou c/ Caisse Populaire de Dapoya, www.ohada.com, Ohadata J-04-316 ; TGI Ouagadougou, n° 195, 23-4-2003 : Agence Internationale de Voyage et de Tourisme EIFFEL-VOYAGE c/ OUEDRAOGO Djakaridja, www.ohada.com, Ohadata J-04-318 ; TGI Ouagadougou, n° 196, 23-4-2003 : ETE/OA c/ NIKIEMA K. Pascal, www.ohada.com, Ohadata J-04-317 ; TGI Ouagadougou, n° 197, 23-4-2003 : SANON Lassina c/ B.O.A., www.ohada.com, Ohadata J-04-332 ; TGI Ouagadougou, n° 209, 23-4-2003 : TANKOANO Daniel Nicaise c/ BCEAO, www.ohada.com, Ohadata J-04-329 ; dans le même sens, TPI Cotonou, 1ère ch. com., n°020, 15-7-2002 : Mr Gilbert BELBOL c/ ECOBANK BENIN SA., www.ohada.com, Ohadata J-04-284 ; TPI Cotonou, n° 019/1^{ère} C.Com, 15-7-2002 : Sté LION D'OR SA C/ ECOBANK Bénin SA, www.ohada.com, Ohadata J-04-397, Ohadata J-04-285. Tiré du site de l'IDEF, www.idef.org, dernière consultation le 22 octobre 2014.

débats après échec de conciliation¹³⁸⁶. Elle va plus loin cependant en ajoutant que le juge ou la juridiction ne retrouve sa fonction de dire le droit qu'une fois que l'échec de la conciliation est consommé. Dès lors, les plaideurs retrouvent tous leurs moyens de défense, aussi bien de forme et de procédure, que de fond, en vue du succès de leurs prétentions conformément à la portée des dispositions prévues à l'alinéa 2 de l'article 12 AUPSRVE¹³⁸⁷.

Cette portée de l'échec de la conciliation sur les pouvoirs prétoriens du juge est précisée par la CCJA qui prône qu'il est évident qu'en cas d'échec de la conciliation, le juge reprend son impérium complet sur le litige et son aboutissement.

*« qu'ainsi, le juge saisi de l'opposition à injonction de payer connaît de l'entière du litige et rend, en cas d'échec de la tentative de conciliation des parties, une décision qui se substitue à l'ordonnance d'injonction de payer en examinant tous les aspects du litige et, sans méconnaître les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité de la créance, peut en arrêter le montant au regard des pièces et des textes applicables ... »*¹³⁸⁸.

Bien entendu, l'échec de la conciliation ne saurait empêcher que le juge se prononce sur l'opposition ayant toujours son objet. On sait que l'opposition remet les parties dans l'état antérieur et permet d'examiner à nouveau le fond du litige et de vérifier la régularité de la procédure¹³⁸⁹ qui peut aboutir à un rejet ou non.

Point conclusif

La présente étude relève plusieurs tendances pouvant expliquer la pratique déficiente de la conciliation préalable et obligatoire de l'article 12 de l'AUPSRVE.

La première est une méconnaissance ou une ignorance des caractères obligatoire et préalable de l'obligation de conciliation surtout par le juge mais aussi par les parties et leurs conseils au niveau de nos juridictions même si cette ignorance est marginale. On pourrait penser que les raisons, à priori, de cet état de choses sont à rechercher dans un conservatisme qui ne dit pas son nom et qui s'expliquerait par la peur du nouveau ; les doutes quant à la réelle efficacité de la phase de conciliation qu'on accuse d'allonger au contraire les délais d'une procédure requérant une extrême célérité ; l'inaptitude du juge aux techniques de conciliation ; la baisse supposée du chiffre d'affaires des avocats et autres conseils qui tirent avantage de la multiplicité des contentieux. Mais loin de jeter la pierre aux praticiens, il nous semble que les

¹³⁸⁶ TGI Ouagadougou, n° 345, 28-3-2001 : Transit R. Gauthier c/ Société CIMEX, www.ohada.com, Ohadata J-04-02.

¹³⁸⁷ *Id.*

¹³⁸⁸ CCJA, Arrêt n° 031/2011 du 06 décembre 2011. Affaire Société TRIGON ENERGIE LTD contre Banque Commerciale du Sahel (BCS SA), JURIDATA N° J031-12/2011

¹³⁸⁹ TRHC Dakar, n°855, 26-04-2000 ; Sté SOCECORM c./ R.A. et le Greffier en chef ; OHADATA J-05-74.

raisons sont ailleurs. On les retrouve dans une seconde hypothèse que cette recherche jurisprudentielle a confirmé.

La seconde tendance, effective celle-là, est surtout que les acteurs judiciaires connaissent bien l'existence de la procédure mais, sachant que le défaut de respect de cette exigence légale est dénué de tout effet coercitif à proprement parler, selon la jurisprudence constante de la CCJA, ils se contentent de la fouler au pied concluant très souvent hâtivement, à l'échec de la conciliation alors même qu'ils n'ont pas invité les parties à ce préalable de conciliation obligatoire en matière d'injonction de payer OHADA.

Face à ce constat, il est indispensable de souhaiter vivement que la CCJA révisé sa position sur la sanction du défaut de respect des caractères préalable et obligatoire de la tentative de conciliation en matière d'injonction de payer. Le droit n'est pas la force, n'est pas synonyme d'office de sanction, mais le droit a besoin de la sanction pour être respecté !

Une autre alternative, que nous ne recommandons pas du tout, serait que le législateur, à l'occasion de la réforme en cours de cet Acte uniforme phare de l'OHADA, portant sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, pense à revoir le texte de l'article 12 pour rendre cette procédure clairement facultative¹³⁹⁰. La conséquence fâcheuse serait que la conciliation perdrait ainsi sa place de choix dans l'injonction de payer OHADA mais au moins, on aurait un texte qui serait respecté et force resterait au droit, à la loi. La sécurité juridique à travers une meilleure prévisibilité législative et jurisprudentielle s'en trouverait renforcée à travers les décisions de la Haute Cour supranationale.

Une fois encore, nous ne saurions recommander ce virement législatif d'autant plus que le législateur communautaire est en train d'insérer une procédure similaire de conciliation préalable dans le cadre du projet de révision de l'AUPCAP en marge du règlement préventif¹³⁹¹. Dans le même sens, nous nous opposons à ce revirement législatif qui serait certes une solution mais la moins indiquée au regard du fait que l'article 24.1 (nouveau) de l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPCAP), instaure lui aussi, une nouvelle procédure de liquidation simplifiée qui s'apparente à un mode de règlement allégé et amiable des difficultés de l'entreprise.

Comme on le constate, la tendance en droit de l'OHADA en est à la confirmation de l'insertion des autres modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) en plus de l'arbitrage, dans les Actes uniformes. C'est une tendance à encourager et qui devrait

¹³⁹⁰ L'avantage pourrait être de laisser le choix aux parties à toute étape de la procédure de transiger sans rendre cette étape obligatoire pour les litiges dont la complexité rend la conciliation laborieuse et contre productive. Cette faculté est possible en droit canadien et italien qui sont très avancés en termes de mise en œuvre des MARC. Le nouveau code de procédure civile canadien consacre « une obligation de considérer les modes privés de règlement des différends » avant tout contentieux.

¹³⁹¹ Article 5 et s. AUPCAP.

culminer avec l'adoption prochaine d'un Acte uniforme sur la médiation commerciale¹³⁹² dans l'espace OHADA. Toutefois, cette adoption ne serait salutaire que si le législateur fait plus attention au régime pratique de ces MARC afin d'en préciser le contenu et les sanctions le cas échéant. Vivement que ces quelques lignes aident à une meilleure opérationnalité des MARC déjà prévus ainsi que ceux à venir, dans le *corpus iuris* de l'OHADA.

¹³⁹² V. Moussa SAMB, « A propos de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits en Afrique », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué*, Wolters Kluwer, Credij, 2014, pp. 637 – 650.

REFLEXION SUR LE SYSTEME DE REGULATION INSTITUTIONNELLE DE L'ACTIVITE BANCAIRE DANS LA CEMAC

Par

SUNKAM KAMDEM Achille, Chargé de cours, Université de BUEA

Parfois perçu comme un concept flou¹³⁹³ voire incertain¹³⁹⁴ ou encore comme un concept valise¹³⁹⁵, le mot régulation fait partie de ces concepts qui font l'objet d'usages multiples dans le domaine juridique. Notion polysémique par excellence¹³⁹⁶, la régulation est susceptible d'acceptions diverses. D'abord, elle s'identifie au droit lui-même en ce qu'elle apparaît comme l'une de ses fonctions essentielles¹³⁹⁷. Ensuite, la régulation peut être entendue comme une limite imposée dans l'exercice des pouvoirs et comme rééquilibrage des rapports de force¹³⁹⁸. Enfin, la régulation est un moyen dynamique de maintenir les grands équilibres d'un secteur¹³⁹⁹. Ce dernier sens dont la considération s'avère plus indiquée pour la présente réflexion, permet de mettre en évidence l'avènement d'un droit de la régulation. Ce droit s'analyse alors comme le droit qui prend en charge la construction, la surveillance et le maintien de force des grands équilibres de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes¹⁴⁰⁰. Il en est notamment ainsi des secteurs de l'audiovisuel, des télécommunications, de l'énergie, des marchés financiers, de la banque etc...

¹³⁹³ V. J. CHEVALIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 49-2001, p. 827.

¹³⁹⁴ V. M-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », in *Droit et économie de la régulation. Les régulations économiques, légitimité et efficacité*, Vol. 1, Presse de science po et Dalloz 2004, p. 7.

¹³⁹⁵ V. J-P. MOUSSY, *Des autorités de régulation financières et de concurrence : pourquoi, comment ?*, Rapport du Conseil Economique et Social, n°1 JORF, Jan. 2003, p. 1-4. Cité par Hala DAOUD-RUMEAU MAILLOT, *Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier. Vers la mise en œuvre d'un cadre institutionnel européen ?*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2008, p. 19.

¹³⁹⁶ « Régulation », in M. NICOLAS et S. RODRIGUES (dir), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Paris, Isupe, 1998, p. 220 -223, cité par M-A FRISON -ROCHE, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁹⁷ V. M-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 8 ; également, J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 830.

¹³⁹⁸ V. M-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 8 ; également, J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 832.

¹³⁹⁹ V. M-A. FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », in *La régulation : monisme ou pluralisme ?* PA, n°82, 10 juillet 1998, p. 5. Dans ce sens, le Vocabulaire juridique de G. CORNU la définit comme l' « action économique mi-directive mi-corrective d'orientation, d'adaptation et de contrôle exercée par des autorités (dites de régulation) sur un marché donné (à considérer par secteur, régulation financière, boursière, énergétique etc.) qui en corrélation avec le caractère mouvant, divers et complexe de l'ensemble des activités dont l'équilibre est en cause, se caractérise par sa finalité (le bon fonctionnement d'un marché ouvert à la concurrence mais non abandonné à elle), la flexibilité de ses mécanismes et sa position à la jointure de l'économie et du droit en tant qu'action régulatrice elle-même soumise au droit et à un contrôle juridictionnel ». pour rendre compte de sa fonction équilibrante, le Pr. J. CHEVALIER ajoute que « la régulation constitue un élément de la théorie des systèmes : tout système organisé formé d'un ensemble d'éléments interdépendants et interagissants, serait en effet en permanence confronté aux facteurs de déséquilibre et d'instabilité provenant de son environnement » ; la régulation est selon lui l'ensemble des processus par lesquels les systèmes cherchent à maintenir leur état stationnaire. V. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 828.

¹⁴⁰⁰ V. M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *Le Dalloz*, 2001, n°7, p. 610.

S'identifiant par les secteurs sur lesquels il s'exerce, le droit de la régulation est « un autre droit »¹⁴⁰¹, construit sur les cendres de l'Etat providence et qui propose une alternative au droit réglementaire jugé désincarné. Il se présente d'une part comme l'expression d'un droit pragmatique associant les destinataires au processus d'élaboration des normes, et d'autre part comme un droit flexible marqué par un processus d'adaptation permanente des normes¹⁴⁰². Il se caractérise également par l'existence d'une autorité de régulation¹⁴⁰³, institution nécessaire au maintien de l'équilibre du système ou du secteur considéré. C'est dire que la notion de régulation comporte une profonde dimension institutionnelle¹⁴⁰⁴.

L'activité bancaire dans la CEMAC (qui est l'un des secteurs principaux sur lesquels s'exerce la régulation) n'échappe donc pas aux règles ou principes qui la gouvernent. Etant donné que l'objet spécifique de la régulation bancaire est d'assurer la solidité du système bancaire¹⁴⁰⁵, le rôle des institutions chargées de l'assurer est fondamental. Vu la place centrale qu'occupe le système bancaire dans le financement des économies des Etats membres de la CEMAC, une réflexion sur le système de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans la CEMAC s'avère d'une importance incontestable.

La question se pose dès lors de savoir quelle appréciation peut être apportée sur le mode de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans la CEMAC.

Une telle réflexion comporte un double intérêt théorique et pratique.

Sur le plan théorique, elle permet d'évaluer le degré d'application du droit de la régulation au système bancaire de la CEMAC de manière à dégager le particularisme de la zone CEMAC.

Sur le plan pratique, elle permet de souligner les insuffisances de la régulation institutionnelle telle que mise en œuvre afin d'y remédier de telle sorte que la stabilité et l'équilibre du système bancaire de la CEMAC ne soient pas menacés.

Au regard du fonctionnement actuel du système bancaire de la CEMAC, il apparaît que les autorités de cette sous région de l'Afrique centrale ont légitimement

¹⁴⁰¹ V. G. TIMSIT, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, 78, 1996, p. 375 et suiv, cité par J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 833.

¹⁴⁰² V. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 834.

¹⁴⁰³ V. M-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p.614. Au Cameroun, c'est le Conseil National de la Communication (CNC) créé par la loi n°90/052 du 19 décembre 1990 relative à la liberté de communication sociale qui fut la première institution de régulation. La fin des années 1990 a été marquée par la création de bien d'autres autorités de régulation marquant la ferme volonté de l'Etat camerounais de se désengager de la gestion des secteurs stratégiques. Il en est ainsi de l'Agence de Régulation des Télécommunications, de l'Agence de Régulation du secteur de l'Electricité créées en 1998. V. G. PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol. 2, n°1, p. 154.

¹⁴⁰⁴ V. Hala DAOUD-RUMEAU MAILLOT, *Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier. Vers la mise en œuvre d'un cadre institutionnel européen ?* Thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 2008, p. 16.

¹⁴⁰⁵ V. M-A. FRISON-ROCHE, « Régulation bancaire, régulation financière », *Mélanges P. DIDIER*, Economica, 2008, p. 173.

opté pour un mode communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire (I). Toutefois telle qu'elle est organisée et mise en œuvre, cette régulation comporte des ambiguïtés (II).

I- La légitimité du choix d'un système communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans la CEMAC

Au regard du dispositif juridique applicable à l'activité bancaire dans la CEMAC, il est incontestable que les autorités législatives et réglementaires de cette communauté ont opté pour un mode communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire. Ce choix est légitime eu égard au contexte ayant prévalu lors de l'adoption des textes consacrant cette régulation communautaire (A). La légitimité de choix se démontre par l'implémentation de cette régulation communautaire (B).

A- Le contexte du choix d'une régulation communautaire

La décision des autorités de la CEMAC de mettre en place un mode communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire se justifie par un contexte socio-économique (1) et juridique (2) particuliers.

1- Le contexte socio-économique

Le contexte socio-économique est celui de la crise bancaire de la fin des années 1980 et du début des années 1990 dans les Etats de la sous-région de l'Afrique centrale avec ses conséquences. En effet, sur les 40 banques que comptait la CEMAC¹⁴⁰⁶, 9 avaient cessé leurs activités. Sur celles restant en activité, une seule respectait l'ensemble des normes réglementaires en vigueur, 14 avaient des équilibres précaires et 16 étaient totalement insolvables¹⁴⁰⁷. Ce tableau peu reluisant du paysage bancaire de la zone CEMAC en cette période montre que le système bancaire de cet espace sous-régional manquait manifestement de solidité et de stabilité.

La crise bancaire de la fin des années 1980 et du début des années 1990 trouve son explication ou son origine dans les principales raisons suivantes¹⁴⁰⁸ : l'insuffisante couverture du risque de défaillance par les fonds propres et l'exposition des banques au risque de leur activité¹⁴⁰⁹, les carences de gestion qui peuvent consister soit en de simples erreurs de gestion¹⁴¹⁰ soit en une intention malveillante de dissimuler une gestion peu saine et approximative masquée par une comptabilisation fallacieuse des

¹⁴⁰⁶ Il convient de souligner que la CEMAC n'avait pas encore été créée, l'organisation sous-régionale d'Afrique centrale de cette époque était l'Union Douanière d'Afrique Centrale (UDEAC) qui rassemblait les mêmes Etats que ceux qui composent aujourd'hui la CEMAC. Celle-ci est née sur les vestiges de l'UDEAC par la signature d'un traité le 16 mars 1994.

¹⁴⁰⁷ V. ADAM MADJI, « Stabilité financière et contrôle prudentiel », *Communication au Colloque organisé à l'occasion du 30^e anniversaire de la Banque des Etats de l'Afrique Centrale*, in COBAC, Rapport d'activité 2002, p. 65.

¹⁴⁰⁸ Sur les origines de la crise, notamment au Cameroun, lire I. TAMBA et L. TCHAMANBE NJINE, « De la crise à la réforme des institutions bancaires africaines : l'expérience du Cameroun », *Tiers monde*, 1995, Tome 36, p. 813-835.

¹⁴⁰⁹ L. TCHAMANBE NJINE, *Les faillites bancaires en Afrique subsaharienne*, L'Harmattan, 2009, p. 15.

¹⁴¹⁰ V. B. NJOYA NKAMGA, « La COBAC dans le système bancaire de la CEMAC », *Annales de la FSJP*, Université de Dschang, T. 13, 2009, p. 86, note 3.

résultats¹⁴¹¹, les défaillances observées dans le dispositif de surveillance ou de contrôle du système bancaire. Il convient d'ajouter s'agissant de ce dernier point que, dans les Etats de la zone BEAC, le contrôle de l'activité bancaire était exercé par les autorités nationales¹⁴¹² : autorité monétaire, conseil national du crédit, commission nationale de contrôle des banques, qui proposaient et prononçaient des sanctions. Mais la mise en œuvre de ces sanctions restait limitée car les autorités compétentes répugnaient à destituer les dirigeants indécents, à prendre des mesures de redressement ou à procéder à la fermeture des établissements qui méritaient de l'être¹⁴¹³.

Au-delà des causes, les conséquences de la crise bancaire sur le plan socio-économique se sont avérées dramatiques non seulement pour le financement de l'économie des Etats membres de la CEMAC mais aussi pour les ménages qui ont perdu leur épargne, ce qui a rejailli sur leur bien-être social.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que la régulation de l'activité bancaire de la fin des années 1980 était défaillante. Pour y remédier et permettre au système bancaire de fonctionner désormais de manière plus saine et plus optimale, les Etats membres de la CEMAC ont légitimement opté pour un mode communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire. La rupture avec le système antérieur de régulation nationale est réelle. C'est à la COBAC que la mission de surveillance du système bancaire a désormais été confiée.

Au contexte socio-économique légitimant le choix d'une régulation par une institution communautaire, s'ajoute le contexte juridique.

2- Le contexte juridique

Avant la crise de la fin des années 1980, le droit bancaire applicable dans les Etats de la sous région de l'Afrique centrale était essentiellement national, chaque Etat disposant d'un corps de règles législatives et réglementaires applicables sur son territoire. Au Cameroun notamment, c'est l'ordonnance du 31 août 1985 relative à l'activité des établissements de crédit qui pouvait être considérée comme le texte de base applicable à l'activité bancaire¹⁴¹⁴. Dans la plupart des Etats de cet espace

¹⁴¹¹ L. TCHAMANBE NJINE, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴¹² V. KERFALLA YANSANE, *Le contrôle de l'activité bancaire dans la zone franc*, LGDJ/NEA, 1984 et NDJOKOU MONDJELI, *Economie et droit bancaires*, BEAC 1983, cités par Y. KALIEU, « Le contrôle bancaire dans la zone de l'UMAC », *Penant* 841, 2002, p. 446. Pour le cas du Cameroun, voir l'ordonnance n°85/002 du 31 août 1985 relative à l'exercice de l'activité des établissements de crédit en ses articles 29 pour l'Autorité monétaire, 31 et 32 pour le Conseil National du Crédit, 34 à 42 pour la Commission de contrôle.

¹⁴¹³ V. Y. KALIEU, *op. cit.*, p.446-447.

¹⁴¹⁴ A côté de cette ordonnance on peut citer parmi les textes camerounais, l'ordonnance n°90/006 du 26 octobre 1990 modifiant et complétant les dispositions de l'ordonnance n°85/002 du 31 août 1985, le décret n°96/198 du 24 juin 1996 portant organisation et fonctionnement du Conseil National du Crédit. De nombreux arrêtés ont également été pris dans le domaine bancaire. Il en est ainsi de l'arrêté n°244/MINEFI/DCE du 5 août 1989 portant conditions de banque modifié et complété par l'arrêté n°00001/MINFI/CSB/REP du 4 janvier 1995, de l'arrêté n°000005/MINFI du 13 janvier 2011 portant institution du service bancaire minimum garanti, etc.

géographique, certains de ces textes étaient hérités de la colonisation et ne correspondaient plus aux réalités du monde moderne¹⁴¹⁵. Par ailleurs, les objectifs de développement intégré des économies des Etats d'une même sous région partageant une communauté de monnaie rendaient nécessaire l'adoption des textes communautaires applicables à l'activité bancaire¹⁴¹⁶.

Ainsi, ont été adoptés entre autres textes, la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique centrale et son annexe, le règlement du 15 février 1998 relatif au plan comptable des établissements de crédit, les règlements relatifs aux normes de gestion des établissements de crédit (fonds propres, liquidité, couverture des risques, division des risques, couverture des immobilisations etc.), le règlement relatif au contrôle interne dans les établissements de crédit, le règlement du 04 avril 2003 portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme en Afrique centrale, le règlement du 04 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, etc.

Le contexte est donc celui d'une communautarisation du droit bancaire dans la CEMAC. Vu les défaillances observées dans le système de régulation jadis applicable avant la crise, les Etats membres de la CEMAC ont opportunément et expressément confié l'application de toutes ces normes à un organe communautaire indépendant : la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC). Il eût d'ailleurs été incohérent et inefficace de procéder autrement.

Il apparaît dès lors que c'est dans un contexte particulièrement mouvant que s'opère le choix légitime d'un système communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans la CEMAC dont l'implémentation mérite d'être présentée.

B- L'implémentation de la régulation communautaire

Dans la CEMAC, l'implémentation de la régulation de l'activité bancaire est confiée à une autorité communautaire qu'il convient d'identifier (1) avant de présenter l'opérationnalisation de son rôle (2).

1- Identification de l'autorité de régulation

La dénomination d'autorité de régulation n'apparaît pas toujours de manière expresse dans les textes¹⁴¹⁷. Toutefois, il se dégage de la doctrine quelques indices

¹⁴¹⁵ V. notamment le décret du 30/10/1935 unifiant le droit en matière de chèques.

¹⁴¹⁶ V. le préambule du Traité de la CEMAC.

¹⁴¹⁷ Les formes de désignation des autorités de régulation peuvent d'ailleurs varier d'un pays à un autre ou d'une époque à une autre sans que cela n'influence le débat. En France par exemple l'ancêtre de l'autorité de régulation est l'autorité administrative indépendante, appellation qui n'a pas complètement disparu. Aux USA, on les désigne sous le vocable de regulatory agencies (V. J. FERREJOHN, « The authority of regulation and the control of regulators », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz, 2004, p. 35). En Angleterre on les dénomme Independent regulators. Au Cameroun, l'expression utilisée pour les désigner est celle d'agence ou d'autorité de régulation. A titre d'exemple, on peut citer, l'Agence de Régulation des Télécommunication (ART), l'Agence de Régulation du Secteur de l'Electricité (ARSEL), l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP), etc.. V. A. F. LELE, *Les agences de régulation au Cameroun*, Mémoire de Master en administration publique des fonctionnaires internationaux, ENA, 2004-2005, p. 10. Egalement, G. PEKASSA NDAM, *op. cit.*, p. 155.

d'identification des autorités en charge de la régulation d'un secteur d'activité donné. Ceux-ci reposent sur le repérage d'un organisme indépendant en charge de l'équilibre d'un secteur particulier¹⁴¹⁸. Il en découle que les missions ou le champ d'intervention du régulateur, son indépendance ainsi que ses pouvoirs constituent les principaux indices d'identification¹⁴¹⁹. Considérant ces critères, il ressort de la réglementation bancaire de la CEMAC que l'autorité de régulation du secteur bancaire est la COBAC.

S'agissant du champ d'intervention, l'autorité de régulation a globalement la charge d'instaurer ou de maintenir les grands équilibres de secteurs qui ne peuvent par leur seule force les créer ou les maintenir¹⁴²⁰. Ce faisant, elles doivent « encadrer le développement d'un secteur dont elles ont la charge en fixant les règles du jeu et en arbitrant entre les intérêts en présence »¹⁴²¹. De manière plus spécifique, la régulation bancaire a pour objet d'assurer la solidité du système bancaire. Dans le système bancaire de la CEMAC, la COBAC est l'autorité qui correspond à cette description du rôle du régulateur. En effet, l'article 1 alinéa 2 de l'Annexe à la Convention du 16 octobre 1990 portant création de la COBAC prévoit notamment que la COBAC veille à la qualité de la situation financière des établissements de crédit ainsi qu'à l'intégrité du système bancaire et financier. L'article 9 du même texte ajoute que la COBAC fixe les règles destinées à assurer et à contrôler la liquidité et la solvabilité des établissements de crédit à l'égard des tiers, et plus généralement l'équilibre de leur structure financière.

En ce qui concerne l'indépendance du régulateur, c'est l'un des critères les plus centraux de la caractérisation d'un régulateur. Elle reflète une conception nouvelle de l'Etat¹⁴²² postulant un « nouveau style d'action publique »¹⁴²³. Dans les sociétés contemporaines en effet, on observe le recul d'une conception qui érigeait l'Etat en agent de modernité chargé de la gestion des secteurs clés de l'économie. L'Etat devient un arbitre du jeu social renonçant à imposer ses vues, négociant en permanence avec les partenaires sociaux pour construire les compromis nécessaires. Cela s'accompagne de la prolifération en marge des structures administratives classiques, d'organismes dotés d'une capacité d'action autonome. L'indépendance des autorités de régulation apparaît alors comme un critère nécessaire à l'efficacité de leur rôle consistant à organiser les conditions d'un juste équilibre entre les intérêts

¹⁴¹⁸ V. M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *Le Dalloz*, 2001, n°7, p. 615.

¹⁴¹⁹ V. Hala DAOUD-RUMEAU MAILLOT, *op. cit.*, p. 21-22 ; J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 840 ; A. F. LELE, *op. cit.*, p.10.

¹⁴²⁰ V. M-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et la régulation économique », *Annonces de la Seine* n° 36, 22 mai 2000, p. 2 cité par Hala DAOUD-RUMEAU MAILLOT, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴²¹ J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 840.

¹⁴²² J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 829.

¹⁴²³ V. J. COMAILLE et B. JOBERT (sous la dir.), *Les métamorphoses de régulation politique*, Paris, LGDJ, 1998, cité par J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 829.

sociaux de toute nature. Cette indépendance est à la fois juridique et financière¹⁴²⁴ car leurs règles de fonctionnement les excluent du principe de subordination et leur accordent une autonomie de gestion financière à l'égard de l'Etat¹⁴²⁵. Dans cet ordre d'idées, la COBAC est véritablement indépendante des Etats de la CEMAC puisqu'elle est un organe communautaire institué par l'UMAC¹⁴²⁶ et dont les compétences et les pouvoirs se situent au-dessus des considérations ou des contraintes purement étatiques.

S'agissant des pouvoirs, les autorités de régulation sont dotées d'un pouvoir de décision, de contrôle de la norme qu'ils édictent et d'un pouvoir de sanction¹⁴²⁷, toutes prérogatives dont l'absence vouerait leur tâche à l'échec. C'est ainsi que lorsque l'article 1 de l'annexe à la Convention du 16 octobre 1990 précité dispose que « Il est institué une Commission Bancaire de l'Afrique Centrale ci-après dénommée "la Commission Bancaire" et en abrégé "COBAC", chargée de veiller au respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires édictées par les Autorités nationales, par le Comité ministériel de l'UMAC, par la Banque des Etats de l'Afrique Centrale (BEAC) ou par elle-même et qui leur sont applicables, et de sanctionner les manquements constatés », c'est incontestablement la plénitude des pouvoirs dévolus à un régulateur qui lui sont ainsi confiés. Ces pouvoirs sont d'ailleurs renforcés par l'article 7¹⁴²⁸ du même texte et précisés par les articles 1 alinéa 2¹⁴²⁹, 14¹⁴³⁰ et 15¹⁴³¹.

Il apparaît clairement et indéniablement au bout de cette analyse que les autorités législatives et réglementaires de la CEMAC ont confié la régulation de l'activité bancaire à la COBAC, organe communautaire dont l'opérationnalisation concrète du rôle mérite attention.

2- L'opérationnalisation du rôle de la COBAC en tant qu'autorité de régulation

¹⁴²⁴ V. R. CARANTA, « Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, op. cit., p. 72 et suiv ; O. STORCH, « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, op. cit., p. 65 et suiv.

¹⁴²⁵ V. A. F. LELE, op. cit., p. 10.

¹⁴²⁶ V. les art 9 et 31 de la convention régissant l'UMAC.

¹⁴²⁷ V. A. F. LELE, op. cit., p. 10.

¹⁴²⁸ Cet article énonce que : « Dans le cadre de la mission, qui lui est impartie, la Commission Bancaire a autorité sur le territoire des Etats membres de la BEAC pour l'exercice des attributions énumérées ci-après. Ses décisions sont exécutoires de plein droit dès leur notification aux Autorités Monétaires Nationales et aux établissements concernés ».

¹⁴²⁹ Aux termes de cet article « En particulier, la Commission Bancaire contrôle les conditions d'exploitation des Etablissements de crédit, veille à la qualité de leur situation financière ainsi qu'à l'intégrité du système bancaire et financier et assure le respect des règles déontologiques de la profession ».

¹⁴³⁰ « en cas de manquement d'un établissement de crédit aux règles de bonne conduite de la profession, la Commission Bancaire peut, après avoir mis en demeure ses dirigeants de s'expliquer, leur adresser une mise en garde ».

¹⁴³¹ Cet article détermine la grille des sanctions pouvant être prononcées par la COBAC à l'encontre d'un établissement de crédit ayant enfreint la réglementation.

La présentation de l'opérationnalisation concrète du rôle de la COBAC peut être réalisée autour des principales missions qui lui sont assignées par la Convention du 16 octobre 1990.

Ainsi, en tant que régulateur en charge de l'édition des normes adaptées à la spécificité bancaire de la CEMAC et en accord avec les standards normatifs internationaux, la COBAC a depuis sa création adopté de nombreux règlements dont l'application par les établissements de crédit contribue à la stabilité du système bancaire¹⁴³². Il en est notamment ainsi dans le domaine des normes prudentielles de gestion¹⁴³³. Son intervention y est sans cesse renouvelée pour tenir compte de l'évolution de la matière et des réalités du moment. A titre d'illustration, et pour ne citer que quelques unes des interventions les plus récentes, au cours de l'année 2010, la COBAC a procédé à une importante réforme de 3 normes réglementaires : la norme de couverture des risques, la norme de division des risques et la norme relative à la comptabilisation et au traitement prudentiel des opérations sur titres effectuées par les établissements de crédit¹⁴³⁴. Elle a également, en 2009, adopté le Règlement COBAC R-2009/03 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Fonds de Garantie des Dépôts de l'Afrique Centrale dont le règlement intérieur a été fixé par Décision n°01/11-FGD-CD du 21 février 2011. Il convient de souligner que l'adoption par la COBAC des textes applicables fait très souvent suite à la consultation de toutes les parties prenantes pour recueillir leurs observations : Association Professionnelle des Etablissements de crédit de la CEMAC, Autorités monétaires et judiciaires, Secrétaire Permanent de l'OHADA¹⁴³⁵ ; ce qui correspond à l'idée que la doctrine se fait d'un régulateur efficace et légitime¹⁴³⁶.

Relativement au contrôle, l'action concrète de la COBAC en vue du maintien de la stabilité du système bancaire de la COBAC est indéniable. Cette action peut prendre la forme d'un contrôle sur pièces ou d'un contrôle sur place. Dans le premier cas, il s'agit de contrôler l'activité et la gestion des établissements de crédit à travers

¹⁴³² V. Le rapport de la 12^e Assemblée annuelle du Comité des Superviseurs de Banque de l'Afrique de l'Ouest et du Centre tenue du 25 au 27 octobre 2006 sur le thème « Situation du système bancaire et évolution du dispositif de supervision dans la CEMAC, p. 6.

¹⁴³³ V. notamment, le Règlement COBAC R-93/02 relatif aux fonds propres nets des établissements de crédit modifié par le Règlement COBAC R-2001/01. Egalement, le Règlement COBAC R-2001/02 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit abrogeant le Règlement COBAC R-93/03 et modifié par le Règlement COBAC R-2003/06. V. aussi le Règlement COBAC R-2001/03 relatif à la division des risques des établissements de crédit, abrogeant le Règlement COBAC R-93/04 et modifié par le Règlement COBAC R-2003/07.

¹⁴³⁴ Les textes issus de la révision de ces normes portent les références ci-après :

- Règlement COBAC R-2010/01 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit ;
- Règlement COBAC R-2010/02 relatif à la division des risques des établissements de crédit ;
- Règlement COBAC R-2010/03 modifiant le Règlement COBAC R-2003/03 relatif à la comptabilisation et au traitement prudentiel des opérations sur titres effectués par les établissements de crédit.

¹⁴³⁵ V. Le Rapport annuel COBAC 2010, p. 61.

¹⁴³⁶ V. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 837.

des documents, informations et renseignements dont la COBAC aura préalablement demandé et reçu communication¹⁴³⁷. Dans le second cas, le contrôle se fait dans les locaux de l'établissement bancaire c'est-à-dire au siège social, dans les agences ou succursales et peut être étendu aux filiales¹⁴³⁸. Ainsi, en tant qu'organe de régulation de l'activité bancaire dans la CEMAC, la COBAC dispose d'un pouvoir étendu de contrôle qui englobe le contrôle de l'accès à la profession et le contrôle de l'exercice de l'activité bancaire. Il s'agit là d'un pouvoir de surveillance des établissements de crédit complété par des outils juridiques destinés à inciter les établissements de crédit à se conformer à la réglementation bancaire : la mise en garde et l'injonction auxquelles s'ajoute la mise sous astreinte. La COBAC n'hésite pas à s'en servir lorsque cela est nécessaire. Ainsi, en 2010, 18 injonctions ont été adressées aux établissements de crédit aux fins de les amener à respecter la réglementation¹⁴³⁹. En 2011 elle en a donné 16¹⁴⁴⁰.

En ce qui concerne la sanction, expression ultime du pouvoir disciplinaire de la COBAC, l'année 2011 a par exemple été marquée par la démission d'office d'un dirigeant d'une banque¹⁴⁴¹ prononcée sur le fondement de l'article 15 de l'annexe à la convention de 1990. La COBAC a également exercé son pouvoir disciplinaire à l'occasion du retrait d'agrément de la BMBC¹⁴⁴² et de l'IBAC¹⁴⁴³. L'exercice de son pouvoir disciplinaire par la COBAC la met définitivement au cœur de la régulation de l'activité bancaire puisqu'elle a ainsi la possibilité d'assainir le système bancaire par une action corrective destinée à en éviter le déséquilibre. Le système bancaire de la CEMAC s'en trouve stabilisé, légitimant l'option pour un système communautaire de régulation institutionnelle. Pourtant, des ambiguïtés subsistent et nécessitent d'être corrigées afin que soit amélioré le fonctionnement du système bancaire.

II- Les ambiguïtés du choix d'un système communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans la CEMAC

La légitimité du choix d'un modèle communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire ne fait pourtant pas de ce modèle tel qu'il est organisé, un exemple de perfection. Des ambiguïtés existent et sont susceptibles de plomber l'efficacité du rôle de la COBAC (A), de même qu'elles laissent interrogateur sur l'étendue de la responsabilité de la COBAC (B).

A- La question de l'efficacité de la COBAC

¹⁴³⁷ V. Y. KALIEU, *op. cit.*, p. 454.

¹⁴³⁸ V. Y. KALIEU, *op. cit.*, p. 453.

¹⁴³⁹ V. Rapport annuel COBAC 2010, p. 60.

¹⁴⁴⁰ V. Rapport annuel COBAC 2011, p. 61.

¹⁴⁴¹ V. Rapport annuel COBAC 2011, p. 63.

¹⁴⁴² V. Arrêté n°0491/96/MINEFI/BAB du 09 août 1996 portant retrait d'agrément de la BMBC (Banque Méridien BIAO Cameroun) en qualité d'établissement de crédit. Cité par Y. KALIEU, *op. cit.*, p. 460.

¹⁴⁴³ International Bank of Africa Cameroon dont le retrait d'agrément est intervenu le 03 juillet 1994. V. Y. KALIEU, *op. cit.*, p. 460.

Une lecture plus approfondie de certaines dispositions de la Convention du 16 octobre 1990 et de son annexe montre que l'indépendance de la COBAC est relative. Ce qui est de nature à compromettre l'efficacité de la COBAC dans sa mission de régulateur de l'activité bancaire (1). Cette efficacité est également susceptible d'être remise en cause par l'insuffisance des moyens en personnel de la COBAC (2).

1- La relativité de l'indépendance de la COBAC

L'un des critères d'identification d'une autorité de régulation, et partant de l'efficacité de son action est son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. De ce point de vue, l'indépendance de la COBAC ne fait l'objet d'aucun doute comme cela a été relevé. Toutefois, cette indépendance demeure sujette à caution. En effet, l'article 5 de l'Annexe à la Convention du 16 octobre 1990 portant création de la COBAC énonce : « La BEAC assure, sur son budget et avec le concours de son personnel, le fonctionnement de la Commission ». De toute évidence, c'est la dépendance de la COBAC à l'égard de la BEAC qui est ainsi textuellement consacrée. Pourtant l'indépendance financière du régulateur a entre autres avantages de faire de lui un arbitre direct des moyens qu'il alloue à ses activités, ce qui, peut-on le supposer, est un facteur d'optimisation de la dépense, d'amélioration de la qualité et de réduction des procédures bureaucratiques¹⁴⁴⁴. Elle lui permet également d'échapper à l'autorité ou aux orientations techniques d'un tiers. La position de la COBAC est donc pour le moins ambiguë, ce qui peut rejaillir sur l'efficacité de ses interventions en tant que régulateur. Pour éviter cette dépendance vis-à-vis de la BEAC, le financement de la COBAC aurait pu être construit sur la base d'un financement quasi exclusif sur ressources propres essentiellement générées par des prélèvements sur les acteurs du système bancaire, à savoir les établissements de crédit et les établissements de microfinance. Il conviendrait pour cela, que les niveaux de taux et d'assiette soient directement subordonnés à la décision des autorités législatives de la CEMAC, ceci afin d'éviter le risque de capture du régulateur par les régulés.

Au-delà de la dépendance financière, la COBAC se greffe une dépendance structurelle relative notamment à sa composition. En effet, cette institution comporte en son sein un représentant de la Commission bancaire française¹⁴⁴⁵. Cette présence d'un représentant du régulateur de l'activité bancaire en France au sein de l'autorité de régulation dans la zone CEMAC laisse songeur puisqu'elle amène à s'interroger sur son opportunité. A qui profite-t-elle ? Au régulateur français, à l'Etat français ou au régulateur communautaire de la CEMAC ? Elle semble visiblement destinée à assurer les intérêts français dans le secteur bancaire de la CEMAC et semble se justifier par la garantie de convertibilité que l'Etat français accorde au Franc CFA, monnaie ayant cours dans la CEMAC. Dans ces conditions, la COBAC est-elle

¹⁴⁴⁴ V. O. STORCH, « Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, op. cit., p. 68.

¹⁴⁴⁵ Article 3 de l'Annexe à la Convention du 16 octobre 1990.

encore complètement indépendante de toute influence extérieure dont les intérêts pourraient ne pas concorder avec ceux des Etats membres ? Nous ne le pensons pas.

La relative indépendance de la COBAC est donc susceptible de compromettre l'efficacité de son action. Il en est de même de l'insuffisance de ses moyens en personnel vu le volume de son portefeuille de contrôle.

2- L'insuffisance des ressources humaines

L'efficacité de l'intervention de la COBAC dépend également du personnel dont elle dispose au regard de la mission qui est la sienne. En effet, vu le volume du portefeuille de surveillance dont elle a la charge, on peut douter qu'elle dispose d'un personnel quantitativement et qualitativement suffisant.

D'abord, sur le plan quantitatif, si la BEAC assure sur son personnel le fonctionnement de la COBAC, cela revient à dire que le personnel de cette dernière est emprunté à la première, qui elle-même a des missions à remplir¹⁴⁴⁶. Pourtant, le champ de compétence de la COBAC est particulièrement large. Elle est non seulement l'autorité de régulation du secteur bancaire mais également du secteur de la microfinance. Au 31 décembre 2011, le système bancaire de la CEMAC comptait 45 banques en activité. Le nombre d'établissements de microfinance ayant reçu avis conforme s'élevait à 778 à la même date. Le volume de travail de l'autorité de régulation est par conséquent particulièrement élevé. Ainsi l'exécution du programme de contrôle sur place de l'année 2011 n'a pu être réalisée qu'à hauteur de 21,5% faute d'effectifs¹⁴⁴⁷.

La surveillance du secteur de la microfinance est tout aussi insuffisante. La COBAC avait décidé d'étendre ses contrôles sur place à tous les établissements de microfinance agréés au Cameroun, notamment en matière de suivi de la mise en œuvre des recommandations des missions d'évaluation effectuées au cours de l'année 2010. Faute d'effectifs, ces missions n'ont pas pu être réalisées¹⁴⁴⁸.

Ensuite, qualitativement, l'intérêt de la COBAC pour la relation banque-client est relativement récent dans l'exercice du contrôle, notamment s'agissant de l'affichage des conditions de banque. Traditionnellement, l'essentiel de ses contrôles étaient prudeniels, laissant ainsi de côté un pan important de sa mission à savoir, veiller au respect par les établissements de crédit de la réglementation bancaire dans son ensemble. Cette tendance qui pouvait poser le problème de la compétence des agents de la COBAC semble s'inverser aujourd'hui. Néanmoins, l'étendue de la responsabilité de la COBAC dans sa mission de régulation reste encore problématique.

B- La problématique de la responsabilité de la COBAC

Le régime de responsabilité du régulateur de l'activité bancaire dans la CEMAC se présente en clair-obscur (1). Les aspects ambigus doivent être clarifiés afin que la

¹⁴⁴⁶ V. article 1^{er} des Statuts de la BEAC

¹⁴⁴⁷ V. Rapport annuel de la COBAC, 2011, p. 65.

¹⁴⁴⁸ V. Rapport annuel de la COBAC, 2011, p. 67.

confiance des acteurs du système bancaire, et partant, son équilibre, soient préservés (2).

1- Le clair-obscur de la responsabilité de la COBAC

Il convient d'abord de souligner que la COBAC est un régulateur contrôlé¹⁴⁴⁹. Elle est donc soumise au droit communautaire et la régularité de ses actes peut être contestée devant la Cour de Justice de la CEMAC agissant comme juridiction d'appel et en dernier ressort. L'article 4 alinéa 3 de la convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC énonce que la Cour « est juge en appel et en dernier ressort des litiges qui opposent la COBAC aux établissements de crédit assujettis ». L'article 2 (a) de l'Annexe à la convention de 1990 est dans le même sens lorsqu'il dispose : « les sanctions prises en vertu de l'article 15 (...) sont susceptibles de recours devant la Cour de Justice de la CEMAC, seule habilitée à en connaître en dernier ressort ». Ainsi, sur le plan disciplinaire, la COBAC, organe de régulation, est soumise au contrôle juridictionnel de ses actes par une juridiction communautaire d'appel.

Toutefois, la COBAC est elle-même également considérée en jurisprudence comme une juridiction lorsqu'elle se prononce en matière disciplinaire¹⁴⁵⁰. Par conséquent, sa responsabilité ne saurait être engagée en tant que défenderesse devant une autre juridiction pour les faits qu'elle a commis. Mais il convient de relever avec un auteur que « le statut de la COBAC reste particulier car si elle est bien une juridiction de premier ressort dont les décisions sont susceptibles d'appel, elle n'est une juridiction de droit commun car elle ne statue que sur les matières où sa compétence est reconnue par le droit communautaire, ni une juridiction interne. Tout au plus pourrait-on dire (...) qu'elle est une juridiction de premier degré de l'ordre communautaire »¹⁴⁵¹.

S'il est vrai que la portée de la responsabilité de la COBAC lorsqu'elle agit dans le cadre de ses compétences disciplinaires fait l'objet d'une certaine clarté, il demeure que son régime de responsabilité pour ses actes préjudiciables autres que disciplinaires ou encore pour les actes dépassant ses pouvoirs reste bien flou.

En effet, dans l'affaire Tasha Lawrence du 03 juillet 2003, la Cour a affirmé que : « la COBAC qui n'a pas compétence pour nommer ou agréer le Président du Conseil d'Administration d'un établissement de crédit ne peut davantage le démettre valablement »¹⁴⁵². Elle ajoute que « le fait pour la COBAC de statuer dans un domaine ne relevant pas de ses attributions constitue ainsi une faute suffisamment

¹⁴⁴⁹ V. B. NJOYA NKAMGA, « La COBAC dans le système bancaire de la CEMAC », *Annales de la FSJP*, Université de Dschang, T. 13, 2009, p. 94.

¹⁴⁵⁰ V. B. NJOYA NKAMGA, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁵¹ V. Y. KALIEU ELONGO, Notes sous Cour de Justice de la CEMAC, arrêts n°003 du 16 mai 2002 et n°003 du 03 juillet 2003, COBAC/Tasha L. Lawrence, *Revue Trimestrielle de droit africain*, Penant, n°854, janvier-mars 2006, p.127, cité par B. NJOYA NKAMGA, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁵² Cour de justice de la CEMAC, Arrêt n°003/CJ/CEMAC/CJ/03 du 03 juillet, Affaire Tasha Loweh Lawrence c/ Décision COBAC D-2000/22 et Amity Bank Cameroon PLC, Sanda Oumarou, Anomah Ngu Victor, *Juridis Périodique* n°69, janvier-Février-Mars 2007

caractérisée »¹⁴⁵³. Mais la question peut bien se poser de savoir quelle pourrait être la conséquence de la faute de la COBAC ainsi caractérisée sur le plan civil en cas de préjudice. Il est vrai que le chef de demande de M. Tasha étant limité à l'annulation de la décision de la COBAC D-2000/22 l'ayant démis d'office de ses fonctions de Directeur Général et de Président du Conseil d'Administration de Amity Bank, la Cour n'a pas pu se prononcer sur l'hypothèse d'une réparation par la COBAC du préjudice subi par M. Tasha. Mais la question mérite d'être posée étant donné que le droit communautaire de la CEMAC ne comporte pas un corps de règles harmonieux et explicite relatif à la responsabilité de la COBAC. Ce n'est donc que de manière indirecte, dans l'arrêt n°001/CJ/CEMAC/05 du 07 /04/2005 que l'idée d'une telle réparation a pu être admise car pour débouter le sieur Tasha de sa demande en réparation, la Cour a estimé que la faute commise par la COBAC n'était pas à l'origine du préjudice allégué.

Cette question mérite également d'être posée lorsque la COBAC n'a pas utilisé ses pouvoirs lorsqu'il en fallait faire usage. Cette hypothèse éminemment intéressante du point de vue de la fonction d'un régulateur, à savoir l'action de mettre au point, de maintenir en équilibre et d'assurer le fonctionnement correct d'un processus, a été éprouvée en France dans l'Affaire Maljournal. Dans cette affaire, il avait été reproché à la Commission Bancaire française qui avait eu connaissance à la suite d'une très brève enquête sur place, d'irrégularités graves dépassant la norme des infractions banales à la réglementation, de s'être contentée d'adresser aux dirigeants une simple mise en garde et, de n'avoir pas fait procéder à une nouvelle enquête approfondie avant la mise en faillite survenue treize mois plus tard¹⁴⁵⁴. Dans le contexte qui est le nôtre, on assiste à la faillite de bon nombre d'établissements de microfinance, la question peut bien se poser de savoir si en plus de la mauvaise gestion, ces multiples faillites ne cachent pas en réalité une défaillance du régulateur susceptible de susciter la mise en jeu de sa responsabilité civile pour faute d'omission ou de négligence.

L'admission de la responsabilité civile de la COBAC en application du droit commun ne pourrait prospérer qu'en cas de reconnaissance à la COBAC de la personnalité morale. Ce qui est loin d'être clair au regard des textes. D'où la nécessité de clarification.

2- La nécessité de clarifier la situation juridique de la COBAC

Le succès de la mise en jeu de la responsabilité civile de la COBAC nécessite que soit précisé son statut juridique. Est-elle une personne au sens du droit ? En d'autres termes, dispose-t-elle de la personnalité juridique ?

Ni la convention du 05 juillet 1996 régissant l'UMAC, ni la convention du 16 octobre 1990 et son annexe portant création de la COBAC qui instituent et organisent cette entité de régulation de l'activité bancaire ne lui reconnaissent expressément la

¹⁴⁵³ V. B. NJOYA NKAMGA, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁵⁴ *Idem.* P.99

personnalité juridique. Cette personnalité juridique n'est reconnue qu'à la CEMAC par l'article 35 de l'additif au Traité de la CEMAC relatif au système institutionnel et juridique de la CEMAC ; et à la BEAC par l'article 5 des Statuts de la BEAC. L'absence de reconnaissance de la personnalité juridique à la COBAC est de nature à influencer voire à compliquer le régime de sa responsabilité civile. En effet, dans ces conditions, la possibilité pour un justiciable d'obtenir réparation à la suite d'une action en responsabilité civile est hypothétique puisque, ne disposant pas de personnalité juridique, elle n'a pas de patrimoine propre qui pourrait alors constituer le gage général d'éventuelles victimes de dommages.

Cette situation doit être clarifiée afin que puisse être précisée la portée de la responsabilité civile de la COBAC agissant comme régulateur. Les Etats membres de la CEMAC pourraient par un règlement lui reconnaître la personnalité juridique, ce qui aurait l'avantage de renforcer son indépendance et de responsabiliser ses dirigeants. Ils s'inspireraient alors du modèle européen où les agences européennes de régulation disposent d'une personnalité juridique¹⁴⁵⁵. Cela faciliterait l'imputabilité vu les pouvoirs importants de décision dont elle dispose¹⁴⁵⁶.

CONCLUSION

L'analyse de la réglementation bancaire actuelle de la CEMAC est indissociable du contexte qui lui a donné naissance et de celui qui a influencé son évolution. Il est donc normal que les organes législatifs et réglementaires de la CEMAC aient opté pour un système communautaire de régulation institutionnelle de l'activité bancaire dans cet espace sous régional. Ce système a contribué à assainir et à stabiliser le secteur bancaire de la CEMAC. Toutefois de nombreuses ambiguïtés constituent des pesanteurs de sa pleine efficacité. Il suffit d'évoquer la dépendance de la COBAC vis-à-vis de la BEAC pour s'en convaincre. Cela amène d'ailleurs à se demander qui est finalement le véritable régulateur. N'y aurait-il pas un régulateur de droit et un régulateur en fait ?

¹⁴⁵⁵ V. A. BOUVERESSE, « Droit communautaire et responsabilité extracontractuelle des autorités de régulation », in *La responsabilité des autorités de régulation*, Revue de droit bancaire et financier, n°2, Mars 2009, étude 17

¹⁴⁵⁶ Il convient de souligner ici que la jurisprudence n'est pas particulièrement foisonnante sur le régime de responsabilité appliqué à un régulateur communautaire européen. Toutefois, procédant par analogie au mode de mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de la Commission européenne agissant en tant que régulateur, un auteur a pu affirmer que les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile non contractuelle de la Communauté sont celles du droit commun de la responsabilité : un comportement fautif, un dommage et l'existence d'un lien de causalité. Toutefois, si l'agence de régulation commet une illégalité, il faudrait au préalable déterminer si elle dispose dans le cadre de sa mission, d'un pouvoir d'appréciation important, à défaut, sa responsabilité pourrait être engagée en raison d'une simple violation. En revanche, si l'agence dispose d'une marge d'appréciation importante, au vu, notamment de la difficulté d'accomplir sa mission, alors seule une violation manifeste du droit communautaire sera susceptible d'engager la responsabilité de la communauté. V. A. BOUVERESSE, *op. cit.*, n°22.

La simplicité et la rapidité du recouvrement des créances sous OHADA : échec en République Démocratique du Congo

Par LEBON KALERA Marcellin
Assistant à la faculté de droit de l'Université de Goma
Avocat au Barreau de Goma

Introduction.

Le droit congolais de recouvrement des créances n'a pas connu, avant de lui associer les règles communautaires contenues dans l'Acte uniforme organisant les procédures de recouvrement et voies d'exécution du traité OHADA, les procédures de recouvrement desquelles on attend la simplicité et la rapidité. La République Démocratique du Congo n'avait pas connu des procédures spéciales et simplifiées de recouvrement des créances avant l'avènement du droit OHADA¹⁴⁵⁷. A la différence du droit OHADA, le droit congolais n'a pas consacré des mécanismes spécifiques de recouvrement de créance, alors qu'il a mis en place des voies d'exécution¹⁴⁵⁸. La procédure classique constituée principalement par la mise en demeure¹⁴⁵⁹ suivie de l'ajournement fait à l'initiative du greffier au bénéfice du créancier et invitant le débiteur à venir présenter ses moyens de défense... serait devenue tellement classique, lourde et complexe que l'autorité congolaise se serait trouvée dans l'obligation de lui ajouter¹⁴⁶⁰ d'autres procédures simplifiées, rapides et rigoureuses. Comme on a pu le constater, le dispositif de droit commun sur le recouvrement et les voies d'exécution relève beaucoup de faiblesses qui le rendent inadapté aux besoins actuels du commerce et de l'industrie, hormis dans certains secteurs spécifiques, comme celui de mine où le législateur s'est montré beaucoup plus innovant en admettant notamment la possibilité pour le créancier de se substituer au débiteur défaillant et de requérir ainsi la mutation partielle ou totale du droit minier ou de carrière à son propre nom¹⁴⁶¹. Devant de telles difficultés, la préoccupation majeure de l'Etat congolais était de se doter, en date du 12 septembre 2012, d'outils performants et diversifiés en matière de procédures de recouvrement de créances et voies d'exécution. Il s'agit des procédures d'injonction de payer, d'injonction de délivrer ou de restituer prévues respectivement en ces termes par les articles 1 et 19 de l'AUPSRVE : « le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer » ; « celui qui se prétend

¹⁴⁵⁷ MASSAMBA R., *Procédure de recouvrement et voies d'exécution*, article, p.1, inédit.

¹⁴⁵⁸ BAKANDEJA G., ANGELET N., DAL M. et alii, *le droit de l'OHADA: son insertion en République Démocratique du Congo*, Bruylant, p.284.

¹⁴⁵⁹ Aucune forme légale n'est prescrite à peine de nullité pour la régularité de la mise en demeure.

¹⁴⁶⁰ Bien qu'étant classique et nonobstant le caractère abrogatoire du traité OHADA, cette procédure est restée maintenue par le législateur communautaire la qualifiant de droit commun.

¹⁴⁶¹ BAKANDEJA G., *droit minier et des hydrocarbures en Afrique centrale : pour une gestion rationnelle, prévoyante et formalisée des ressources naturelles*, Larcier, Bruxelles, 2009, p.140, cité par BAKANDEJA G., ANGELET N., DAL M. et alii, *op. cit.*, p.287.

créancier d'une obligation de délivrance ou de restitution d'un bien meuble corporel déterminé, peut demander au Président de la juridiction compétente d'ordonner cette délivrance ou cette restitution ». Relevons que le recours à ces dernières procédures par le créancier est facultatif et lorsque le créancier se résout d'y recourir, le législateur OHADA entend lui garantir non seulement la simplicité mais aussi la célérité dans l'obtention d'un titre exécutoire.

L'intégration économique régionale nécessite la création d'un espace économique moderne impulsé par le crédit, bien que cette dernière ne soit l'objectif ultime du traité OHADA¹⁴⁶². L'espace OHADA entend alors disposer des mécanismes de règlement des créances et de règles juridiques effectives pour assurer de manière prévisible, transparente et peu coûteuse, le recouvrement par toute personne en besoin des créances qui lui sont dues. De cette manière, les entreprises pourront surmonter les difficultés de trésorerie provenant des problèmes de recouvrement des créances, causes fréquentes de leur insolvabilité. Ce qui mettrait fin à l'insécurité juridique et judiciaire née de l'anarchisme et de la disparité des textes applicables. En effet, les procédures de recouvrement des créances existantes, empruntées aux vieilles règles des droits civils français et belge, étaient complexes et dépassées ; les contentieux de recouvrement pouvant se dérouler sur plusieurs années. En RDC, avant l'avènement OHADA¹⁴⁶³, il n'existait pas un vide juridique relatif aux procédures de recouvrement des créances. Ainsi, en vue de voir leurs obligations être payées, les intéressés dont les créances étaient certaines, exigibles et liquides ne pouvaient que recourir à la mise en demeure d'un débiteur en retard ou en défaut de paiement de ses obligations (qui peut être une simple lettre, une sommation courtoise ou judiciaire) suivie, à défaut de choisir la voie arbitrale¹⁴⁶⁴, par la voie d'ajournement.

Les volontés respectives du législateur communautaire et des acteurs qui ont conduit la RDC à adopter et à appliquer les règles du traité OHADA en leur intégralité entendent privilégier les procédures de recouvrement des créanciers contenues dans l'Acte uniforme à celles, un peu éparses, qui étaient en vigueur en RDC. Toutefois, on se rend évidemment compte que, très souvent, les règles édictées dans l'Acte uniforme ne peuvent accéder à une vie juridique autonome ; leur articulation avec la loi nationale des Etats parties est inévitable compte tenu des innombrables renvois qui sont tantôt explicites, tantôt implicites¹⁴⁶⁵. Aussi, dans la plupart des règles contenues dans l'Acte uniforme, le législateur communautaire utilise des formules ou des institutions qui font comprendre qu'il s'appuie sur les codes d'organisation et de compétences judiciaire soit sur un de ses aspects en faisant par exemple allusion à la

¹⁴⁶² SAWADOGO Filiga M., *introduction générale au droit OHADA : aspects institutionnels et matériels*, séminaire de formation des Enseignants de la République Démocratique du Congo au droit OHADA, ERSUMA, Porto Novo, du 03 au 14 juin 2013.

¹⁴⁶³ Les règles découlant du traité, des actes uniformes, des règlements, des décisions et des avis OHADA sont devenus opposables à la République Démocratique du Congo depuis le 12 septembre 2012.

¹⁴⁶⁴ Consacrées par les articles 159 à 194 du code de procédure civile congolais.

¹⁴⁶⁵ Ndiaw DIOUF, *commentaires AUPSRVE, OHADA in traité et actes uniformes commentés et annotés* (dit code vert), Juriscope, 2012, p. 981.

juridiction compétente, soit sur tous leurs contours (le contenu des dispositions de l'article 5 de l'Acte uniforme prévoit la possibilité pour le créancier qui, après rejet de sa requête par le Président de la juridiction compétente¹⁴⁶⁶, de procéder selon les voies de droit commun s'il tient à recouvrer son dû.) Les procédures congolaises de recouvrement de créance, bien que non unifiées et disséminées dans l'arsenal juridique civil congolais, peuvent aussi, jusqu'à ce jour, obtenir application par les juridictions congolaises. Cependant, elles seraient complexes, lourdes, voire inadaptées à la situation économique actuelle de la RDC à tel point qu'il serait rare d'y faire recours par les personnes en besoin de voir leurs créances être recouvrées dans un laps de temps. D'ailleurs, tel a été le souci majeur du législateur OHADA, qui, pour pallier à ces inconvénients, a mis en place l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution à travers lequel il a consacré le droit à l'exécution forcée, reconnu au créancier, par les nombreuses procédures qui lui sont proposées pour assurer le recouvrement de sa créance. A ces procédures, le législateur a voulu imprimer une certaine célérité en rendant plus souples les conditions de saisine de la juridiction et plus rapide le recouvrement¹⁴⁶⁷. On conclut finalement à l'existence ce jour, en droit positif congolais des procédures simplifiées de recouvrement des créances tirées du traité OHADA et la procédure ordinaire d'assignation. Le créancier en besoin a alors la faculté d'opter pour l'une ou l'autre procédure lorsque les conditions légales qu'elles imposent sont remplies.

Est-il ainsi réellement vrai qu'en adhérant aux procédures d'injonction de payer ou de restituer, le requérant congolais opte ipso facto pour la simplicité et la célérité dans l'initiation de son action, et pour la rapidité dans le recouvrement de sa créance ?

Le silence du Législateur communautaire sur certaines questions d'ordre procédural vaut-il vide juridique et/ou judiciaire dès lors que les multiples renvois aux ordres juridiques et judiciaires internes auxquels l'Acte uniforme fait expressément allusion concernent l'organisation et la compétence judiciaire des Etats signataires du Traité OHADA ?

Après avoir examiné les délais de procédures de recouvrement des créances consacrées par le droit commun congolais et ceux issus de l'Acte uniforme portant sur les procédures simplifiées de recouvrement de créance et voies d'exécution (A), des analyses critiques montreront que la simplicité et la rapidité imprimées à ces procédures par le Législateur communautaire OHADA sont loin d'être atteintes en pratique (B); aussi, on enregistre, parmi les imperfections de l'Acte uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, des renvois de certaines questions liées à l'organisation et à la compétence judiciaire aux ordres judiciaires nationaux heurtant aussi la rapidité et la simplicité attendues.

¹⁴⁶⁶ En République Démocratique du Congo, le Président du Tribunal de commerce.

¹⁴⁶⁷ Moussa SAMB, *Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA, cas du Bénin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal*, Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 1 - Juin 2012, *Dossier* : Le Recouvrement des Créances.

Malheureusement, ces renvois ne concernent pas *sticto sensu* l'organisation et la compétence judiciaires et concernent aussi certaines questions de procédure(C).

A. Les délais de procédures de recouvrement des créances en vigueur en droit positif congolais

Le droit congolais de recouvrement des créances est constitué ce jour par la procédure ordinaire (de droit commun) et par certaines procédures particulières.

1. La procédure ordinaire

Le droit congolais impose au créancier, avant le recouvrement de sa créance, de mettre en demeure son débiteur non seulement lui rappelant qu'il commence à connaître un retard dans l'exécution de son obligation mais aussi le sommant à payer endéans un temps bien déterminé si celui-là entend que ce retard soit payé par son auteur. A l'expiration de l'échéance donnée au débiteur dans l'acte de mise en demeure, le créancier dispose alors du droit de poursuivre judiciairement son débiteur par voie d'assignation.

Toutefois, dans certaines matières ne concernant pas exclusivement le recouvrement des créances, le droit congolais impose au requérant la tentative de conciliation avant toute poursuite judiciaire à l'égard de son débiteur.

a) La mise en demeure

Il s'agit d'une sommation notifiée par le créancier au débiteur d'avoir à exécuter son obligation¹⁴⁶⁸. Le débiteur est alors constitué en demeure, soit par une sommation, soit par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure¹⁴⁶⁹.

C'est donc un avertissement final, une dernière chance que le créancier laisse au débiteur avant de lui imposer une solution. Le créancier est-il alors dans l'obligation de faire recours à une mise en demeure chaque fois qu'il veut recouvrer son droit auprès de son débiteur ?

La mise en demeure n'est pas dans tous les cas nécessaire ; elle le devient soit si telle a été la volonté des parties dans leur contrat, soit si le créancier entend de son débiteur la réparation du préjudice par lui causé du fait de son retard dans l'exécution de ses obligations¹⁴⁷⁰.

Ainsi, un débiteur ne peut se voir être condamné au paiement des dommages et intérêts moratoires s'il n'a pas été au préalable mis en demeure par son créancier.

La mise en demeure n'est soumise à aucune règle de forme en droit congolais ; l'essentiel pour le créancier est de s'aménager une preuve.

¹⁴⁶⁸ LUZOLO BAMBI MESSA E.J., *cours de procédure civile*, éd. Issablaise Multimédia, Kin., 1999, p. 12.

¹⁴⁶⁹ Article 38 du code de procédure civile.

¹⁴⁷⁰ Article 44 du code civil congolais livre III.

Le créancier peut alors choisir de poursuivre judiciairement un débiteur qui, en dépit de la sommation à payer lui envoyée¹⁴⁷¹, ne s'exécute pas. Toutefois, le droit congolais veut que dans certaines matières qui ne concernent pas nécessairement le recouvrement des créances, une procédure de conciliation préalable soit observée par les parties avant de soumettre leur différend au juge pour une solution qui s'impose. Il s'agit des matières sociales¹⁴⁷², de divorce¹⁴⁷³, de la dot, si elle est refusée par ceux qui, selon la coutume, doivent la recevoir¹⁴⁷⁴, etc. Et pour saisir le juge de son action en recouvrement de sa créance, le créancier doit faire recours à l'assignation civile ou commerciale selon que l'objet de la demande est civil ou commercial.

b) L'assignation civile ou commerciale

En droit congolais, la demande introductive d'instance peut prendre trois formes différentes : l'assignation, la comparution volontaire et la requête¹⁴⁷⁵. La demande de recouvrement des créances est plus introduite par assignation¹⁴⁷⁶, exclue celle qui tend à recouvrer les créances salariales en matière sociale qui est introduite depuis 2002 par une requête. Nos développements ici vont plus s'orienter sur l'assignation parce qu'elle constitue le mode commun d'introduction des demandes de recouvrement en justice.

Après avoir passé en revue les notions générales essentielles à l'appréhension de l'acte d'assignation, le code de procédure civile congolais exige l'observation de certains délais.

• *Notions générales*

L'assignation est un exploit de l'huissier ou du greffier par lequel ce fonctionnaire porte à la connaissance d'une personne l'action en justice formée contre elle par une autre personne et la somme de se présenter devant le juge après un délai certain déterminé ; il est donc un acte de procédure qui introduit l'instance judiciaire¹⁴⁷⁷. C'est aussi un acte de procédure dressé par le demandeur au défendeur par l'intermédiaire d'un huissier de justice pour l'inviter à comparaître devant une juridiction de l'ordre judiciaire et valant, devant le TGI, conclusions pour le demandeur¹⁴⁷⁸. Il faut noter qu'en matière civile et plus particulièrement en matière de recouvrement des créances, on emploie plus volontiers l'expression « assignation » ou « ajournement », le mot citation étant réservé à l'acte qui saisit les tribunaux répressifs de l'action publique.

¹⁴⁷¹ Soit par une sommation civile à l'initiative de l'huissier de justice, soit par une lettre recommandée à l'initiative du créancier lui-même ou son Avocat.

¹⁴⁷² Le cas de recouvrement des créances salariales par un travailleur nous intéresse.

¹⁴⁷³ Article 559 du code congolais de la famille.

¹⁴⁷⁴ Article 367 du code congolais de la famille.

¹⁴⁷⁵ MUKADI BONYI et KATUALA KABA KASHALA, *procédure civile*, Editions Batena Ntambua, Kin. 1999, p.39

¹⁴⁷⁶ La créance commerciale peut aussi être recouvrée par requête verbale ou écrite devant le Tribunal de commerce.

¹⁴⁷⁷ MUKADI BONYI et KATUALA KABA KASHALA, *op. cit.* 39.

¹⁴⁷⁸ HILARIOM BITSAMANA A. *Dictionnaire du Droit OHADA*, 1^{ère} éd. Ohadata D-05-33....

Du premier au huitième article du code de procédure civile congolais, on trouve successivement la rédaction, le contenu de l'assignation et la manière dont sont assignées certaines personnes morales (la République démocratique du Congo, les administrations et établissements qui jouissent de la personnalité civile, les sociétés et les faillies). Nous ne trouvons pas opportun, car tel n'est pas l'objet de ces pauvres écrits, de faire des développements de ces dernières notions. Le lecteur en besoin peut se référer au code susmentionné.

Rappelons néanmoins que cette étude tend à démontrer que la simplicité et la célérité accordées aux procédures de recouvrement des créances par le législateur OHADA sont mises en néant en RDC. Pour ce faire, la mise en exergue des délais légaux à observer en même temps par le juge et les parties depuis l'introduction de la demande jusqu'au prononcé de la décision par le juge s'avère indispensable.

- *Les délais de procédure*

Certaines formalités de la vie juridique, les actes et formalités de procédure doivent normalement être accomplis dans le cadre de certains délais. L'inobservation de ces délais entraîne des conséquences de gravité variable : prescription, forclusion, déchéance, caducité¹⁴⁷⁹. Le délai en droit se comprend comme un espace de temps à l'écoulement duquel s'attache un effet de droit ; c'est plus généralement un laps de temps fixé par la loi, le juge ou la convention soit pour interdire, soit pour imposer d'agir avant l'expiration de ce temps. Le délai de procédure est donc d'attente ou d'action pour les actes de procédure.

Ainsi, certains délais peuvent être imposés avant l'introduction de la demande en justice, d'autres en cours d'instruction ou d'examen de celle-ci ; d'autres encore après sa prise en délibéré par le juge pour une décision à intervenir.

- Avant la demande introductive d'instance

Nous avons dit précédemment que le créancier qui entend faire valoir la réparation du préjudice subi du fait du retard dans l'exécution de l'obligation de son débiteur doit préalablement mettre en demeure celui-ci en le sommant de payer endéans un laps de temps déterminé. Le créancier qui constate que l'échéance de paiement de sa créance est arrivée à terme ou est déjà dépassée peut rappeler son débiteur ce retard en lui disant de s'acquitter en un certain délai lui imparti ; il sera dans l'obligation de recourir au juge pour le lui contraindre, cette fois-là, en tenant compte de toutes les conséquences de droit qui s'imposeront¹⁴⁸⁰. La pratique fait régulièrement recours au délai de 48 heures que doit donner courtoisement le créancier à son débiteur. Aussi, comme, il n'est pas toujours évident qu'à l'écoulement de ce délai, le débiteur s'exécute volontairement, un autre délai de 48 peut lui être accordé, cette fois-ci, par l'intermédiaire d'un huissier de justice. Déjà, à l'expiration de la première sommation, son auteur a le droit de saisir le juge. Nombreux créanciers recourent à la

¹⁴⁷⁹ Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} éd., 2003, Dalloz, p. 343.

¹⁴⁸⁰ En plus du paiement de l'obligation initiale par le débiteur, il sera aussi contraint d'allouer des dommages et intérêts moratoires au créancier.

seconde dans le souci d'éviter la voie judiciaire avec toutes les conséquences financières et temporelles néfastes qui l'entourent.

- En cours de procédure devant une juridiction

Après échec de la mise en demeure adressée régulièrement au débiteur en vue de paiement de son obligation, le créancier peut faire recours à une instance judiciaire. Ce dernier est alors dans l'obligation d'appeler, par une assignation ou par une requête (lorsque les créances qu'il veut recouvrer sont salariales), le débiteur à venir présenter ses moyens de défense devant le Juge. Cependant, la loi lui impose de donner au débiteur au moins huit jours francs en vue de préparer sa défense¹⁴⁸¹. Toutefois, lorsqu'il justifie d'une certaine célérité, le créancier peut être autorisé par une ordonnance du Président de la juridiction compétente, d'abrèger ce dernier délai. La juridiction compétente, si elle parvenait à être saisie de l'action du créancier et à l'égard de toutes les parties, pourrait, au jour même du premier appel¹⁴⁸² de l'affaire, procéder à son instruction, aux plaidoiries des parties¹⁴⁸³. Cependant, pour un juste motif, l'affaire peut être renvoyée pour le prononcé ultérieur de la décision à intervenir.

Bien que le principe soit la connaissance par le Juge de l'affaire au premier jour où il se déclare saisi à l'égard des parties, l'article 28 de l'arrêté d'organisation judiciaire n°299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets donne la possibilité limitée (car les parties ne peuvent pas aller au-delà de trois remises) aux parties de lui demander que leur affaire soit remise à une date ultérieure. Ainsi, la pratique des cours et tribunaux congolais, à la première audience, revoie l'affaire à un mois au maximum en vue de permettre aux parties de préparer et de se communiquer leurs dossiers. A l'expiration de ce mois, si la cause n'est pas en état d'être plaidée, les parties peuvent encore obtenir exceptionnellement du Juge une seconde remise limitée à quinze jours laquelle ne pourra plus être renouvelée que par une autorisation du Chef de Juridiction. Cette dernière remise ne peut dépasser trois semaines.

Ainsi, la procédure d'une affaire peut être mise en harmonie en un minimum de deux mois avant que le Juge la prenne en délibéré si l'avis du ministère public est donné sur le banc dans les matières non communicables. Malheureusement, même dans ces matières, des demandes de communication de dossiers deviennent de plus en plus fréquentes qu'en plus de ce délai de deux mois endéans lequel le Tribunal doit strictement rendre sa décision, un délai de trente jours est accordé au Ministère public pour son avis écrit dans les matières obligatoirement communicables¹⁴⁸⁴.

- Après la prise en délibéré

¹⁴⁸¹ Article 9 du décret du 7 mars 1960 portant code de procédure civil congolais.

¹⁴⁸² La date de l'audience déterminée dans l'exploit introductif d'instance.

¹⁴⁸³ Article 27 de l'arrêté d'organisation judiciaire n°299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets.

¹⁴⁸⁴ Article 69 de la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

A ce niveau de procédure, un délai de trente jours au plus tard est donné au Juge pour rendre sa décision¹⁴⁸⁵.

2. Les procédures particulières

Le créancier dont la créance est non seulement certaine, liquide et exigible (article 1^{er} AUPSRVE) mais aussi dont la cause est contractuelle ou cambiaire (article 2 AUPSRVE) peut faire recours aux procédures particulières pour la recouvrer. Il s'agit des procédures d'injonction de payer et d'injonction de délivrer ou de restituer.

- La procédure d'injonction de payer

Le créancier en besoin de recouvrement de sa créance, sans mettre son débiteur en demeure, peut adresser une requête, accompagnée des documents justificatifs originaux ou certifiés conformes aux originaux, au Président du Tribunal de commerce¹⁴⁸⁶ pour entendre de lui une ordonnance d'injonction de payer (article 5 AUPSRVE). Après examen de la requête, le Président du Tribunal de commerce peut rendre l'ordonnance portant injonction de payer ou rejeter, s'il l'estime non fondée, la requête du créancier. Cette dernière décision est sans appel. Le créancier pourra alors poursuivre le recouvrement de sa créance en recourant à la procédure de droit commun sus examinée (article 5 al. 2 AUPSRVE). Le débiteur, totalement absent lors de l'introduction et de l'examen de la requête par le créancier, peut alors exercer un contredit (opposition) devant le Tribunal de commerce. La procédure d'introduction et d'examen de l'opposition est presque ordinaire à quelques différences près que nous découvrons dans les lignes qui suivent en mettant surtout en évidence le temps matériel nécessaire lui réservé réellement par le Législateur OHADA ; ceci nous permettra, in fine, de faire une appréciation et une critique objectives de la célérité et de la rapidité que celui-ci tend à imprimer aux procédures simplifiées de recouvrement OHADA par rapport à la procédure congolaise de recouvrement de créance.

• D'abord pour l'obtention d'une ordonnance d'injonction de payer

Il convient de souligner que l'Acte uniforme reste silencieux sur les délais d'examen et du prononcé d'une ordonnance d'injonction de payer ou de rejet de la requête. Le créancier alors désireux de faire valoir sa diligence est dépourvue de toute force vis-à-vis du Président du Tribunal. Celui-ci dispose des pouvoirs si exorbitants que l'examen et le prononcé d'une ordonnance d'injonction de payer dépendent temporellement de son vouloir et ce, au préjudice du créancier requérant.

L'Acte uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, non seulement met le créancier (souvent commerçant pour qui la rapidité des affaires constitue l'idéal) dans une situation permanente d'incertitude relative à l'attente de la décision à intervenir du Président du Tribunal de commerce qui est totalement liée à la volonté de celui-ci et non à celle du législateur mais aussi, et comme si ceci ne suffisait pas, donne la possibilité au débiteur d'exercer un contredit

¹⁴⁸⁵ Article 43, idem.

¹⁴⁸⁶ La juridiction compétente en République Démocratique du Congo.

à l'ordonnance du Président une fois rendue contre son gré. Le président du Tribunal n'a donc aucun délai d'action¹⁴⁸⁷.

- *Ensuite pour exercer et examiner une opposition du débiteur*

Le débiteur contre qui une ordonnance d'injonction de payer est rendue par le Président du Tribunal de commerce peut s'y opposer par acte extrajudiciaire devant cette même juridiction dont le Président vient de rendre l'ordonnance (article 9 AUPSRVE). Il s'ensuit qu'en saisissant le Président et non le Tribunal de l'opposition à l'ordonnance, le requérant n'a pas respecté les dispositions légales et son opposition doit être déclarée irrecevable¹⁴⁸⁸. Le créancier dont la décision d'injonction de payer est profitable dispose d'un délai de trois mois pour initier sa signification faute de quoi la décision sera non avenue (article 7 AUPSRVE). Si endéans ce délai, l'acte extrajudiciaire est signifié au débiteur, celui-ci, dans un délai de quinze jours, peut exercer son opposition. Ainsi, dans un acte unique et à peine de déchéance, l'opposant est tenu de signifier son recours à toutes les parties et au greffe du tribunal de commerce et à servir assignation à comparaître devant ce même tribunal à une date fixe qui ne saurait excéder le délai de trente jours (article 11 AUPSRVE). Ici, le législateur OHADA met un frein à toute intention du débiteur de vouloir abuser de son droit d'opposition. En effet, toute action en opposition dont l'initiateur n'a pas observé le délai de trente jours entre l'opposition et la date de comparution doit être déclarée irrecevable. Telle a été aussi la position du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou lorsqu'il déclara, en date du 28 mars 2001, l'opposition de la société Transit. R. Gauthier qui n'a observé que trente-deux jours entre son opposition et la date de comparution en s'exprimant en ces termes : « ...attendu que l'acte opposition assignation du 14 juillet 2000 a prévu la comparution des parties devant le Tribunal de céans à l'audience du 16 août 2000 ; qu'ainsi, entre la date du 14 juillet 2000 et du 16 août 2000, plus de trente jours se sont écoulés en l'espèce trente-deux jours »¹⁴⁸⁹. Le Tribunal de commerce, s'il est saisi valablement de l'action en opposition du débiteur, sans donner aux parties la possibilité de soulever les différentes questions préalables liées à la forme, procède obligatoirement à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le tribunal prend acte de l'accord des parties et radie la cause du rôle. Le Président de la chambre siégeant dresse alors un procès-verbal revêtu de la formule exécutoire, le tribunal se trouvant ainsi entièrement dessaisi. Il faut d'emblée

¹⁴⁸⁷ Nous estimons que ceci constitue une des lacunes majeures de l'Acte uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement dans la mesure où, devant les cours et tribunaux congolais, il est rare de trouver des juges dont les consciences appellent, sans exigence légale et réglementaire aucunes, une célérité spontanée dans leurs fonctions de dire le droit. Même devant certains délais d'action puisés dans l'arsenal juridique congolais comme le délai de prononcé des jugements ou arrêts, les Juges congolais s'y conforment difficilement ; comment le créancier requérant peut-il avoir de ceux-ci une ordonnance portant injonction de payer en l'absence d'une certaine contrainte légale ?

¹⁴⁸⁸TPI de Menoua de Dschang, jugement n°46/ Civ. Du 12 juil. 2004, Dougmo Etienne c/ Azangue Bernard, in Ohada.com/Ohadata J-05-106.

¹⁴⁸⁹Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt n°18 du 1 mars 2002 confirmant le jugement n°345 du 28 mars 2001, TGI Ouaga, jug.n°276 du 3 avril 2002.

souligner qu'il est extrêmement rare en pratique qu'une conciliation entre parties intervienne à ce niveau¹⁴⁹⁰.

Par ailleurs, on imagine difficilement un débiteur en pleine instance de contredit, n'ayant pas accepté que les effets d'une ordonnance d'injonction de payer rendue contre lui, puisse à l'issue de l'instance de conciliation, accepter ses obligations ; à moins que, étant donné que l'examen de la requête a été fait par le Président du Tribunal de commerce à l'insu et en l'absence du débiteur, celui-ci, trouvant l'occasion de contredire les allégations de son créancier en instance de conciliation parvient à démontrer le contraire suivi d'acquiescement du créancier. Si par contre la tentative de conciliation échoue, le Tribunal statue sur la demande en recouvrement, même en l'absence du débiteur qui a formé opposition et la décision sera réputée contradictoire. On peut se demander si le même jour de la saisie du tribunal, le Juge est dans l'obligation de procéder à la conciliation des parties. Nous pensons que l'Acte Uniforme le dit expressément lorsqu'il s'exprime en ces termes : « *la juridiction saisie de l'opposition procède à une tentative de conciliation...* » (article 12 AUPSRVE). Tel n'est pas toujours le cas en pratique, les possibilités de remise en faveur et à la demande des parties subsistent. En effet, il est vraiment regrettable de voir des juridictions qui pensent que c'est le procès-verbal de non conciliation et non l'acte unique d'assignation-opposition que les saisissent (**jurisprudence**). Nous estimons humblement que dès lors que le Législateur s'exprime clairement de la manière susmentionnée à l'article AUPSRVE, seul l'acte d'opposition (assignation en opposition) doit saisir le Tribunal appelé à statuer sur l'opposition, le procès-verbal de conciliation ou de non conciliation n'étant qu'un acte postérieur sanctionnant la procédure de conciliation. Aussi, subsidiairement à cette dernière violation grave, peut-on chercher à savoir à quel moment de procédure intervient la tentative de conciliation. Ici aussi des dérapages procéduraux graves sont fréquents en pratique malgré l'expression claire de la volonté du législateur à l'article 12 précité. On assiste fréquemment à l'organisation par le Président¹⁴⁹¹ du Tribunal d'une chambre de conseil en vue d'une conciliation et, ceci en violation de la volonté du législateur qui entend que le Tribunal compétent (en RDC, c'est le Tribunal de commerce) et non son Président, après s'être déclaré saisi sur base de l'assignation-opposition, procède à une tentative de conciliation. C'est au début même de l'audience et rien qu'en celle-ci que le Tribunal doit procéder à la conciliation avant d'examiner le fond de l'opposition s'il en arrivait là¹⁴⁹². Tel est le vœu du Législateur OHADA. Cette violation de la loi paraît être justifiée dès lors que le Tribunal, appelé à connaître de plusieurs affaires, ne pourra en même temps et dans chaque affaire relative au contredit et dont l'examen est prévu au cours d'une même audience, faire ceci et

¹⁴⁹⁰BONZI Birika J C, *les principales questions soulevées par l'application de l'AUPSRVE*, séminaire de formation des enseignants de la RDC, ERSUMA, 2013, p.8.

¹⁴⁹¹ Dont la fonction principale est d'examiner la requête en vue d'une ordonnance à soumettre devant le Tribunal en cas de contredit.

¹⁴⁹² BONZI Birika J C, *op. cit.*, p.8.

tenter à la conciliation ; il est sûr que le temps matériel ne le lui permettra pas. Malheureusement cette situation telle que présentée supra est non seulement contraire à la loi et rend inopportun le recours aux procédures simplifiées de recouvrement des créances et voies d'exécution dont l'unique avantage serait la simplicité dans l'initiation d'une requête et la rapidité dans le recouvrement.

Par ailleurs, en cas d'échec de la procédure de conciliation, le Tribunal saisi statue immédiatement sur la demande de recouvrement, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, et la décision à intervenir sera réputée contradictoire (article 12 alinéa 2 AUPSRVE). Le jugement sur opposition, que celle-ci soit fondée ou non, est un jugement contentieux qui se substitue à l'ordonnance (article 14 AUPSRVE). Toutefois, les juridictions ne semblent pas avoir pris la pleine mesure de cette règle ; elles continuent à donner en effet plein et entier effet à l'ordonnance comme si c'est l'ordonnance qui a à la fois force exécutoire et autorité de la chose jugée¹⁴⁹³. Par ailleurs, il est regrettable que les tribunaux congolais continuent à renvoyer des causes pour communication des pièces et moyens entre parties à la place de procéder, aussitôt leur saisine, à la tentative de conciliation comme s'ils demeuraient encore sous le régime commun de recouvrement des créances¹⁴⁹⁴.

- **Les procédures d'injonction de restituer ou de délivrer un bien meuble corporel**

Le créancier d'une obligation de donner peut solliciter du Président du Tribunal de Commerce une décision ordonnant à son débiteur la restitution ou la délivrance de son bien meuble corporel (article 19 de l'AUPSRVE). Les procédures d'injonction de restitution ou de délivrance demeurent les mêmes que celle d'injonction de payer. Toutefois, elles ne sont pas applicables lorsqu'il s'agit de réclamation portant sur une somme d'argent. Ainsi, doit être déclarée irrecevable la demande tendant à obtenir la restitution d'une somme d'argent déposée dans un compte et fondée sur l'article 19¹⁴⁹⁵. Aussi, les délais à observer dans le déroulement de ces procédures sont les mêmes que ceux réservés à la procédure d'injonction de payer. Nous estimons que les mêmes développements relatifs à la procédure d'injonction de payer conviennent mutatis mutandis aux procédures d'injonction de restituer et de délivrer.

Nous pouvons cependant et dans le point qui suit scruter le réalisme de la volonté du législateur OHADA qui entend qu'un créancier de l'obligation de payer, de restituer ou de délivrer qui recourt aux procédures consacrées par l'Acte uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution obtienne plus rapidement et de manière simplifiée un titre exécutoire que lorsqu'il choisit la procédure ordinaire d'assignation encore en vigueur en droit congolais ?

¹⁴⁹³CCJA, arrêt n°26 du 15 juillet 2004, société Djaman et Compagnie c/ Entreprise Nationale de Télécommunication dite ENATELCOM, Juriscope.org, Ohada.com/Ohadata J-05-169.

¹⁴⁹⁴ Cfr procès-verbal de non conciliation du 06 août 2014 établi par le Président du TGI Goma in RC 17 633 opposant Monsieur KATOTO KWELI à Monsieur MIHIGO KALONDWA.

¹⁴⁹⁵Daloo, ch. Civ. et com. n° 112 du 07 avril 2003, le Fond local d'Epargne et de Crédit dit FLEC c/ la Coopérative COPAVA, juriscope.org.

B. La simplicité et la rapidité des procédures d'injonction de payer et d'injonction de restituer ou de délivrer cèdent aux lourdeur et lenteur des procédures ordinaires de recouvrement de créance du droit congolais

Le législateur OHADA, s'il a mis à la disposition des Etats signataires du traité OHADA des procédures particulières d'injonction de payer, de restituer ou de délivrer, c'est parce, en dehors du soucis de mettre fin à l'insécurité juridique qui l'animait, il voulait procurer à ces Etats un droit simple et rapide pour recouvrer leurs créances, en plus de la procédure ordinaire d'assignation qui était à leur portée. Cependant, la volonté du législateur OHADA n'est jamais respectée en droit congolais. En effet, le créancier en quête d'une décision du Président du Tribunal de Commerce ordonnant ou rejetant l'injonction de payer ou de délivrer ou encore de restituer, ne l'obtient pas toujours dans un délai raisonnable (a) ; les juges ont toujours tendance, lorsqu'un contredit est formulé contre une ordonnance d'injonction de payer, de restituer ou de délivrer, à lui transposer les règles ordinaires de recouvrement des créances à tel enseigne qu'un créancier usant des procédés de célérité (assignation à bref délai et sommation à conclure et à plaider) prévue en droit congolais peut obtenir son titre exécutoire plus rapidement que celui dont l'ordonnance est frappée d'une opposition (b).

a) Le Président du Tribunal de Commerce ne rend pas toujours son ordonnance dans un bref délai

Les procédures d'injonction de payer et d'injonction de restituer ou de délivrer, sont introduites, nous l'avons dit, par une requête dont les mentions constituent le contenu des prescrits de l'article 4 de l'Acte Uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. Le fondement de la requête doit être examiné par le Président du Tribunal de Commerce avant de rendre soit une ordonnance d'injonction de payer ou de restituer ou encore de délivrer selon les cas, soit une ordonnance sans recours de rejet. Le Président du Tribunal de Commerce doit alors se mettre dans la peau du législateur OHADA qui veut que cette procédure soit non seulement simple mais aussi rapide en faveur du créancier qui a besoin que son obligation soit payée dans un bref délai possible. Toutefois, cette volonté du législateur OHADA n'a pas été expressément soulignée. En effet, aucun délai n'a été donné au Chef de la juridiction compétente pour rendre soit l'ordonnance d'injonction de payer ou de restituer ou encore de délivrance, soit l'ordonnance de rejet de la requête. Ainsi, en s'exprimant de la manière ci-dessous à l'article 5 AUPSRVE « si, au vu des documents produits, la demande lui paraît fondée en tout ou en partie, le Président de la Juridiction compétente rend une décision portant injonction de payer pour la somme qu'il fixe... », le législateur OHADA est resté silencieux sur le délai endéans lequel le Président de la juridiction compétente doit rendre son ordonnance, lui donnant par conséquent un pouvoir discrétionnaire dont il abuse fréquemment au préjudice du créancier et s'écarte ainsi de la leitmotiv de la mise en œuvre des procédures simplifiées de recouvrement dans l'espace OHADA. Le silence du législateur OHADA sur le délai de prononcé des ordonnances d'injonction de payer et

d'injonction de délivrer ou encore de restituer constitue un tremplin pour les Présidents des tribunaux de commerce vers l'arbitraire en cette matière. Aussi, s'ajoute le manque de volonté de ces autorités de ne pas emboîter les pas des vœux du législateur OHADA dans l'institution dans l'ordonnancement juridique de l'espace OHADA, une procédure simple, rapide et moderne. Aussi encore, ces autorités restent-elles ancrées dans un système où elles estiment qu'elles ne peuvent rien pour rien¹⁴⁹⁶. Ainsi, certains créanciers dont les créances sont certaines, liquides et exigibles et dont les causes sont contractuelles ou résultent de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce, qui introduisent en bonne et due forme leurs requêtes tendant à obtenir ordonnance d'injonction de payer voient l'intervention de cette dernière ordonnance être soumis par son auteur au paiement de certaines sommes d'argent difficilement justifiées. Ce qui fait qu'une requête, pour examen, puisse passer des mois et des mois dans le cabinet du Juge.

Le requérant créancier se trouve alors victime des retards injustifiés de prononcé de l'ordonnance du Juge. Ces retards deviennent amplifiés si son débiteur, ce qui est vraiment fréquent, exerce une opposition contre l'ordonnance le condamnant au paiement d'une certaine somme d'argent, à la restitution ou à la délivrance d'un bien meuble corporel.

b) Le contredit OHADA face au recourt aux procédés de célérité et de rapidité prévus en droit congolais

Le créancier dont l'ordonnance d'injonction de payer ou d'injonction de délivrer ou de restituer est frappée d'une opposition n'obtient pas son jugement, se substituant à cette ordonnance, plus rapidement et simplement que le créancier qui a choisi la voie ordinaire d'assignation de recouvrement de créance en usant les procédés de célérité que le législateur congolais a mis à sa disposition. En effet, l'examen du contredit (opposition) du débiteur par le Tribunal de Commerce(1) peut plus durer que celui du fondement d'une action en recouvrement de créance introduite par voie d'assignation devant le Tribunal de Grande Instance et assortie des garanties des articles 10 et 19 du code congolais de procédure civile (2).

1) Examen de l'opposition du débiteur

Le débiteur qui conteste la décision d'injonction de payer ne peut que l'attaquer par une opposition devant le Tribunal du Commerce. L'opposition est formée par acte extrajudiciaire¹⁴⁹⁷ dans 15(quinze) jours qui suivent la signification de la décision portant injonction de payer. Ainsi, le Débiteur saisit le Tribunal qui, lorsqu'il se déclare saisi conformément à l'organisation, le fonctionnement et la compétence judiciaires nationaux, doit procéder par une tentative de conciliation des parties au terme de laquelle soit le Président dresse un procès-verbal de conciliation signé régulièrement par les parties au cas où cette dernière aboutit, soit la juridiction statue

¹⁴⁹⁶ Nous savons bien que l'Etat congolais s'investit pour rémunérer les services des Magistrats.

¹⁴⁹⁷ On peut se demander pourquoi le Législateur OHADA a voulu ainsi dès lors que l'assignation à comparaître et l'acte d'opposition sont des actes judiciaires par excellence. Toutefois, lorsqu'ils sont contenus dans un acte unique, le caractère judiciaire de celui-ci peut être difficilement envisageable.

immédiatement sur la demande en recouvrement si la tentative de conciliation échoue. L'Acte uniforme portant sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution reste silencieux sur le délai de tentative de conciliation ; On peut penser qu'il impose à la juridiction de procéder et terminer à cette première audience même l'instance de conciliation, ce qui nous paraît non seulement irréaliste mais aussi contraire à la philosophie accordée fréquemment à la conciliation. En effet, le Tribunal conciliateur, usant de son pouvoir et n'ayant aucune contrainte légale expresse, pourra, en vue d'un arrangement, donner la chance et un temps suffisant aux parties.

L'article 12 susmentionné fait obligation au Tribunal de commerce, après échec de conciliation des parties de procéder immédiatement à l'examen de l'action en recouvrement. A ce niveau, nous estimons que le législateur OHADA, bien qu'animé par un souci majeur de célérité dans les procédures s'est tellement écarté d'un réalisme que nous imaginons difficilement ce juge congolais qui, appelé à dire le droit dans un important nombre d'affaires, saura, dans une ou plusieurs d'elles, procéder au cours d'une audience à la tentative et à l'examen de l'opposition sans pour autant déranger le déroulement habituel de l'audience car, on le sait, sont rares les tentatives de conciliations qui aboutissent. La nécessité de remise est encore prononcée. Nous pouvons toutefois comprendre le législateur OHADA car il a laissé à l'appréciation et à la compétence de ces Etats toutes les questions relatives à l'organisation et fonctionnement judiciaires et certaines questions relatives à la procédure bien qu'il n'ait pas la garantie que cette dernière soit aussi simplifiée et rapide que ce qu'il entend des procédures OHADA. En effet, il se constate que le Juge congolais continue, après échec de l'instance de conciliation des parties, à observer les différentes règles de remise des affaires que le règlement d'ordre intérieur des cours, tribunaux et parquets congolais a mises à sa disposition¹⁴⁹⁸. Ainsi, à la première audience d'examen de l'opposition du débiteur après échec de l'instance de conciliation, le Juge et les parties oublient la célérité que le Législateur OHADA des procédures simplifiées de recouvrement attend d'eux au détriment des renvois successifs des affaires prévus et organisés par ce dernier arrêté. Ces derniers, parce que l'Acte Uniforme ne leur a pas au préalable imposé expressément un temps matériel endéans lequel ils doivent agir, se retrouvent alors guidés par les règles disponibles dans l'arrêté susvisé et ce, au préjudice du créancier qui veut voir sa créance être payée dans un délai raisonnable. Ainsi par exemple un créancier qui a introduit sa requête aux fins d'obtenir injonction de payer, peut, pour avoir un titre exécutoire si son débiteur s'oppose à la décision portant injonction de payer, endéans un minimum de quatre mois, être en possession d'un titre exécutoire¹⁴⁹⁹. En effet, dans cette affaire après que le Créancier a introduit sa requête en date du 5 mai

¹⁴⁹⁸ Articles 27 et 28 de l'arrêté d'organisation judiciaire du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets.

¹⁴⁹⁹ TRICOM, 13 août 2014, ville de Goma, Raw Bank sarl c/ MUHINDO KIHONGYA, inédit, 2014

2013¹⁵⁰⁰, celle-ci pourra être examinée endéans un mois minimum ; ce qui fait qu'une décision de rejet ou portant injonction de payer pourra intervenir au plus tard le 5 juin 2013. Le créancier diligent pourra, en cette dernière date, faire signifier cette dernière au débiteur si le Juge a rencontré sa volonté en adjoignant au débiteur de payer. Le débiteur, s'il conteste cette dernière décision, doit former son opposition dans un bref délai de 15 jours, c'est-à-dire en la période allant du 5 juin au 20 juin 2013. Le débiteur pourra alors, dans un acte unique, envoyer au créancier l'acte d'opposition et une assignation à comparaître au créancier dans un délai qui ne pourra excéder 30 jours ; c'est-à-dire qu'au plus tard le 30 juillet 2013, l'audience d'examen des prétentions respectives des parties aura lieu devant, cette fois, le Tribunal de Commerce. A cette audience, le Tribunal, une fois saisi régulièrement, doit procéder à une tentative de conciliation des parties à l'issue de laquelle, soit le Juge doit dresser un procès-verbal de conciliation soit la juridiction saisie doit statuer immédiatement sur la demande en recouvrement selon que la conciliation a abouti ou pas. A l'audience du 30 juillet 2013 à laquelle le Juge est appelé à concilier les parties, celui-ci pourra éventuellement, si les pourparlers n'ont pas trouvé leur terme attendu, les renvoyer à une audience ultérieure. Ainsi, un délai d'une semaine au maximum peut encore être accordé par le Juge aux parties et cette audience pourra se poursuivre et éventuellement prendre fin en date du 06 août 2013. L'article 12 susmentionné nous donne déjà ce que sera l'attitude du Juge à l'issue de cette dernière audience. En effet, au cas où la tentative de conciliation aboutit, le Juge clôt les débats en dressant un procès-verbal de conciliation de partie dont l'expédition est revêtue de la formule exécutoire à la diligence de la partie la plus intéressée, et les parties verront le différend qui les oppose prendre fin dans un délai plus ou moins raisonnable, c'est-à-dire, en une période de trois mois (du 5 mai au 6 août 2013). Si par contre la tentative de conciliation échoue, le Tribunal est invité à statuer sur la demande en recouvrement. C'est à ce niveau que la procédure effectivement contradictoire commence. La partie qui estime que la procédure n'a pas été régulière conformément en même temps au droit congolais et aux prévisions de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution peut, en termes de préalables, soulever tout ce qu'elle estime être les violations procédurales. La tendance des tribunaux congolais ici est d'assimiler la poursuite de l'instruction des affaires dont la tentative de conciliation des parties a échoué à la procédure qui leur est familière et ordinaire à savoir, celle de droit commun d'assignation avec toutes les conséquences temporelles contraires à la célérité qu'attend le Législateur OHADA et dues aux différentes remises de l'affaire que l'arrêté susvisé organisant les Cours et Tribunaux congolais autorise dans certaines circonstances bien précises. On comprend facilement que le comportement de ceux qui sont appelés à utiliser scrupuleusement la volonté du Législateur de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées et voies d'exécution en République Démocratique du Congo (les juges, les

¹⁵⁰⁰ Si la conscience du Juge embrasse la célérité et la simplicité que le Législateur OHADA attend de lui.

avocats...) va dans le sens de substituer celle-ci (volonté) au droit judiciaire congolais qui, on le sait, ne met pas un accent particulier sur la rapidité et le souci dont est animé un créancier en plein recouvrement de sa créance. En conséquence, le procès qui au départ – depuis la saisine par une requête du Président du Tribunal de commerce – avait des assises de ce dernier acte uniforme, se voit être plongé dans l'arsenal judiciaire congolais et préjudiciant par la suite les intérêts des parties¹⁵⁰¹. Ce créancier, après tout le temps passé¹⁵⁰² devant le Président du Tribunal de commerce où il est appelé par le débiteur en vue d'examiner le contredit exercé par celui-ci, se retrouve, après échec de la tentative de conciliation, emballé dans une procédure telle que son statut devient vite comparable à celui d'un créancier qui aurait choisi la voie de droit commun d'assignation. Ce dernier, s'il met à son entier profit les mécanismes de célérité prévus par le droit congolais, car ils sont expressément définis par des textes dont l'interprétation est stricte, peut obtenir son titre exécutoire dans un délai plus bref que le créancier qui a choisi une des procédures simplifiées prévue par l'acte uniforme y relatif. Avant l'examen de ces mécanismes et de la célérité qu'ils peuvent procurer à ceux les mettent en profit, intéressons-nous à certaines causes pratiques susceptibles d'anéantir la rapidité et la célérité des procédures spéciales de recouvrement des créances OHADA. D'abord, le juge congolais a tendance ralentir la procédure de conciliation après opposition du débiteur car il espère qu'avec un tel comportement, il trouvera certes un compromis entre parties¹⁵⁰³. Il est ici regrettable en effet que dans une affaire, le Président d'une juridiction, après avoir rendu une ordonnance portant injonction de payer et signifiée celle-ci au débiteur, celui-ci, et non le Tribunal compétent, est allé jusqu'à organiser quatre audiences de conciliation¹⁵⁰⁴ respectivement en date du 19 juillet 2014, du 26 juillet 2014, du 31 juillet 2014 et du 02 août 2014¹⁵⁰⁵. On s' imagine difficilement une rapidité lorsque, pour une tentative de conciliation à laquelle le législateur OHADA n'a réservé qu'une audience, un chef de juridiction y consacre deux semaines réparties en quatre audiences. Aussi, il est rare qu'une juridiction saisie d'un acte d'assignation-opposition, procède au cours d'une même audience comme l'entend le Législateur OHADA à la conciliation et à l'examen de l'opposition. Les tribunaux s'habituent, après échec de la conciliation des parties, à renvoyer la cause à une audience prochaine destinée à l'examen de l'opposition du débiteur¹⁵⁰⁶. Ensuite, dans certaines affaires destinées à la conciliation et à l'examen du fondement de l'opposition du débiteur, le Tribunal s'est déclaré non saisi sur base de l'assignation-opposition régulièrement signifiée aux parties et a estimé que le seul le procès-verbal de non

¹⁵⁰¹ Surtout les créanciers dont la créance répond aux exigences posées par les articles 1 et 2 AUPSRVE.

¹⁵⁰² Evalué objectivement à un minimum de trois mois, sans compter le délai de prononcé et si toutes les parties et le Juge font montre d'une diligence possible pour l'aboutissement de leur différend.

¹⁵⁰³ Il le fait comme en matière de divorce en droit congolais où le juge du Tribunal de paix n'est pas pressée à constater par un rapport la destruction irrémédiable du ménage des époux.

¹⁵⁰⁴ Qu'il a appelé « séances de conciliation ».

¹⁵⁰⁵ TGI Goma, RC 17 633, 16 septembre 2014, inédit.

¹⁵⁰⁶ TRICOM Goma,....

conciliation devait le saisir¹⁵⁰⁷. En effet, cette situation, violant manifestement la loi, peut occasionner deux conséquences néfastes, hormis la mise en néant de la rapidité de la procédure : la première est que le débiteur risque d'être amené à une forclusion forcée dans l'exercice de son opposition. L'article ...dispose que l'opposition à l'ordonnance portant injonction de payer doit être exercée dans quinze jours à dater de la signification de celle-ci. Le débiteur qui a fait opposition dans le délai par une assignation dépourvue d'effet de saisine du tribunal et sur base de laquelle celui-ci doit se déclarer saisi, risquera certainement d'être forclos pendant qu'il sera en instance de conciliation ; il est vrai que, peut-il s'apaisé et comme nous l'avons souligné supra, c'est le procès-verbal de non conciliation et non son assignation qui saisira le Tribunal, la juridiction d'appel voire la Cour commune de justice et d'arbitrage n'hésitera pas d'annuler pour tardiveté toute décision à intervenir ce, au préjudice de l'opposant débiteur. La deuxième contredit totalement le législateur lorsqu'il veut, à l'article 12 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, qu'aussitôt le Tribunal saisi, il procède à la conciliation. La tentative de conciliation, ici, est postérieure à la saisine du Tribunal par un acte d'assignation contrairement aux prévisions de cette pratique déplorable qui rend cette saisine postérieure et conditionnée par un procès-verbal de non conciliation ; le Tribunal ne peut jamais être saisi par ce dernier acte. Enfin, l'audience de conciliation a été attribuée expressément au Tribunal et à son chef dont le pouvoir exclusif se limite à l'examen de la requête. Ce Tribunal est composé conformément aux règles organisant l'organisation et le fonctionnement du tribunal de commerce en RDC¹⁵⁰⁸. Cette audience, tenue en chambre de conseil par le chef de juridiction, perd son caractère public voulu par le législateur diminuant ainsi les garanties d'un procès équitable.

La procédure ordinaire d'assignation, face à ces difficultés d'application des procédures spéciales de recouvrement OHADA, paraît plus rapide, surtout lorsqu'elle est renforcée par des garanties légales de célérité.

2) La voie d'assignation assortie des garanties des articles 10 et 19 du code de procédure civile congolais

Le droit congolais de procédure civile a mis à la disposition d'un créancier des possibilités d'obtenir d'une juridiction un titre exécutoire dans des délais abrégés. Ces possibilités sont envisagées au début et en cours de procédure. Au début, le créancier peut, dans les cas qui requièrent célérité, assigner à bref délai son débiteur ; en cours, il peut sommer un débiteur défaillant soit de conclure, soit de se présenter devant le Tribunal où il est appelé à se défendre.

- L'assignation à bref délai

Le créancier dont la créance découle d'un contrat commercial ou civil peut aussi choisir, s'il le veut et justifie d'une célérité, la voie de droit commun de

¹⁵⁰⁷ TGI Goma, RC17 264, 11 mars 2014, Serge SAMVURA c/ Désiré SEBAJOMBA

¹⁵⁰⁸ Article 3 de la loi n°002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce.

recouvrement des créances. Ainsi, l'article 10 alinéa premier du code de procédure congolais dispose « dans les cas qui requièrent célérité, le Président de la juridiction compétente peut, par ordonnance rendue sur requête, permettre d'assigner à bref délai ». Pour jouir des garanties des dispositions de cet article, le créancier doit justifier d'une célérité, or, nous le savons, les opérations commerciales, dans leur exercice, sont caractérisées par une si grande rapidité qu'il n'est besoin au requérant, jouissant régulièrement de la qualité commerciale conformément aux dispositions des articles 2 et 4 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, de démontrer au Juge la célérité qui l'anime quotidiennement dans ses opérations.

En effet, le requérant ici sollicite du Président de la juridiction compétente que le délai ordinaire d'assignation à comparaître de 8 (huit) jours francs prévu par l'article 9 du code de procédure civile congolais ne lui soit opposable ; il peut alors, après autorisation de ce dernier, appeler son débiteur à comparaître et à se défendre dans un délai bref inférieur à 8 jours francs.

Toutefois, l'assignation à bref délai du débiteur ne suffit pas au créancier pour obtenir le plus vite possible la position du Tribunal dans son action en recouvrement. Ainsi, il est fréquemment des débiteurs qui, après avoir comparu, même à bref délai, se font caractériser par des dilatoires qui influent gravement l'issue de la procédure. Malheureusement, les prévisions des articles 27 et 28 de l'arrêté susvisé portant règlement d'ordre intérieur des cours, tribunaux et parquets congolais permet à ce débiteur d'obtenir du Tribunal des remises pour mise en état de l'affaire. Bien plus, ce débiteur qui, après avoir bénéficié d'au moins deux remises pour mettre en état l'affaire (la communication des pièces et moyens) ne parvient pas à pourvoir à ce devoir lui prescrit par le Tribunal ; ainsi, le créancier peut l'y contraindre.

- La sommation du débiteur de se présenter ou de conclure

Le débiteur en défaut de se présenter devant le Tribunal ou de conclure peut y être contraint par son créancier conformément aux prescrits de l'article 19 du code de procédure civile congolais qui dispose que « lorsqu'après avoir comparu, le défendeur ne se présente plus ou s'abstient de conclure, le demandeur peut poursuivre l'instance après sommation faite du défendeur. Cette sommation reproduit le présent article. Après un délai de quinze jours francs à partir de la sommation, le demandeur peut requérir qu'il soit statuer sur sa demande ; le jugement est réputé contradictoire. » A cet effet, le créancier qui a assigné à bref délai et qui, à la première audience ne parvient pas – parce son débiteur ne le lui permet pas – à développer les moyens qui sous-tendent son action en recouvrement, peut, au plus tard après deux remises successives de l'affaire de l'ordre de deux semaines chacune pour mise en état et trois semaines pour sommation de son débiteur soit de se présenter soit de conclure, voir l'affaire être prise en délibéré par le Tribunal pour une décision à intervenir dans les 30 jours¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁹ Article 43 de la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions d'ordre judiciaire.

Ainsi, en deux mois sans prendre en considération le délai de prononcé, tout créancier qui a mis à son entier profit les garanties des articles 10 et 19 du code de procédure civile pourra voir, en une période maximum d'un mois, une décision intervenir.

Face à la procédure ordinaire et congolaise de recouvrement des créances, les simplicité et rapidité des procédures de recouvrement des créances OHADA sont difficilement envisagées bien cela soit contraire à la ratio legis et même aux travaux préparatoires de ces dernières.

Il convient de noter qu'avant 1998, dans la plupart des Etats africains, les procédures de recouvrement des créances existantes, empruntées aux vieilles règles du droit civil français, étaient complexes et dépassées ; les contentieux de recouvrement pouvant se dérouler sur plusieurs années. Pour pallier à ces inconvénients, dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), les Etats-parties au Traité de l'OHADA, dont ceux de l'UEMOA, ont adopté, en 1998, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. A travers cet Acte Uniforme, le législateur a consacré le droit à l'exécution forcée, reconnu au créancier, par les nombreuses procédures qui lui sont proposées pour assurer le recouvrement de sa créance. Au nombre de celles-ci, les procédures d'injonction de payer, de délivrer ou de restituer méritent tout particulièrement d'être relevées. A ces procédures, le législateur a voulu imprimer une certaine célérité en rendant plus souples les conditions de saisine de la juridiction.

Si ce dispositif simplifié de recouvrement est entré en vigueur dans tous les Etats, y compris en République Démocratique du Congo depuis le 12 septembre 2012, l'application effective de l'Acte uniforme se heurte à de nombreux obstacles en raison des difficultés consubstantielles à la loi elle-même, des divergences d'interprétation et d'application. Aussi, Les nouvelles dispositions introduites par l'OHADA avaient pour vocations de simplifier et d'accroître la célérité des procédures de recouvrements. Elles n'ont pas atteint ce résultat comme il apparait des entretiens que l'équipe de recherche a eus avec différentes catégories d'acteurs, lesquelles estiment que les procédures sont devenues *plus complexes*¹⁵¹⁰. Le créancier qui opte pour les procédures de recouvrement prévues par l'acte uniforme peut seulement, dans un délai raisonnable, obtenir l'ordonnance soit portant injonction de payer ou de délivrer ou encore de restituer selon l'objet de sa requête et ce, sous réserve que cette autorité ne tire pas à longueur la procédure découlant non seulement de son pouvoir mais aussi du fait que, nous l'avons dit, l'acte uniforme ne lui impose expressément un délai d'action). Dans l'hypothèse où le Président de Tribunal rejette la requête du créancier, la voie d'assignation est encore à la portée de ce dernier ; dans l'hypothèse contraire, le créancier, dans un bref délai, pourra, après avoir été autorisé par le Juge par une ordonnance, obtenir la formule exécutoire. Toutefois, il n'est pas toujours évident d'aboutir à cette dernière hypothèse d'autant plus que le débiteur non

¹⁵¹⁰ Moussa SAMB, *op. cit*, *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Dossier : Le Recouvrement des Créances*.

seulement n'a pas été appelé par le Président du Tribunal lors de l'examen de la requête du créancier pour lui présenter ses moyens de défense mais aussi, pourra, après avoir été signifié de la décision de sa condamnation, s'opposer à celle-ci. Ainsi, la simplification et la rapidité de la procédure seront envisagées jusqu'à l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance d'injonction de payer ou de délivrer ou encore de restituer si le débiteur n'exerce pas un contredit contre celle-ci. Et même, à ce niveau, il arrive qu'un créancier diligent usant de la voie d'assignation obtienne son titre exécutoire avant celui qui a fait recours aux procédures d'injonction à payer ou de délivrer ou encore de restituer. Par ailleurs, lorsque cette ordonnance est frappée d'opposition, il ressort clairement des analyses objectives et pratiques sus faites que l'aboutissement de la procédure n'est toujours intervenu aussi rapidement possible que dans le cas d'assignation.

Par ailleurs, le non aboutissement des objectifs du législateur OHADA des procédures simplifiées de recouvrement de créance est qu'il a laissé beaucoup de questions relatives à leur application au pouvoir des Etats membres. Dans son souci de respecter la souveraineté des Etats membres de l'OHADA, il a oublié voire abandonné certaines questions d'ordre organisationnel et procédural touchant l'ordre interne¹⁵¹¹ de ceux-ci. Il a, en effet, brillé dans des renvois souvent implicites.

C. Les multiples renvois aux ordres juridiques nationaux

Lorsqu'on scrute le contenu de l'Acte uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, on se rend compte que le Législateur communautaire y a inclut certaines règles qui ont besoin, pour accéder à une vie juridique complète, d'être complétées par d'autres puisées dans l'ordonnement juridique des Etats membres du traité OHADA. Ainsi, leur articulation avec la loi nationale de ces Etats est inévitable compte tenu des innombrables renvois qui sont tantôt explicites, tantôt implicites¹⁵¹². Le Législateur communautaire utilise, dans son expression, des formules ou des institutions qui laissent certainement croire qu'il fait allusion à certaines lois en vigueur dans les Etats parties. On admet généralement que, dans le souci de respect de la souveraineté des Etats membres, le Traité OHADA, en général et son Acte uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement et voie d'exécution, en particulier se sont réservés de réglementer l'organisation et la compétence de leurs cours et tribunaux respectifs. A d'autres questions¹⁵¹³ posées par les procédures de recouvrement de créances, l'Acte uniforme n'a pas expressément prévu des réponses qu'il convient de les mettre aussi dans le panier des renvois sus visés. Il s'agit des questions relatives aux procédures. Commentant l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, le Professeur Ndiaw DIOUF, voulant donner un sens aux formules et institutions que le Législateur communautaire utilise dans certains cas en vue d'exprimer des cas des renvois aux

¹⁵¹¹ Un ordre qui peut, aux yeux de l'esprit et de la lettre du législateur OHADA, paraître un désordre.

¹⁵¹² Ndiaw DIOUF, *op. cit.*, p.981.

¹⁵¹³ Dont l'objet n'est pas ni la compétence ni l'organisation des cours et tribunaux.

lois nationales, enseigne que celui-ci s'appuie sur les codes de procédures ou sur les lois particulières en vigueur dans les Etats parties¹⁵¹⁴. C'est le cas notamment de prévision de beaucoup de délais prescrits à peine de nullité¹⁵¹⁵ sans en préciser les modalités de computation. Nous estimons ici, que l'article 9 du code de procédure civile congolais doit s'appliquer. C'est aussi le cas d'un créancier, d'un débiteur ou du Tribunal qui, pendant l'examen de l'opposition formée par le débiteur à l'ordonnance d'injonction de payer rendue en faveur du créancier, de soulever autre forme de nullité ou d'irrecevabilité de l'action non prévue expressément par l'Acte uniforme organisant les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution mais prévues et organisées par le code de procédure civile congolais. Ainsi, le créancier peut soulever, après échec de la tentative de conciliation, l'obscurité dans le libellé de l'assignation-opposition du débiteur, le défaut de qualité, d'intérêt... Bref, les exceptions déclinatoires, dilatoires et de nullité de procédure ainsi que les fins de non-recevoir telles que consacrées par les articles 26 et 28 du code de procédure civile congolais demeurent d'application bien que l'Acte uniforme n'y fait expressément allusion. Le Tribunal a alors la possibilité, pendant l'examen du contredit, de joindre les exceptions au fond si elles sont soulevées ; le principe légal selon lequel il n'existe pas de nullité sans grief peut toujours être invoqué eu égard à certaines formalités que l'Acte uniforme ne prescrit expressément à peine de nullité, de déchéance ou de caducité. La conséquence est que la procédure peut être ralentie lorsque l'exception ou la fin de non-recevoir soulevée par une partie au procès est d'ordre public et péremptoire étant entendu que le Tribunal peut être amené à la prendre en délibérée avant tout examen du fond de l'opposition. C'est ainsi que dans une affaire opposant la Raw Bank SARL¹⁵¹⁶ à Monsieur MUHINDO KIHONGYA, à l'audience d'examen de son opposition, celle-là a estimé que les libellés de l'assignation-opposition de celui-ci étaient obscurs¹⁵¹⁷Ceci va inévitablement influencer la rapidité recherchée dans la procédure et les parties, voire le tribunal risquent de porter les lunettes de la procédure ordinaire d'assignation.

Somme toute, bien que l'acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution soit entrée en vigueur en République Démocratique du Congo depuis le 12 septembre 2012 avec comme principal et clair objectif pour le Législateur de simplifier les procédures afin de faciliter le recouvrement des créances dans les Etats membres et favoriser ainsi le développement du crédit, on constate de nombreuses limites dans la mise en œuvre de ces textes notamment son formalisme très lourd, l'absence de célérité, la complexité des procédures entraînant les dilatoires de la part des débiteurs indécents en face des

¹⁵¹⁴ Ndiaw DIOUF, *idem*, p. 982.

¹⁵¹⁵ Voir à ce sujet le délai de 15 jours endéans lequel le débiteur doit former son opposition à l'ordonnance d'injonction de payer

¹⁵¹⁶ Qui sera certes, avant l'expiration du moratoire de deux ans accordé aux sociétés commerciales congolaises encore constituées sous l'empire du droit congolais de société, une société anonyme.

¹⁵¹⁷ TRICOM, 13 août 2014, ville de Goma, Raw Bank sarl c/ MUHINDO KIHONGYA inédit, 2014.

créanciers presque désarmés et peu confiants à l'égard du système judiciaire. On pourrait, à première vue, justifier ces difficultés d'application de ces procédures en RDC par leur nouveauté (car avant le 12 septembre 2012, la RDC ne les avait déjà connues) et l'attachement des acteurs judiciaires à la procédure d'assignation. Cependant, nous n'estimons pas que cela soit la véritable raison dès lors que même certains pays de l'espace OHADA dans lesquels l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution est entré en vigueur depuis 1998 connaissent jusqu'à ce jour des difficultés liées à leurs complexité et lourdeur¹⁵¹⁸. Bien plus, même si les intervenants dans les différentes procédures simplifiées de recouvrement des créances se conformaient scrupuleusement à la volonté du législateur, mis à part certaines des lacunes de AUPSRVE notamment liées à l'inexistence des délais fixes endéans lesquels le Président du Tribunal de commerce doit examiner en vue d'une ordonnance, la requête du créancier, au rattachement par les acteurs judiciaires congolais au système judiciaire, du reste lacunaire et inadapté au commerce et à l'industrie modernes, aux renvois, par le législateur OHADA, de certaines questions importantes relatives à l'organisation, à la compétence et à la procédure judiciaires à l'ordre judiciaire congolais dont la sécurité est mise en cause ce jour, etc., la procédure de recouvrement des créances telle que prévue par certaines dispositions tirées du code de procédure civile congolais procurerait vite au créancier son titre exécutoire. Il convient de signaler que les questions relatives aux procédures simplifiées de recouvrement ont attiré l'attention de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ainsi, l'injonction de payer qui a connu un abondant contentieux aussi bien sur les conditions de recevabilité ou de mise en œuvre de la procédure que sur les voies de recours exercées contre l'opposition à l'injonction de payer, entraînant que, presque dans tous les cas l'objectif de simplicité et de rapidité n'est jamais atteint¹⁵¹⁹. Les procédures d'injonction de payer, d'injonction de restituer ou de délivrer ne sont donc plus simplifiées et ne permettent par conséquent l'obtention du titre exécution le plus rapidement possible que la procédure congolaise d'assignation en recouvrement.

Focus sur la sanction par la jurisprudence camerounaise, des fautes de gestion des commissaires aux comptes auprès des entreprises du secteur public et para public

Par **Docteur DJILA Rose**, Chargée de cours FSJP, Université de DSCHANG, Cameroun

¹⁵¹⁸Moussa SAMB, *ibidem*.

¹⁵¹⁹Etoundi Onana F., *grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA (1997-2010)*, Collection pratique et contentieux des affaires, près de 300 décisions et avis annotés et commentés par thème), Edition spéciale octobre 2011, p.28.

Introduction

Les entreprises du secteur public et parapublic au Cameroun, sont régies par l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique¹⁵²⁰(AUDSGIE), et la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des Etablissements publics et des Entreprises du secteur public et para public.¹⁵²¹ Epousant une forme déclarée commerçante par le droit, elles se déploient généralement comme société anonyme¹⁵²², et peuvent avoir l'Etat, une Collectivité Territoriale Décentralisée, plusieurs partenaires de droit public ou des personnes morales de droit public, comme actionnaires.

La gestion de ces entreprises relève non seulement du droit privé, mais également du droit public. En effet, la participation de l'Etat dans le capital social, leur confère une certaine particularité. A ce titre, elles sont soumises à sa tutelle administrative et financière,¹⁵²³ et aux textes législatifs et réglementaires en vigueur sur les marchés publics. En outre, bien que transférés en propriété et notamment par apport pour la formation du capital et intégrés de façon définitive dans le patrimoine de l'entreprise bénéficiaire¹⁵²⁴, les biens du domaine privé de l'Etat demeurent des biens publics.

L'Etat intervenant dans l'économie en créant des entreprises, en y prenant des parts, ou en assurant la répartition des fonds publics pour l'investissement, il importe que celles-ci soient bien gérées. Or, elles peuvent être le vecteur de nombreux agissements fautifs, et l'établissement des comptes, l'occasion de manœuvres dolosives aux fins de dissimulation des actes malveillants.

La comptabilité des entreprises étant tenue par un professionnel ou un service ad hoc, il est difficile d'avancer avec certitude que les chiffres qui y sont portés soient irréprochables tant par rapport à l'application des normes comptables et fiscales, qu' à une éventuelle démarche répréhensible des dirigeants, visant par exemple à sous estimer les résultats dégagés pour payer moins d'impôts, ou exclure un associé de la répartition des bénéfices, qu'à les doper, en vue d'obtenir un

¹⁵²⁰ L' article 1^{er} énonce : « toute société commerciale , y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associée, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires, est soumise aux dispositions du présent acte»

¹⁵²¹L'alinéa 3 de l'article 4 énonce : « les sociétés à capital public et les sociétés d'économie mixte sont créées et exercent leurs activités conformément aux lois, règlements et usages régissant les sociétés anonymes, sous réserve des dispositions de la présente loi ».

¹⁵²² La société anonyme est le moyen de réunir les capitaux avec d'autres personnes, à la réalisation d'une activité industrielle et commerciale, sans leur faire courir un risque illimité.

¹⁵²³ La tutelle est définie par la loi n° 99/016 du 22 /12/1999 portant statut général des Etablissements Publics et des Entreprises du Secteur Public et Parapublic, comme étant le pouvoir dont dispose l'Etat pour définir et orienter la politique du Gouvernement dans le secteur où évolue l'entreprise, en vue de la sauvegarde de l'intérêt Général.

¹⁵²⁴ CF article 4 de la loi précitée

emprunt, ou intéresser d'éventuels souscripteurs de capital.¹⁵²⁵ En effet, malgré l'existence des organes de représentation intermédiaire, il résulte l'impossibilité pour les partenaires de participer directement à la vie sociale ; d'où le besoin d'une information objective, contrebalançant le pouvoir de fait des dirigeants de la société.

Le commissaire aux comptes¹⁵²⁶, organe de contrôle externe nommé par l'organe délibérant de l'entité contrôlée ou l'assemblée générale¹⁵²⁷, vient renforcer le contrôle des organes internes de ces entreprises. L'objectif de sa mission d'intérêt public¹⁵²⁸ est d'obtenir l'assurance raisonnable que les comptes ne comportent pas d'anomalie significative¹⁵²⁹. Par la certification des comptes, les actionnaires, le banquier, le client, le fournisseur, et toute personne intéressée se trouvent plus confiants et rassurés.

Y.GUYON a souligné à juste titre l'originalité de ce professionnel, qui « appartient à la fois à une profession libérale avec tout ce que cela implique traditionnellement d'indépendance individuelle et collective, et à une sorte de magistrature du chiffre. Non seulement il juge les comptes, mais il tend à devenir de plus en plus la conscience morale de la société¹⁵³⁰ ».

Les scandales financiers au niveau international, notamment ceux d'ENRON¹⁵³¹ aux Etats Unis, et PARMALAT¹⁵³² en Europe, ont mis à mal la crédibilité de cette profession, eu égard à son rôle déterminant quant à la confiance des investisseurs, et des actionnaires dans la sincérité des comptes de la société¹⁵³³. Au niveau national, le temps où ce professionnel jouissait du privilège exclusif de l'homme de l'art dont la compétence pouvait faire l'objet d'un doute exclusivement cartésien est dépassé. En effet, des commissaires aux comptes officiant auprès des sociétés d'Etat, ont vu leur responsabilité être mise en cause, tant dans le cadre de l'opération épervier¹⁵³⁴ que devant le Conseil de Discipline Budgétaire et

¹⁵²⁶Y. GUYON et G.COQUEREAU ; le nouveau statut des commissaires aux comptes ; J.C.P ed 1969, études pratiques, n° 87150.

¹⁵²⁷ M. VERON ; droit pénal des affaires ; 4 ème ed coll Armand colin ; P.159

¹⁵²⁸CH.FREYRIA ; le commissariat aux comptes, mission d'intérêt public ; JCPE 1996 I P.516

¹⁵²⁹ D. KLING ; le rôle des commissaires aux comptes ; revue d'économie financière, 1997. vol 4 ,p 87 et s

¹⁵³⁰ Y.GUYON ; l'indépendance des commissaires aux comptes ; JCP 1997, I, 2831.

¹⁵³¹R .NEMEDEU ; les scandales d'Enron et consorts ou le préalable à la compréhension du nouvel essor de la corporate gouvernance ; RASJ ; Université de Yaoundé 2 .F.S.J.P Vol 5 n°1 ; 2008 P.107 et s

¹⁵³²S.ROUSSEAU ; la gouvernance d'entreprise à la croisée des chemins : comment restaurer la confiance des investisseurs, In formation permanente du barreau du Québec, développement récent en droit des affaires Ed YVON BLAIS 2003 ; P.123.B.LECOURT ; étude sur le système de contrôle et la mise en place des règles de gouvernement d'entreprise dans l'union européenne ; rev stés 2010, P.127.

¹⁵³³Y.GUYON et G.COQUEREAU ; le commissariat aux comptes ; aspects juridiques et techniques. Revue de la compagnie 1971, P.11

¹⁵³⁴Cf Affaire Ministère Public et SIC contre Gilles Roger Belinga et Consorts, Affaire Ministère Public et Crédit Foncier contre BOOTO A NGON et consorts...

Financière¹⁵³⁵, (CDBF), malgré les difficultés liées à l'établissement de la preuve, en raison de l'obligation de moyens caractérisant la mission d'audit.

Aussi, nous a-t-il semblé utile, en tenant compte du contexte actuel caractérisé par l'intensification de la lutte contre les atteintes à la fortune publique, des décisions rendues par les instances sus-citées et ayant fait l'objet de publication et de commentaire dans les quotidiens camerounais¹⁵³⁶, d'analyser le processus de sanction de ce professionnel, en laissant délibérément certaines questions théoriques sans application concrète.

Nous nous intéresserons à cet effet, à la nature des entorses à la législation commises par ce professionnel dans le cadre de ses missions auprès des entreprises publiques, et qualifiées à juste titre de faute de gestion ou d'infraction(1). Par la suite, nous nous intéresserons à la sanction qui en est découlé(2).

I^{ère} partie : La Nature des entorses commises par le commissaire aux comptes auprès des entreprises publiques

Les irrégularités commises par ce professionnel exerçant sa mission auprès d'une entreprise publique, constituent la faute de gestion, en application de l'alinéa 1 de l'article 3 de la loi n° 74/18 du 5 décembre 1974 relative à la sanction des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat telle que modifiée par la loi n° 76/4 du 8 juillet 1976 qui dispose : « ...Est considéré comme irrégulière, toute **faute de gestion préjudiciable à la puissance publique notamment...** ».

Tout fait relevant d'une atteinte à la discipline budgétaire et financière, pouvant avoir une connotation pénale, la définition de la faute de gestion(1), précèdera la détermination des irrégularités retenues par les instances compétentes(2).

A. La faute de gestion du commissaire aux comptes

Le premier impératif qui s'impose au commissaire aux comptes auprès d'une entité publique, est le respect de la règle de droit, repérable au niveau des différents textes régissant l'ordre public financier camerounais.¹⁵³⁷ L'ignorance du cadre juridique d'emploi des fonds publics constitue par conséquent une violation de la volonté générale, susceptible de sanction.

Les faits qualifiables de faute de gestion, sont des violations des règles encadrant l'utilisation des crédits publics, et qui constituent la discipline financière.¹⁵³⁸ Elles s'expriment non seulement à travers les différents textes régissant

¹⁵³⁵ Cf affaire SODECOTON, SONARA, MATGENIE

¹⁵³⁶ Les décisions du Conseil de Discipline Budgétaire et Financière citées dans cet article ont été rendues publiques par la CRTV, et reprises par Cameroun tribune, du 9 août 2013.

¹⁵³⁷ L'on peut citer entre autres, la loi no 74/18 du 5 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants des crédits publics et des entreprises d'Etat modifiée par la loi n° 76/4 du 8 juillet 1976 ; la loi des finances, des différentes circulaires sur l'exécution du budget, du code des marchés publics, et même des bonnes pratiques

¹⁵³⁸ P.LALUMIERE ; les finances publiques ; armand colin, paris 1980, P. 519

les finances publiques camerounaises, mais aussi, en ce qui concerne les entreprises publiques, dans un ensemble de dispositions législatives, réglementaires et statutaires régissant leurs activités.

Que l'on considère cette faute dans le cadre de l'administration ou des entreprises publiques et para publiques, le juridique prime l'économique et le financier. Toute opération conforme à la légalité est par conséquent réputée bonne gestion. Cependant, toutes les atteintes à la régularité formelle ne sauraient être prises en considération. En d'autres termes, la faute de gestion de ce professionnel ne peut être passible de sanction que s'il est démontré l'atteinte matérielle subie par la puissance publique. L'introduction du critère économique, matérialisée par la notion du préjudice à la fortune publique constitue dès lors un élément important.

Le champ d'application rationne materiae de la faute de gestion est déterminé par le procédé de l'énumération formelle¹⁵³⁹ à laquelle s'ajoute, à titre complémentaire, ce que l'on pourrait considérer comme une clause générale, prouvant à suffisance que les irrégularités énumérées ont simplement une valeur indicative.¹⁵⁴⁰ Globalement, cette faute recouvre tout acte de commission¹⁵⁴¹, d'omission¹⁵⁴² ou de négligence ne s'inscrivant pas dans l'intérêt social de l'entreprise. Son périmètre est par conséquent très large et peut regrouper même la faute de négligence¹⁵⁴³ ou d'imprudence¹⁵⁴⁴ du moment où celle-ci est suffisamment caractérisée.

La faute de gestion peut, dans certains cas, être constitutive d'une infraction pénale. Certes, le droit pénal a pour objet de lutter contre la malhonnêteté et de sanctionner les manquements au devoir de probité incombant aux agents publics, alors que le droit public financier et la discipline budgétaire et financière ont pour objet de protéger l'argent public, dans un but d'intérêt général. Mais, le régime de responsabilité financière mis en œuvre par le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière, qui couvre un champ assez vaste, constitue des éléments importants dans le système global de protection des finances publiques, lequel englobe les infractions pénales. En effet, l'existence des règles spécifiques constitue un moyen pour éviter en amont, que des fraudes puissent être commises par le biais des procédures et des contrôles particuliers. Le fait que le non respect de ces règles soit sanctionné, y compris dans des cas dans lesquels la juridiction répressive ne peut être saisie, représente à cet égard une garantie de sécurité supplémentaire.

L'article 3 du code pénal camerounais disposant que nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcés par la loi avant qu'ils fussent commis, les fautes de gestion ayant une connotation pénale

¹⁵³⁹ Cf articles 3, 6, 7 de la loi de 1974.

¹⁵⁴⁰ Le code des marchés publics, en son article 105 réprime également d'autres fautes de gestion.

¹⁵⁴¹ Il s'agit des actes de gestion contraires à l'intérêt de la société.

¹⁵⁴² Ex ne pas prévenir les actionnaires de l'existence d'une situation déficitaire.

¹⁵⁴³ Com, 18 Juin 1973, Rev soc 1974, p. 300, note Hémarid

¹⁵⁴⁴ Com 4 février 1980 ; bull crim 4 n° 55 p .43 et S.....

sont prévues dans l'AUSGIE , et réprimées par la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA.

B. Les irrégularités retenues à l'encontre des commissaires aux comptes auprès des sociétés publiques et para publiques, par les instances compétentes

Rentrent dans cette rubrique la violation des incompatibilités légales(a), la certification des états financiers mensongers(b), et la non révélation des faits délictueux (c).

1. La violation des incompatibilités légales

L'inventaire des textes relatifs à cette faute de gestion ou infraction, précédera ses applications concrètes par les organes chargées de sa sanction

a. La législation relative à la violation des incompatibilités légales

Le Commissaire aux comptes étant au cœur de la sécurisation de l'information financière, son indépendance est la clé de voûte de son métier.¹⁵⁴⁵ Défini par PRAT dit HAUD comme la capacité de l'auditeur à résister aux pressions extérieures de toute nature pour assurer aux tiers le respect des normes comptables¹⁵⁴⁶, cette indépendance est d'autant plus indispensable qu'il est rémunéré pour critiquer éventuellement ceux qui l'ont désigné.¹⁵⁴⁷ Aussi, une attitude de subordination serait-elle plus dangereuse pour les parties prenantes, que l'absence de tout contrôle.¹⁵⁴⁸

Il peut pourtant arriver que ce professionnel soit sollicité par son client dans certains domaines. Or, s'il lui vend des missions se rapprochant de sa fonction de certification, sa notoriété devient un outil de promotion, impliquant de sa part la nécessité d'éviter des remarques nuisibles. En outre, la relation résultant de l'exécution de telles missions s'approche d'une relation commerciale qui, par essence, n'est pas de nature à garantir l'indépendance, le risque étant de passer d'une relation auditeur- audité, à celle de client- fournisseur. Dans une telle situation, l'opinion est transgressée, guidée par la volonté du donneur de mandat, généralement le Directeur Général de la structure, laquelle n'est pas dénuée de toute motivation. Cette double relation crée également un risque de dépendance financière de la part de ce professionnel, de telles activités ayant généralement une rentabilité plus forte. Dans de telles conditions, l'on peut craindre que, pour protéger ces revenus complémentaires, le commissaire aux comptes ne se soumette aux demandes du

¹⁵⁴⁵P.LOYER ; l'indépendance des auditeurs financiers, une approche des facteurs déterminants. Thèse en science de gestion université de Lille 1 2006, P.14

¹⁵⁴⁶Hasnae RAZGANI ; réseaux sociaux et compétence de l'auditeur de terrain ; le cas du cabinet audiet et cgnie ; université de Paris dauphine, 22 juillet 2011, P. 65 et s.....

¹⁵⁴⁷E.GARAUD ; juriscasseur commercial, 1085, commissaire aux comptes, 2002, P. 3, n°1

¹⁵⁴⁸Y.GUYON ; l'indépendance des commissaires aux comptes ; JCP 1977. I .283 .n° 14

client¹⁵⁴⁹, et que son activité principale ne soit considérée comme un produit d'appel pour vendre les missions connexes¹⁵⁵⁰, réputées plus juteuses.

En vue de protéger cette indépendance¹⁵⁵¹ garante d'une bonne certification et de la qualité de l'audit,¹⁵⁵² le législateur OHADA a dressé des prohibitions sous forme d'incompatibilité, à l'article 697 de l'AUSGIE qui énonce : « les fonctions des commissaires aux comptes sont incompatibles avec tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ». Cette disposition est reprise par l'article 13 de la loi n° 99-016 du 22 décembre 1999, en ces termes: « les fonctions des Commissaires aux comptes sont incompatibles d'abord avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance, et avec toute autre fonction ou emploi rémunéré, même ponctuellement au sein de l'entreprise concernée. »

Les articles 29, 30, 31 de la loi n° 2011-009- de mai 2011 relative à l'exercice de la profession comptable libérale et au fonctionnement de l'ordre national des experts comptables du Cameroun, énumèrent également les activités incompatibles.

b. Les applications concrètes de la violation des incompatibilités légales

i. par le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière

Le commissaire aux comptes devant conserver une attitude d'esprit lui permettant d'effectuer sa mission avec intégrité et objectivité¹⁵⁵³, c'est à juste titre que l'élaboration d'un manuel de procédures au profit du MATGENIE, et l'exercice de la fonction d'assistant comptable ayant induit un préjudice financier, résultant de l'exercice d'activités incompatibles, ont été retenues à l'encontre du cabinet WAC Fiduciaire Comptable, commissaire aux comptes auprès de l'entité sus citée, par le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière¹⁵⁵⁴.

Dans l'affaire SODECOTON, les fautes de gestion retenues à la charge des cabinets Cameroun audit Conseil (CAC) et Experts Comptables Associés (ECA), au titre de l'exercice des activités incompatibles par l'instance disciplinaire sus citée¹⁵⁵⁵, concernaient :

- la signature par le Cabinet CAC d'un contrat d'assistance fiscale avec la SODECOTON
- l'administration d'une formation en contrôle de gestion par le Cabinet CAC ;

¹⁵⁴⁹J.FORTIN et L.MARTEL ; enjeux éthiques de la réalité environnementale dans un contexte d'audit financier ; une étude empirique comptabilité6contrôle-audit .T3, vol 12 ; sep 1992. P59-76.

¹⁵⁵⁰MOMEGOR et GRANIER ; Le commissaire aux comptes ; D 1995 n° 683. P.179

¹⁵⁵¹L.MENARD ; indépendance, dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière ; 2ème ed 2004, P.608

¹⁵⁵²L.RICHARD et R.REIX ; contribution à l'analyse de la qualité du processus de l'audit ; le contrôle de la relation entre le directeur financier et le commissaire aux comptes ; comptabilité, contrôle, audit ; vol 1 ; mai 2002, P.151

¹⁵⁵⁴ CF décision du C.D.B.F. en date du 11 avril 2013

¹⁵⁵⁵ Cf décision du C.D.B.F. en date du 27 mars 2013

- l'administration d'une formation en fiscalité et émission d'opinions légales par le Cabinet ECA.

Cette position du Conseil de Discipline Budgétaire et Financière est parfaitement justifiée. En effet, lorsque le commissaire aux comptes exerçant comme personne physique ou morale joue également le rôle d'assistant comptable, chargé d'établir les états financiers, la mission d'audit devient inefficace, l'intéressé, en situation de conflits d'intérêt, devenant juge et partie.¹⁵⁵⁶ Dans de telles conditions, le contrôle exercé ne peut qu'être illusoire.

Si certains cas d'incompatibilité, relevés par l'instance sus-citée sont avérés, d'autres par contre suscitent des interrogations. En nous appuyant sur les textes régissant l'exercice de cette profession, comme base d'éléments permettant de déterminer le caractère compatible ou non des missions exécutées par les sociétés de commissariat aux comptes, l'on relève l'exclusion de la fonction d'enseignement de ce champ de compétence¹⁵⁵⁷. Le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière, en l'intégrant parmi les activités interdites, a fait une interprétation excessive de la notion d'incompatibilité.

Dans les cas d'espèce, les Cabinet CAC et ECA avaient administré des formations en contrôle de gestion, en fiscalité et émission d'opinions légales, à certains personnels de la SODECOTON. Une telle extension est difficilement admissible car, l'accomplissement de cette mission ne remettait nullement en cause l'indépendance de ces cabinets, dans l'exercice de leur mission légale. En outre, les travaux ayant été effectivement réalisés, la contrepartie reçue était par conséquent justifiée.

ii. par le juge repressif

Sur le plan pénal, dans l'affaire Ministère Public et Société Immobilière du Cameroun(SIC)contre Gilles Roger Belinga et consorts¹⁵⁵⁸, les commissaires aux comptes qui avaient sollicité et obtenu du Président du Conseil d'Administration de l'entité par eux contrôlée, qu'il leur soit accordé exceptionnellement les mêmes avantages que ceux des administrateurs en matière des acquisitions de logement, avaient été reconnus par le tribunal de Grande Instance du Mfoundi(TGI) statuant en matière criminelle, coupables d'avoir agi en violation des incompatibilités légales, la requête ayant abouti aux ventes critiquées.

Le même grief avait été retenu à leur encontre par la juridiction de céans, s'agissant du détournement de deniers publics de 160.000.000 FCFA, suite à des attributions frauduleuses de marchés.

Par contre dans l'affaire Ministère public et crédit foncier du Cameroun contre BOOTO A NGON¹⁵⁵⁹ et autres, la même juridiction, avait déclaré le

¹⁵⁵⁶ R.ROULIER ; de nouvelles pistes pour la gouvernance ? Bull joly, juin 2003, para 29, P.611

¹⁵⁵⁷L'article 697 de l'acte uniforme OHADA, reconnaît en effet comme compatible avec l'exercice des fonctions de commissariat aux comptes, les missions d'enseignement.

¹⁵⁵⁸Jugement n° 680/crim du 27 septembre 2007

¹⁵⁵⁹ Jugement n° 270/CRIM du 11 juillet 2008

commissaire aux comptes auprès de ladite structure, non coupable de violation des incompatibilités légales, dans l'accomplissement des travaux complémentaires, lesquelles cadreraient parfaitement avec les opérations dites compatibles avec l'exercice de son mandat, en ce qu'il s'agissait d'émission d'avis sur la conformité avec les lois et règlements, et sur les modalités de comptabilisation des opérations.¹⁵⁶⁰

2. la Certification des états financiers mensongers

La mission du commissaire aux comptes est de certifier¹⁵⁶¹ en justifiant de leurs appréciations,¹⁵⁶² que les comptes annuels des entités contrôlées sont réguliers¹⁵⁶³, sincères¹⁵⁶⁴, et donnent une image fidèle de la société. Cette mission de certification est une des diligences traditionnelles de ce professionnel, dont le principe de la régularité est le fondement intellectuel. La certification des états financiers est par conséquent l'expression d'une opinion qualifiée. Techniquement, elle est assortie d'observations qui permettent de suppléer aux insuffisances d'informations du rapport que les dirigeants font à leurs associés.

Pour former son opinion, le commissaire aux comptes procède à un audit, avec pour objectif d'obtenir l'assurance raisonnable que les comptes ne comportent pas d'anomalies significatives. Dans ce processus, il prend en compte la notion de risque, procède à des analyses juridiques et de conformité avec les principes comptables. Il s'agit d'un art difficile, compte tenu des exigences du législateur en la matière.¹⁵⁶⁵ A la fin de sa mission, il pourra certifier les comptes sans réserve¹⁵⁶⁶, avec réserve¹⁵⁶⁷, ou refuser la certification.¹⁵⁶⁸

D'une manière générale, l'irrégularité de gestion résultant de la certification des états financiers, trouve sa raison d'être dans l'idée que le contrôle serait vidé de son utilité, si les contrôleurs légaux pouvaient impunément donner des informations mensongères au regard des connaissances acquises, lors des opérations de contrôle et de vérification.

¹⁵⁶⁰ Ces missions spéciales concernaient l'appui à l'apurement des suspens, la revue des principales fonctionnalités de l'outil informatique, le suivi du respect de la conformité du plan comptable du crédit foncier du Cameroun, la revue critique des procédures.

¹⁵⁶¹ L'article 710 de l'AUSGIE dispose : « le commissaire aux comptes certifie que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères, et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé, ainsi que de la situation financière, et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice. »

¹⁵⁶² Colloque CREDA ; au-delà de la certification, quels nouveaux progrès pour le commissariat aux comptes ; JCPE 1992 II 173.

¹⁵⁶³ La régularité signifie la conformité aux lois et aux prescriptions réglementaires applicables en matière de comptabilité

¹⁵⁶⁴ Il

s'agit de l'expression claire de la situation sociale, sans déguisement ni détours.

¹⁵⁶⁵ D.LANGE, la mission du commissaire aux comptes ; juriscasseur sociétés ; 2001 ; fascicule 134-20

¹⁵⁶⁶ C'est le cas lorsque les comptes présentés sont conformes à la réalité

¹⁵⁶⁷ Il en sera ainsi lorsque ce professionnel met en avance certains points qu'il juge contraire aux principes comptables

¹⁵⁶⁸ Dans cette hypothèse, les comptes sont considérés comme non conformes à la réalité

C'est la teneur du rapport du commissaire aux comptes qui doit être apprécié en évaluant la pertinence de la certification accordée, et les observations éventuellement formulées. Dans un second temps, et si l'information délivrée dans le rapport apparaît fautive ou à tout le moins trompeuse, l'on examine si, sur la base d'un niveau de diligence conforme à ses obligations professionnelles, il aurait dû prendre conscience du caractère faux ou trompeur des informations certifiées.

L'irrégularité de gestion retenue à l'encontre du cabinet WAC FIDUCIAIRE COMPTABLE, commissaire aux comptes auprès du MATGENIE, par le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière, était relative à la certification d'états financiers erronés de 2007 à 2009, en violation de l'acte uniforme OHADA, à travers entre autres :

- l'inexistence de documents financiers légaux, la pratique non conforme de l'amortissement, la non-conformité des comptes intermédiaires de gestion ;
- la non justification de la réévaluation de nombreuses immobilisations, d'un montant de 9 105 051 568 FCFA ;
- les différences observées entre la valeur des immobilisations contenues dans le bilan consolidé et celles contenues dans le tableau d'amortissement ;
- la constatation des provisions sans pièces justificatives de créance ;
- la constatation de provision lors de l'exercice 2009 sur les chèques à encaisser sans la preuve de leur existence réelle en portefeuille ;
- la confection et la reproduction irrégulière d'états financiers par le commissariat aux comptes.

A l'analyse des griefs relevés, on se rend compte que le dossier d'audit contenait d'importantes négligences et lacunes, et aurait dû mettre ce professionnel dans l'impossibilité d'obtenir une opinion significative sur l'authenticité globale des états financiers. Pour n'avoir pas attiré l'attention des parties prenantes sur lesdites anomalies, le lien de causalité entre la faute commise et le préjudice subi ne faisait l'objet d'aucun doute.

3. La non révélation des faits délictueux

Il s'agit d'un des aspects les plus délicats de la mission de commissaire aux comptes, qui devrait se faire délateur, conformément aux dispositions de l'article 899 de l'AUSGIE. Une telle dénonciation peut paraître choquante car, il peut sembler, comme le souligne B.BOULOC, anormal qu'une personne qui n'est ni une autorité, ni un officier public, ni un fonctionnaire, soit tenu de dénoncer des faits délictueux, sous peine de se rendre coupable d'un délit.¹⁵⁶⁹ Mais, selon Y.GUYON, « bien que critiquée par certains, l'obligation de dénonciation paraît opportune, du moment qu'elle est entendue de manière raisonnable, et qu'elle s'accompagne de relations confiantes entre les commissaires aux comptes et les magistrats de parquet. Elle peut renforcer notamment l'autorité du commissaire aux comptes à l'égard des dirigeants,

¹⁵⁶⁹B.BOULOC ; la liberté et le droit pénal, in rev des stés ; 1989, P.377 et S.

en faisant prendre au sérieux les observations qu'il formule, au cas où il lui apparaît qu'un délit, sur le point d'être commis, peut encore être évité. »¹⁵⁷⁰

Si l'obligation de dénonciation peut être considéré comme la meilleure garantie qui puisse être donnée aux actionnaires, du sérieux dans lequel il est procédé aux opérations de contrôle, il convient de relever cependant que, par sa généralité, cette formule paraît faire du commissaire aux comptes un dénonciateur officiel et nécessaire de tout ce qui pourrait se commettre de délictueux dans l'entreprise. Elle est d'autant plus dangereuse qu'elle est vague, et peut, sur le plan pénal, susciter des interrogations sur la nature des faits à dénoncer, et leur qualification. En tout état de cause, l'obligation pesant sur ce professionnel n'est pas une obligation de résultat car, il n'est pas tenu de procéder à une recherche active de l'information, mais de dénoncer toute infraction en matière du droit des sociétés, du droit comptable, fiscal, et social¹⁵⁷¹, que sa situation privilégiée lui permet de découvrir.¹⁵⁷²

Dans l'affaire SODECOTON, il était reproché par le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière, aux sociétés de commissariat aux comptes auprès de cette entité, la non dénonciation de la tenue irrégulière de comptabilité, caractérisée par la minoration du chiffre d'affaires à travers la dissimulation des recettes provenant de :

- a. la vente de tourteaux ayant causé un préjudice financier évalué à 1360 902 379 FCFA ;
- b. la vente d'huile ayant induit un préjudice financier évalué à 1500195782 FCFA ;
- c. des ristournes accordées sans l'aval de l'Assemblée Générale ayant généré un préjudice financier évalué à 1509871966 FCFA.

Les sociétés de commissariat aux comptes, Co commissaires aux comptes auprès de la Société Nationale de Raffinage (SONARA),¹⁵⁷³ s'étaient vus pour leur part, reprocher l'absence de dénonciation du non-respect des obligations de performance contenue en annexe C du contrat de contrôle et d'inspection de pétrole brut liant la SONARA au Contrôleur agréé, la faiblesse du système de contrôle interne dans le domaine de la production, ayant induit la certification d'états financiers non sincères ; la violation d'une convention réglementée à travers la signature ou le renouvellement des contrats des personnels expatriés sans demande préalable de la SONARA. Dans les deux cas, le préjudice subi par la puissance publique était avéré.

Il ressort de ces développements que les fautes de gestion retenues à l'encontre des commissaires aux comptes dans les cas sus cités, qui ne procédaient pas de simples négligences, devraient amener l'homme du chiffre exerçant auprès d'une entreprise publique à être désormais plus vigilant, d'autant plus qu'il peut être sanctionné non seulement sur le plan répressif, mais de la discipline budgétaire et

¹⁵⁷⁰ Y.GUYON ; droit des affaires ; T.1, économique, 7^{ème}ed ; paris 1992, P. 393.

¹⁵⁷¹ M. COZIAN, A.VIANDIER, F.DUBOIS ; droit des sociétés ; n° 841,P.447

¹⁵⁷² M.JEME ; la révélation des faits délictueux par les commissaires aux comptes ; juin 1973, p.27

¹⁵⁷³ La décision date du 4 avril 2013

financière, pour la même faute. Il convient à présent de s'interroger sur les modalités de la sanction.

2^{ème} partie : Les modalités de la sanction des fautes commises par les commissaires aux comptes

Le texte à la base de la sanction sur le plan de la discipline budgétaire et financière est l'article 1^{er} de la loi n° 74/18 du 5 décembre 1974 relative au contrôle des Ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat telle que modifiée par la loi n° 76/4 du 8 juillet 1976, qui reconnaît à l'instance suscitée la compétence pour connaître des irrégularités commises par tout agent de l'Etat, d'une collectivité publique locale, d'un établissement ou d'un organisme public ou parapublic ayant la qualité d'administrateur de crédits, tout commissaire aux comptes, censeur ou commissaire de gouvernement auprès d'une entreprise d'Etat quel qu'en soit le statut.

Le commissaire aux comptes étant, comme toute personne, sujet de droit, sa responsabilité pénale peut être engagée à l'occasion des fautes commises dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Il convient dès lors de s'interroger sur l'étendue de la responsabilité de ce professionnel, surtout lorsqu'il agit dans le cadre d'une société de commissariat aux comptes (A), avant de nous appesantir sur la peine encourue (B).

A. La détermination de la responsabilité des commissaires aux comptes

Le commissaire aux comptes peut choisir d'exercer son activité en tant qu'entité personne physique ou morale.

Lorsque la fonction est exercée par la personne physique, le problème de responsabilité personnelle ne se pose pas, l'intéressé étant appelé à répondre des actes qu'il pose. Lorsqu'elle est exercée en société, la question se pose de savoir qui de la personne morale ou physique, répondra des faits, sur le plan de la discipline budgétaire et financière.

Si, d'un point de vue contractuel, il n'est possible d'engager que la responsabilité de celui avec lequel le contrat a été conclu, l'action contractuelle restant en effet limitée entre les parties, la situation n'est pas la même, en présence d'une réglementation explicite, laquelle donne à cette fonction un caractère institutionnel¹⁵⁷⁴.

1. Les textes applicables en la matière

La loi n° 2011-09 du 6 mai 2011 relative à l'exercice de la profession comptable libérale précitée dispose en son article 28 : « la responsabilité des sociétés reconnues par les autorités compétentes, laisse subsister la responsabilité personnelle

¹⁵⁷⁴ G.BAUBOIN ; fonctionnement et perception du contrôle par les juges ; la responsabilité du commissaire aux comptes ; renforcement ou dérive ? Librairie technique 1989, P.413 et s...

de chaque membre à l'égard des autorités, à raison des travaux qu'il est amené à exécuter, pour le compte des sociétés. Ces travaux doivent être assortis de sa signature ainsi que de sa raison sociale. »

L'article 7 de la même loi précise : « le commissaire aux comptes est civilement responsable tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. » Cette disposition est reprise par les articles 14 et 44 du règlement CEMAC¹⁵⁷⁵.

Enfin, la loi n° 74/18 du 5 décembre 1974 relative à la sanction des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat telle que modifiée par la loi n° 76/4 du 8 juillet 1976 énonce en son article 1^{er} : « tout agent de l'Etat, d'une collectivité publique locale, d'un établissement ou organisme public ou parapublic ayant la qualité d'administrateur de crédits, **tout commissaire aux comptes**, censeur ou commissaire de gouvernement auprès d'une entreprise d'Etat quel qu'en soit le statut, qui se rend coupable d'une des irrégularités. »

Des deux premiers textes, on peut induire que le commissaire aux comptes qui exerce ses fonctions au sein d'une société est également responsable des conséquences dommageables de ses fautes professionnelles.

Le troisième texte quant à lui, reconnaît la compétence du Conseil de Discipline Budgétaire et Financière pour juger exclusivement le commissaire aux comptes, et non la société de commissariat aux comptes, dûment représentée.

Il apparaît donc que la fonction de commissariat aux comptes étant dominée par la personne physique dont les prestations au sein de la société sont intellectuelles, et requérant la justification d'une certaine compétence en matière financière ou comptable¹⁵⁷⁶, le professionnel l'exerçant doit répondre de ses actes.

Sur un autre angle, tout rapport émanant d'une société de commissariat aux comptes, doit comporter la signature du commissaire ayant participé à son établissement. Or cette signature, en plus de celle de la société titulaire du mandat, n'est pas seulement une signature technique à usage professionnel. Enfin, le système répressif du droit public financier camerounais ayant pour but de sanctionner des fautes, les principes généraux de droit répressif s'appliquent de façon adaptée à la nature de la répression spécifique au Conseil de Discipline Budgétaire et Financière, dont l'objectif est de réprimer un comportement individuel, ce qui explique que ce soit le commissaire aux comptes, personne physique, et non la personne morale dûment représentée, qui est justiciable devant l'instance y relative.

Sur la base de ces développements, l'on peut conclure que le législateur a voulu personnaliser clairement les obligations légales du commissaire aux comptes, et responsabiliser les signataires des rapports, en permettant qu'ils répondent des fautes commises. Cette solution est d'autant plus logique que ce professionnel a eu

¹⁵⁷⁵ Règlement n° 11/01/UEAC/027/CM/07 portant révision du statut des professionnels libéraux de la comptabilité

¹⁵⁷⁶J. GATSI ; commissaires aux apports et commissaires aux comptes ; encyclopédie OHADA, p. 535

une connaissance suffisante de la situation de l'entreprise dans le cadre de l'exercice de sa mission, et a assumé les décisions les plus significatives.

Cette position du législateur camerounais est du reste celle en vigueur en France, où la Cour de Cassation, dans un arrêt rendu le 11 juillet 2006, affirmait déjà : « le commissaire aux comptes certifiant les comptes au nom de la société de commissariat aux comptes dont il est membre, agit en qualité d'associé, d'actionnaire ou de dirigeant de cette société, non en qualité de salarié de celle-ci, peu important qu'il soit lié à la société de commissariat aux comptes par un contrat de travail »¹⁵⁷⁷.

Dans une autre décision en date du 23 mars 2010, elle a confirmé sa position en ces termes : «Mais le commissaire aux comptes agissant en qualité d'associé, d'actionnaire ou de dirigeant d'une société titulaire d'un mandat de commissaire aux comptes répond personnellement des actes professionnels qu'il accomplit au nom de cette société, quelle qu'en soit la forme »¹⁵⁷⁸

2. La position du Conseil de Discipline Budgétaire et Financière

Malgré la clarté des textes sus évoqués, le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière statuant dans les affaires sus citées, a choisi de ramer à contrecourant. Prenant acte de ce que « les commissaires personnes physiques n'étaient que les représentants des personnes morales, agissant sur la base de leur personnalité juridique propre, distincte de celle des personnes physiques mandatées par elles respectivement, dans le cadre des affaires relevant de l'exercice de ces fonctions »¹⁵⁷⁹, cette instance a retenu les fautes de gestion exclusivement à l'encontre des personnes morales représentées par les personnes physiques.

Dans l'affaire MATGENIE, la décision est ainsi libellée : « le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière a retenu à l'encontre du cabinet WAC FIDUCIAIRE COMPTABLE, commissaire aux comptes auprès du Mat génie, représenté par monsieur NKAMEDJO NYA Robert, les fautes de gestion ci-après..... »

Dans l'affaire SONARA, « le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière a retenu à l'encontre de messieurs René LIBONG et Daniel KAPSSU, Co commissaires aux comptes auprès de la société de raffinage représentant les cabinets K.P.M.G et K et cgnie, les fautes de gestion ci-après.... »

La même formulation a été utilisée en ce qui concerne les commissaires aux comptes impliqués dans l'affaire SODECOTON.¹⁵⁸⁰

Il ressort de toutes ces décisions que le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière a choisi de mettre en cause tantôt de manière exclusive, tantôt par le

¹⁵⁷⁷ Cité par R.AUGUSTIN ; la responsabilité des commissaires aux comptes, éd Dalloz Sirey, coll. Dalloz ref 2008-2009

¹⁵⁷⁸ Rev des sociétés Mai 2010, p.176

¹⁵⁷⁹ Cf toutes les décisions du C.D.B.F relatives aux commissaires aux comptes

¹⁵⁸⁰ Le verdict de l'affaire relative à la gestion de la Société de développement du coton (SODECOTON) a été rendu le 27 mars 2013 ;

biais de ses représentants, la responsabilité de la personne morale, en opérant une distinction entre le signataire social et le signataire technique du rapport. L'on peut dès lors en déduire que le mandataire social apposant sa signature au bas du rapport, accomplit un acte dont il ne doit pas répondre.

Or, S'il n'est pas contesté qu'une société de commissariat aux comptes a une personnalité juridique¹⁵⁸¹, il convient de reconnaître qu'elle n'accomplit les actes de la profession que par l'intermédiaire des personnes physiques qui en sont membres, et qui doivent être des commissaires aux comptes, de sorte que les fautes commises dans l'exercice des missions confiées à la société, le sont en réalité par ces derniers.

Cette étrange logique de la responsabilité exclusive de la société commerciale, être totalement désincarné¹⁵⁸², qui trouve en son organe ou en son représentant l'expression physique et morale dont elle a besoin pour fonctionner, suscite des interrogations, en ce qu'elle constitue une violation manifeste des textes aussi clairs et catégoriques. Elle est d'autant plus incompréhensible que la faute de gestion, dans ce contexte, est un manquement aux obligations professionnelles des agents, engageant les finances publiques¹⁵⁸³, et cette instance, dans le cadre de ses attributions, est obligée de rechercher si la personne physique, qui a trébuché sur la réglementation, n'était pas dans une situation telle que la chute était inévitable. En attendant la position de la Chambre Administrative de la Cour Suprême, saisie en appel par les justiciables, cette situation inconfortable, a des conséquences fâcheuses en termes de protection de la fortune publique.

Sur le plan de la responsabilité pénale, le professionnel agissant pour le compte de la personne morale, peut être sanctionné, dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis.

B. Les différentes sanctions prononcées à l'encontre des commissaires aux comptes

Lorsqu'à l'issue de l'instruction d'une affaire, la faute de gestion est établie, la loi n° 74/18 du 5 décembre 1974 relative à la sanction des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat telle que modifiée par la loi n° 76/4 du 8 juillet 1976, autorise l'instance compétente à prononcer des amendes spéciales¹⁵⁸⁴ et des débet¹⁵⁸⁵.

Sur la base de la distinction de la personnalité juridique de la personne morale et de la personne physique, la réparation du préjudice subi par la puissance publique évalué par le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière, a été, dans les

¹⁵⁸¹ J.J.DAIGRE, Rev. sociétés, mai 2010, P.174 et s.

¹⁵⁸² J.C.Saint Pau ; l'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise ; Gaz.Pal 9-10 fev 2005 ; p.10

¹⁵⁸³ PH. SAUNIER ; la faute de gestion dans la jurisprudence de la cour de discipline budgétaire et financière ; rev.fr ; de droit administratif ; nov 1992 ; p. 1055 et s.

¹⁵⁸⁴ Le montant de l'amende est compris entre 200 000 et 2.000.000 FCFA

¹⁵⁸⁵ Le débet est mis à la charge de l'agent fautif, pour le montant du préjudice subi.

cas sus mentionnés, mis exclusivement à la charge de la personne morale¹⁵⁸⁶. Certes, l'on peut comprendre que cette position soit guidée par le fait que la personne morale est réputée plus solvable. Mais, cette position, outre le fait qu'elle est en contradiction avec l'article 3 de la loi de 1974 précitée qui tient pour responsable les personnes physiques, peut prêter à conséquence, dès lors que le patrimoine de la société, constitué de la somme minimale requise par le législateur OHADA¹⁵⁸⁷, s'avère insuffisant pour réparer le préjudice subi.

Sur le plan pénal, l'infraction au devoir de vérité, prévu à l'article 110 de la loi de 1999, est ainsi libellé : « est punie des peines prévues à l'article 313¹⁵⁸⁸ du code pénal, le commissaire aux comptes d'une entreprise qui a sciemment donné, certifié ou confirmé des informations mensongères sur la situation de ladite entreprise, ou qui n'a pas porté à la connaissance des organes compétents les faits délictueux dont il a eu connaissance. »

L'infraction suppose donc qu'il y ait la communication d'informations concernant la société, et que l'information, en rapport avec la mission de commissaire aux comptes, soit mensongère. En pratique, le rapport de certification constitue le vecteur privilégié du mensonge¹⁵⁸⁹.

L'action publique se prescrit par trois ans, et le délai commence à courir du jour où l'information incriminée a été donnée ou confirmée par le commissaire aux comptes. Le point de départ pour la computation du délai de prescription est fixé au jour de la commission du fait infractionnel.

Dans l'affaire crédit foncier précitée par exemple, les états financiers de cette structure dont la sincérité était remise en cause étant ceux des exercices 97-98, 98-99, 99-2000, 2000-2001. Ces faits avaient été découverts et révélés par la mission conjointe MINEFI /Contrôle supérieur de l'Etat, sur le contrôle général de la gestion du Crédit Foncier du Cameroun effectué de mai à décembre 2002. L'irrecevabilité de l'action publique a été admise par la juridiction compétente parce que le début des poursuites à l'encontre du commissaire aux comptes ayant eu lieu en mars 2006,

¹⁵⁸⁶Le conseil, a ainsi décidé d'infliger une amende spéciale de 2.000.000 FCFA à chacun des cabinets KPMG et K et cgnie co commissaires aux comptes auprès de la SONARA, pris individuellement pour l'ensemble des fautes commises dans le cadre de ladite affaire SONARA, a constitué le Cabinet WAC FIDUCIAIRE COMPTABLES, débiteur de la somme de 48.498.250 FCFA représentant le préjudice financier subi par le MATGENIE de son fait, dans le cadre d'une prestation de service, a constitué débiteur envers la de la SODECOTON pour un montant de 229 017 500 FCFA, cabinet CAC, et 120000000 FCFA le Cabinet ECA, représentant le préjudice financier subi par ladite entité ; Une amende de 2 000 000 FCFA a été infligée à chacun des Cabinets, pour l'ensemble des fautes de gestion commise dans le cadre de la présente affaire.

¹⁵⁸⁷ Ce serait le cas lorsque la personne morale est une S.A.R.L., et même une S.A. constitué avec le montant minimal requis par l'AUSGIE ;

¹⁵⁸⁸ Au terme des dispositions de l'article 313 du code pénal, cette infraction est punie d'un emprisonnement de 1 à 5 ans, et d'une amende de 50.000 à 1.000.000 FCFA.

¹⁵⁸⁹ Y.CHAPUS, le commissaire aux comptes, partenaire de l'entreprise ; ed. presse de la fonction nationale des sciences politiques, 1999, P.111

soit quatre années plus tard, la prescription était déjà acquise. La même remarque avait été faite en ce qui concerne la non révélation des faits délictueux.

En ce qui concerne la violation des incompatibilités légales, l'article 16 de la loi n° 2003/008 du 10/07/2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA, réprime cette infraction d'un emprisonnement de 2 à 5 ans, et d'une amende de 200.000 à 5.000.00 FCFA, ou de l'une des deux peines. Dans l'affaire SIC cependant, ces incompatibilités recelant la fraude, ont été assimilés à des détournements de fonds publics, passible des peines prévues à l'article 184 du code pénal.¹⁵⁹⁰

Conclusion

La judiciarisation du comportement des acteurs de la vie économique dans les sociétés modernes est une réalité incontournable. A cet égard, les pouvoirs publics et les individus affichent désormais une propension accrue à rechercher un responsable face à la survenance d'évènements défavorables. Le commissaire aux comptes n'échappe pas à cette règle. Exerçant une mission d'intérêt public¹⁵⁹¹ comparée à juste titre au contrôle administratif exercé sur les services publics et les établissements publics par les autorités compétentes¹⁵⁹², la pression exercée sur lui, écartelé entre les entreprises qu'il contrôle et la justice qui lui demande d'être garant de l'ordre public économique est justifiée.

Face au risque important que présente l'entreprise publique pour ce professionnel des chiffres, matérialisé par la possibilité de répondre de ses actions devant le juge judiciaire et le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière, Il faudrait donc, comme le soulignait René RICOL¹⁵⁹³, qu'il prenne la mesure de la pression qui s'exerce sur lui et en tire les conséquences dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, en termes de manifestation d'indépendance, surtout que, outre le patrimoine de la personne morale, le sien peut également être engagé pour la réparation du préjudice subi par la puissance publique.

Il reste à souhaiter que le Conseil de Discipline budgétaire et Financière, dans le cadre de ses activités, prenne la pleine mesure des textes législatifs en termes de compétence, de respect des incompatibilités, et de subsistance de la responsabilité personnelle du commissaire aux comptes exerçant ses fonctions dans le cadre d'une société, et en tire toutes les conséquences de droit.

¹⁵⁹⁰ Ces commissaires aux comptes avaient été reconnus coupables de détournement de deniers publics chacun à hauteur de 165.251.000 FCFA, pour avoir frauduleusement obtenu les marchés publics, et des logements K 04 et L04, de SIC MAKEPE à DOUALA ; ils avaient été condamnés à 25 ans d'emprisonnement ferme.

¹⁵⁹¹ A.LALA ; le commissaire aux comptes, garant de la transparence financière ou coupable idéal ? Gaz. Pal 11 aout 2012, P.25.

¹⁵⁹² H.C. FREYRIA ; le commissaire aux comptes ; mission d'intérêt public ? J.C.P.E.1996, P.516 et s...

¹⁵⁹³ G.VIAL et V. de SENNEVILLE; l'affaire Enron Anderson bouscule la profession comptable; les échos n° 18577 du 22 janvier 2002; P. 16

LE DEVOIR D'ALERTE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES DANS LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES DE L'ESPACE OHADA

Par **Dr. Priscille Grâce DJESSI DJEMBA**, Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala, Cameroun.

Résumé

La protection des investissements et de l'environnement économique est une question, qui revient sans cesse au sein des Etats membres de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique.

La récente réforme de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique témoigne, de l'importance que le législateur OHADA accorde à la mise en place, d'un cadre juridique favorable aux investissements, mais aussi à la protection des intérêts des divers acteurs qui participent au fonctionnement des sociétés commerciales¹⁵⁹⁴.

La procédure d'alerte à l'initiative du commissaire aux comptes figure, en bonne place parmi le dispositif prévu par le législateur OHADA pour assurer la sauvegarde des différents intérêts en jeu. On peut cependant s'interroger sur son efficacité dans les sociétés commerciales dans lesquelles, la présence du commissaire aux comptes est nécessaire.

Introduction :

L'organisation et le fonctionnement d'une société commerciale reposent sur un ensemble de règles auxquelles doivent se soumettre les dirigeants sociaux et les actionnaires ou associés, dans le but d'assurer la bonne marche de celle-ci. En effet, souligne un auteur, « *outre le fait de faciliter l'accumulation des capitaux, la société est considérée comme étant une technique d'organisation de l'entreprise ou une technique de gestion pouvant permettre, le cas échéant, la séparation de la propriété du pouvoir de direction ou de gestion et faciliter, le moment venu, la transmission de l'entreprise pour cause de mort ou même entre vifs.* »¹⁵⁹⁵

¹⁵⁹⁴ Voir dans ce sens « Droit des sociétés commerciales OHADA rénové. Un atout pour les investissements en Afrique » in Droit et Patrimoine, n° 239 – septembre 2014.

¹⁵⁹⁵ Filiga Michel SAWADOGO, L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE : formation des formateurs magistrats module 1 et 2 du 22 juillet au 9 août 2002, p. 5, <http://biblio.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASHfe6f.dir/acte-uniforme-relatif-au-droit-des-societes-commerciales-et-du-gie-formation-des-formateurs-magistrats-module1-2.pdf>.

Ces règles qui sont notamment précisées par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique¹⁵⁹⁶, ont entre autres pour objectif, l'encadrement des activités de la société, mais aussi celui des rapports que les dirigeants sociaux entretiennent avec les actionnaires ou associés d'une part, et les tiers d'autre part.

L'idée d'instituer de telles règles constitue donc une mesure indispensable au regard, des difficultés auxquelles font face les sociétés et du risque de faillite qu'elles encourent du fait de la mauvaise gestion des dirigeants sociaux et des conséquences préjudiciables aux actionnaires ou associés, aux salariés et aux tiers, dont la protection doit nécessairement être prise en compte. Il ne faut pas oublier la protection de l'environnement économique qu'offrent ces règles dans le cadre de la mise en place sur le plan régional, d'une politique tendant à encourager les investissements tant nationaux qu'internationaux¹⁵⁹⁷.

Parmi les mesures envisagées figure, l'obligation faite aux commissaires aux comptes de relever et dénoncer les faits qui pourraient entraver la continuité des activités de la société. Cette obligation énoncée dans les articles 150 à 156-1 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique¹⁵⁹⁸ est l'une des mesures permettant aux actionnaires ou associés de contrôler indirectement, à travers l'intervention légale d'un tiers, les actions des dirigeants sociaux relatives à la gestion comptable et financière de la société. Elle est matérialisée dans le cadre d'une procédure spéciale appelée la procédure d'alerte. Se présentant comme « *un mode de traitement non judiciaire des difficultés des entreprises* »¹⁵⁹⁹, elle a pour principal objectif « d'informer le chef d'entreprise de tout fait de nature à compromettre « *la continuité de l'exploitation* »¹⁶⁰⁰, c'est-à-dire « *de neutraliser tout risque sérieux, susceptible d'entraîner la cessation*

¹⁵⁹⁶ Acte Uniforme relatif au Droit de Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou et entrée en vigueur le 05/05/2014. Voir aussi, OHADA : Droit des sociétés commerciales et du GIE, commentaires, EDICF/EDITIONS FFA, 1998, 319 p. ; Oumar SAMBE et Mamadou Ibra DIALLO, GUIDE pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) OHADA. Jurisprudence OHADA : schémas didactiques, modèles (statuts, procès-verbaux et autres formulaires), Editions Comptables et Juridiques 2008.

¹⁵⁹⁷ Voir sur la question, Henri-Désiré MODI KOKO, « *La réforme du droit des affaires de l'Ohada au regard de la mondialisation de l'économie* », <http://www.institut-idef.org/La-reforme-du-droit-des-affaires.html>.

¹⁵⁹⁸ Il faut préciser qu'en plus de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, la profession de commissaire aux comptes est régie dans la sous-région CEMAC dont fait partie le Cameroun par le Règlement n° 11/01-UEAC-027-CM-07 du 5 décembre 2001, portant révision du statut des professionnels libéraux de la comptabilité et les normes d'audit externe, éditées par l'International Federation of Accountants. Voir aussi en ce qui concerne le Cameroun la loi n° 2011/009 du 6 mai 2011 relative à l'exercice de la profession comptable libérale et au fonctionnement de l'ordre national des experts comptables du Cameroun.

¹⁵⁹⁹ Athanase FOKO, « *L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA* », in Les mutations juridiques dans le système OHADA, sous la direction de André AKAM AKAM, Harmattan, 2009, n° 5, p. 144.

¹⁶⁰⁰ Athanase FOKO, idem, p. 144.

d'exploitation et donc, de justifier le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la société concernée. »¹⁶⁰¹

Si d'un point de vue théorique l'utilité de cette procédure n'est plus à démontrer, on pourrait légitimement s'interroger sur l'étendue de sa portée par rapport au résultat escompté. Cette procédure est-elle suffisamment efficace ? En effet, l'obligation du commissaire aux comptes de relever ces faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation à travers la procédure d'alerte apparaît, comme le gage d'une sécurité juridique (I), cependant, elle se présente dans le cadre des relations que ce dernier entretient avec les dirigeants sociaux comme une trahison des malversations commises par ceux-ci (II).

I- Une obligation synonyme de sécurité juridique

En prenant le parti d'encadrer dans un texte régional l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales, le législateur OHADA manifeste sa volonté de protéger la vie de la société, mais aussi les intérêts des personnes qui contribuent à son essor et l'environnement économique d'une manière générale. Il apparaît assez souvent pour des raisons diverses, que la société connaisse des difficultés, dont l'ampleur constitue selon les cas, un danger pouvant entraîner sa faillite ou des mesures de redressement judiciaire difficilement acceptables.

Afin, d'éviter d'en arriver là, le législateur OHADA a prévu en amont de ces mesures de redressement judiciaire, la possibilité de prévenir les dirigeants sociaux des dangers que la société encourt du fait de leur mauvaise gestion, notamment financière. Cela se fait entre autres à travers la procédure d'alerte, qui se présente comme une mesure protectrice des intérêts aussi bien des actionnaires ou associés, des salariés et créanciers de l'entreprise, que de cette dernière elle-même (B). Mais la procédure d'alerte est avant tout une mesure préventive¹⁶⁰² et de contrôle des dirigeants sociaux (A).

A- La procédure d'alerte par le commissaire aux comptes, une mesure préventive et de contrôle des dirigeants sociaux

Le fonctionnement de la société repose en grande partie sur les choix opérés par les dirigeants sociaux. Ces choix sont issus de l'association de considérations objectives, mais parfois aussi subjectives, qui ne cadrent pas toujours avec l'intérêt social. C'est pourquoi, le législateur a institué un contrôle effectué par le commissaire

¹⁶⁰¹ Athanase FOKO, idem, p. 144. ; voir également Oumar SAMBE et Mamadou Ibra DIALLO, op. cit., p. 3.

¹⁶⁰² Filiga Michel. SAWADOGO, OHADA-Droit des entreprises en difficultés, Coll. Droit Uniforme, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2002 ; Euloge Mesmin KOUMBA, Droit de l'OHADA : prévenir les difficultés des entreprises, Ed. L'Harmattan, 2013, n° 10, p. 21.

aux comptes, à travers la procédure d'alerte. Son déroulement (2) repose sur des motifs déterminés par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (1).

1- Les motifs du déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes

La procédure d'alerte telle qu'elle est prévue par le législateur OHADA apparaît comme une mesure préventive des difficultés¹⁶⁰³ qui peuvent constituer un danger pour la continuité des activités de la société. Les motifs justifiant son déclenchement par le commissaire aux comptes sont clairement définis par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique.

En effet, qu'il s'agisse des sociétés par actions (société anonyme ou société par actions simplifiées) ou des sociétés autres que les sociétés par actions (société en nom collectif, société en commandite simple, la société à responsabilité limitée...), les motifs de déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes sont les mêmes¹⁶⁰⁴. Aux termes de l'article 150 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, « Le commissaire aux comptes, dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés aux articles suivants, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. » Ce texte est repris, à l'article 153 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique selon les mêmes termes en ce qui concerne les sociétés par actions.

Ainsi, d'après ces textes, la procédure d'alerte est engagée lorsque le commissaire aux comptes constate, au regard de l'examen des documents qui lui sont communiqués par les dirigeants sociaux ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission, qu'il existe des faits de nature à compromettre la continuité

¹⁶⁰³ Michel LECERF, « OHADA, la procédure d'alerte : un nouveau moyen de prévention des difficultés des entreprises », in Afrique, Harmonisation du droit des affaires OHADA : CJFE/CFCE, 1998, n° 2, p. 325 et s.

¹⁶⁰⁴ Il faut noter que dans les sociétés coopératives, bien que la procédure d'alerte ait été prévue, elle n'est pas effectuée par le commissaire aux comptes. Le contrôle préventif est assuré par un conseil ou une commission de surveillance selon le type de société coopérative concernée. Voir Art. 119 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Coopératives adopté le 15 décembre 2010 à Lomé. Aux termes de l'article 4 dudit Acte, « La société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoin économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs. »

de l'exploitation. Deux conditions sont donc nécessaires au déclenchement de la procédure d'alerte. Il faut tout d'abord l'existence d'un fait. Il faut ensuite que ce fait constitue un danger pour la société, c'est-à-dire qu'il soit de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

- L'existence d'un fait

Il faut relever à la lecture de ces conditions, que le législateur OHADA n'apporte pas de précisions claires sur ce qu'il considère comme « fait » de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. S'il est vrai que l'élément déclencheur de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes peut résulter d'un fait unique, le législateur OHADA ne le définit pas précisément. On peut toutefois relever sans avoir la prétention d'être exhaustive, que le ou les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation se rapportent soit à l'état financier de la société, soit à son exploitation. On peut retenir également des éléments tenant compte de l'environnement socio-économique de la société.

Ainsi, s'agissant de l'état financier de la société, le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation peut directement ou indirectement être lié à la trésorerie et faire ressortir un problème de solvabilité de la société vis-à-vis de ses créanciers par exemple. On peut par conséquent relever parmi les hypothèses qui peuvent ternir la situation financière de la société, un état négatif de sa trésorerie entraînant une incapacité de régler les créanciers à l'échéance, un renouvellement ou un report d'échéances des dettes. On peut également retenir l'absorption d'une filiale en difficulté ou encore la décision d'une société mère de supprimer ses aides à sa filiale. D'autres situations pourraient attirer l'attention du commissaire aux comptes. Il s'agit entre-autres, de la dégradation du fonds de roulement ou des principaux équilibres financiers, du déficit des capitaux propres, de l'exigence de sûretés exorbitantes par les tiers ou encore de l'insolvabilité d'un débiteur très important à la société.

La liste de ces faits liés à l'état financier de la société n'est pas exhaustive, cependant elle permet de se rendre compte du champ étendu des faits qui peuvent provoquer la mise en œuvre de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes. Ces faits résultent parfois d'un problème lié à l'exploitation de la société. Il peut ainsi s'agir de la perte de marchés importants, de l'impossibilité de s'autofinancer, de frais financiers trop élevés, d'une absence d'activité ou sous-activité sur une longue période. Comme en matière de l'état financier de la société, la liste des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ici n'est pas exhaustive.

Enfin, en ce qui concerne les faits relatifs à l'environnement socio-économique, il faut noter qu'ils peuvent avoir un impact négatif tant sur l'état financier de la société que sur son exploitation. C'est précisément le cas lorsque surviennent des conflits sociaux de longue durée. Il en est de même en cas de destruction ou de perte de l'outil de production, de catastrophe naturelle empêchant le

fonctionnement normal de la société, d'inexécution du contrat par un tiers, de procédures judiciaires en cours, ou encore d'une législation défavorable.

- L'existence d'un fait constituant un danger pour la continuité de l'exploitation

Si les différents faits cités ci-haut sont susceptibles d'attirer l'attention du commissaire aux comptes, il faut également qu'ils soient de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, afin d'activer la procédure d'alerte. Cela suppose donc en amont une appréciation de ces derniers. Ceci n'est possible que si le commissaire aux comptes en a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission ou lors de l'examen des documents. Il faut noter qu'il n'y a pas une systématisation dans la recherche des faits susceptibles d'entraver la continuité de l'exploitation. Le commissaire aux comptes a certes l'obligation de déclencher la procédure d'alerte lorsque les faits l'imposent, mais il ne procède pas à une chasse aux sorcières contre les dirigeants sociaux. Son rôle est de contrôler, lors de l'examen des documents sociaux ou lors de l'exercice de sa mission, la situation comptable de la société et de prévenir les dirigeants sociaux sur les risques qu'encourt la société et l'incidence de ceux-ci sur la continuité de l'exploitation.

La continuité de l'exploitation est un élément déterminant dans la vie d'une société commerciale. Elle se pose comme un principe comptable¹⁶⁰⁵ devant être pris en compte par les dirigeants sociaux dans le cadre du fonctionnement de la société. L'article 39 de l'Acte Uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises précise qu'« *En application du principe de continuité de l'exploitation, l'entreprise est normalement considérée comme étant en activité, c'est-à-dire comme devant continuer à fonctionner dans un avenir raisonnablement prévisible. Lorsqu'elle a manifesté l'intention ou quand elle se trouve dans l'obligation de se mettre en liquidation ou de réduire sensiblement l'étendue de ses activités, sa continuité n'est plus assurée et l'évaluation de ses biens doit être reconsidérée.* » L'alinéa 2 de cet article souligne qu'« *Il en est de même quand il s'agit d'un bien – ou d'un ensemble de biens – autonome dont la continuité d'utilisation est compromise en raison notamment de l'évolution irréversible des marchés ou de la technique.* »

C'est dire que si le fait relevé par le commissaire aux comptes n'entrave pas la continuité de l'exploitation, ce dernier n'a pas l'obligation de déclencher la procédure d'alerte. Il faut donc un lien de cause à effet entre le fait relevé et la continuité de l'exploitation¹⁶⁰⁶. Lorsque cette dernière ne peut plus être assurée normalement, il est du devoir du commissaire aux comptes de déclencher la procédure d'alerte en tenant compte de la nature de la société.

2- Le déroulement de la procédure d'alerte

¹⁶⁰⁵ Art. 39 de l'Acte Uniforme portant Organisation et Harmonisation des Comptabilités des Entreprises.

¹⁶⁰⁶ Sur l'incertitude dans l'établissement du lien de causalité, voir Christian BYBI, « *Statut Professionnel et Responsabilité du Commissaire aux Comptes au Cameroun.* », Editions, Dianôia, 2013, p. 21 et s.

Le déroulement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes varie en fonction du type de société. On distingue la procédure d'alerte dans les sociétés par actions de la procédure effectuée dans les sociétés autres que les sociétés par actions.

- La mise en œuvre de la procédure d'alerte dans les sociétés par actions

Il s'agit des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées. Selon les termes de l'article 153, lorsque dans le cadre de l'exercice de sa mission ou lors de l'examen des documents sociaux, le commissaire aux comptes relève un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il demande des explications, soit au président du conseil d'administration, soit au président-directeur général ou bien à l'administrateur général.

La demande d'explications est adressée aux personnes susmentionnées sous la forme, d'une lettre au porteur contre récépissé ou bien sous la forme d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Un tel dispositif servira en cas de besoin, de moyen de preuve en cas de conflit entre le commissaire aux comptes et ces dernières. Suivant la même forme, celles-ci éclaircissent les différents points sur lesquels le commissaire aux comptes attend des réponses précises. Ces éclaircissements sont effectués dans un délai de quinze jours, à compter de la date de réception de la demande d'explication¹⁶⁰⁷. Le législateur OHADA précise que les explications fournies reposent sur une analyse de la situation et éventuellement sur les mesures prévues pour endiguer les faits constituant un danger pour la continuité des activités de la société.

Il est important de souligner que le délai de quinze jours prévu par le législateur OHADA, afin de permettre au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général de répondre à la demande d'explication du commissaire aux comptes présente l'avantage d'être court, ce qui permet à ce dernier, lorsqu'il estime que le fait constaté est de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, de prendre les mesures nécessaires tendant à prévenir les dirigeants sociaux, les actionnaires et le cas échéant la juridiction compétente.

À cet effet, en cas de silence des personnes visées ci-haut, ou lorsque le commissaire aux comptes estime que les éclaircissements fournis ne sont pas satisfaisants, il invite sous la même forme prévue à l'article 154 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, le président du conseil d'administration ou le président-directeur général à faire délibérer le conseil d'administration ou encore l'administrateur général ou le président à se prononcer sur les faits constatés et ceci dans un délai de quinze jours suivant la réception de la réponse ou la constatation de l'absence de réponse dans le

¹⁶⁰⁷ Art. 154 A.U.D.S.G.I.E.

délai de 15 jours. La délibération sur les faits s'effectue dans les 15 jours qui suivent la lettre du commissaire aux comptes en présence de ce dernier.

De manière générale, toutes ces formalités et précautions prises par le commissaire aux comptes lui permettent, non seulement d'acquérir les informations nécessaires et précises dont il a besoin¹⁶⁰⁸ pour le bon accomplissement de sa mission, mais surtout d'informer les dirigeants sociaux et les actionnaires sur l'état de la société. Une telle démarche a aussi pour but de décharger le commissaire aux comptes de toute responsabilité si la situation de la société venait à se dégrader.

La présence du commissaire aux comptes à la séance de délibération est nécessaire, car elle apparaît comme un gage de transparence pour les actionnaires, qui doivent recevoir une information claire et précise, sur la gestion de la société par les dirigeants sociaux et surtout sa situation financière. Aussi, à l'issue du conseil, un extrait du procès-verbal de la délibération lui est-il remis, ainsi qu'à la juridiction compétente dans le mois qui suit celle-ci. La délibération du conseil d'administration ou la décision de l'administrateur général ou du président permet donc au commissaire aux comptes d'avoir de plus amples informations, quant aux faits relevés qui sont de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Lorsqu'en dépit des explications données ou en cas de silence des dirigeants, le commissaire aux comptes réalise que le risque de la compromission de la continuité de l'exploitation est bien réel, il dresse un rapport spécial, présenté à la prochaine assemblée générale ou en urgence aux actionnaires lors d'une assemblée générale qu'il aura convoqué lui-même. Il convient de souligner que le commissaire aux comptes met tout en œuvre pour attirer l'attention des dirigeants sociaux et des actionnaires sur les risques qu'encourt la société et ne saisit la juridiction compétente qu'en dernier ressort qu'il informe de ses actions et lui transmet ses conclusions.

L'intervention de la juridiction compétente est indispensable, car elle permet en cas de litige entre les dirigeants sociaux et le commissaire aux comptes - notamment en cas de refus de présentation des documents comptables -, d'obliger ceux-ci à produire les pièces nécessaires à la vérification des comptes. En effet, l'entrave à l'activité du commissaire aux comptes est un fait que l'on observe dans les sociétés commerciales. Un auteur le justifie par le caractère pesant des facteurs socio-économiques. Aussi selon son point de vue est-il « *indispensable de revoir le statut du commissaire aux comptes et de lui garantir des conditions plus faciles d'exercice de sa mission.* »¹⁶⁰⁹ Le législateur OHADA conscient des difficultés que le commissaire aux comptes peut rencontrer lors de l'exercice de sa mission a d'ailleurs prévu, des

¹⁶⁰⁸ Brigitte SIMONNOT, « *Le besoin d'information : principes et compétences* ». In Themat'IC 2006, « *Information : besoins et usages* », Strasbourg, 17 mars 2006, p. 2 et s.

<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/1940-le-besoin-d-information-principes-et-competences.pdf>.

¹⁶⁰⁹ Aziber Seïd ALAGADI, « *Commissaires aux comptes et prévention des difficultés des entreprises en droit Ohada* », Penant 870, édition Juris Africa, janvier-mars 2010, p. 5 et s.

sanctions pénales à l'encontre des dirigeants sociaux ou de toute personne au service de la société qui auront volontairement empêcher celui-ci d'effectuer sa mission¹⁶¹⁰.

Enfin, bien qu'il ait l'obligation de mettre en œuvre la procédure d'alerte lorsque toutes les conditions sont réunies, le commissaire aux comptes peut y mettre un terme si les données et les explications recueillies permettent de s'assurer que la continuité de l'exploitation n'est pas remise en cause. Cependant dans un délai de six mois à compter du déclenchement de la procédure, il peut la reprendre si la nécessité s'impose. Cette nécessité se justifiant simplement par le constat d'un risque de compromission de la continuité de l'exploitation et l'urgence de l'adoption de mesures immédiates¹⁶¹¹.

- La mise en œuvre de la procédure d'alerte dans les sociétés autres que les sociétés par actions

A quelques exceptions près, la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes dans les sociétés autres que les sociétés par actions se déroule suivant les mêmes formes et étapes.

Elle est prévue aux articles 150 à 152 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique. Aux termes de l'article 150 de ce texte, « *Le commissaire aux comptes, dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés aux articles suivants, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission.* »

De même que dans les sociétés par actions, le gérant dispose d'une quinzaine de jours pour donner au commissaire aux comptes, les explications nécessaires sur la situation précise de la société et les mesures envisagées pour éviter une cessation de la continuité de l'exploitation. À la suite de ces explications, ou en cas de silence du gérant, le commissaire aux comptes informe la juridiction compétente de ses démarches. Il dresse un rapport spécial s'il constate que les mesures de sauvegarde de la continuité de l'exploitation ne sont pas efficaces ou lorsque les dispositions prévues par la loi ne sont pas respectées par le gérant. Ce rapport est communiqué à la juridiction compétente¹⁶¹², et aux associés au cours d'une assemblée générale¹⁶¹³, afin qu'ils soient informés de la situation réelle de la société et des actions du gérant. Ce dernier doit dans un délai de huit jours suivant la demande du commissaire aux comptes, communiquer son rapport spécial aux associés.

¹⁶¹⁰ Art. 900 A.U.D.S.G.I.E.

¹⁶¹¹ Art. 156 al. 4 A.U.D.S.G.I.E.

¹⁶¹² Art. 152 al. 1 A.U.D.S.G.I.E.

¹⁶¹³ Art. 152 al. 2 A.U.D.S.G.I.E.

Enfin, à l'issue de l'assemblée générale, si le commissaire aux comptes constate l'inefficacité des décisions prises par le gérant pour assurer la continuité de l'exploitation, il informe la juridiction compétente de ses démarches et lui communique ses résultats. Il faut reconnaître que si la procédure d'alerte permet le contrôle de la gestion comptable et financière de la société par les dirigeants sociaux, elle vise également l'information des associés. Elle apparaît dès lors comme une mesure protectrice de leurs intérêts.

B- La procédure d'alerte par le commissaire aux comptes, une mesure protectrice

Au-delà du fait qu'elle se présente comme une mesure de contrôle des activités des dirigeants sociaux, la procédure d'alerte initiée par le commissaire aux comptes est aussi une mesure de protection. Le commissaire aux comptes apparaît dès lors comme le gendarme de la société qui veille sur les intérêts de tous. Cette protection vise les intérêts des autres acteurs de la société à savoir les salariés, les actionnaires ou associés (1). Elle couvre également les intérêts des créanciers de la société (2), mais aussi ceux de la société elle-même (3).

1- La protection des salariés et actionnaires ou associés de la société

Le rôle que joue le commissaire aux comptes¹⁶¹⁴ dans les sociétés commerciales à travers ses diverses missions, est très important pour les autres acteurs qui participent au fonctionnement de celles-ci, à savoir les salariés et les associés ou actionnaires.

La société commerciale ne peut pas fonctionner, voire prospérer sans ces acteurs, car si elle est gérée par des dirigeants sociaux, ces derniers ne peuvent seuls, assurer ni son fonctionnement, ni son rayonnement sans la participation de ceux-là. Il est donc nécessaire qu'ils bénéficient de garanties suffisantes, afin que leurs intérêts soient également protégés. Aussi, à travers la procédure d'alerte du commissaire aux comptes peut-on dire qu'ils bénéficient d'une certaine protection.

La protection des actionnaires ou associés¹⁶¹⁵ et des salariés – qui quelquefois sont aussi actionnaires ou associés de la société –, est effective à travers l'information qu'ils reçoivent au moment où est mise en œuvre la procédure d'alerte

¹⁶¹⁴ Yves CHAPUT, *Le commissaire aux comptes. Partenaire de l'entreprise*, Presses de Sciences PO, CREDA, Coll. La bibliothèque du décideur, 1999, 144 p.

¹⁶¹⁵ Aude-Marie CARTRON et Boris MARTOR, « *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA* », in *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, jan-fev. 2010, p. 21 et s. Les associés ou actionnaires, qu'ils soient minoritaires ou pas disposent également, d'un droit d'alerte, qui permet d'interpeller directement les dirigeants sociaux sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Art. 157 et 158 AUDSCGIE.

par le commissaire aux comptes. Les actionnaires ou associés et même les salariés de la société ont un droit d'information auxquels les dirigeants sociaux ne peuvent déroger. Ce droit d'information permet de mettre en exergue le principe d'égalité entre les associés ou actionnaires¹⁶¹⁶, ce d'autant plus qu'on distingue d'un côté les actionnaires ou associés majoritaires et de l'autre côté les actionnaires ou associés minoritaires. Il faut donc noter que si les dirigeants sociaux ne mettent pas à leur disposition les informations relatives à la situation financière et comptable de la société, il appartient au commissaire aux comptes de veiller à ce que cette information leur soit transmise, dans le cadre de l'exercice de sa mission de certification des comptes ou s'il relève un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il a cette obligation étant donné qu'il a la charge de s'assurer, notamment que l'égalité est assurée entre les associés en ce qui concerne les actions d'une même catégorie¹⁶¹⁷.

C'est dire que le commissaire aux comptes ne se contente pas d'identifier les anomalies et les risques juridiques, financiers ou fiscaux qui peuvent affecter la continuité de l'exploitation, il doit pouvoir les soumettre aux dirigeants sociaux, mais aussi et surtout aux actionnaires ou associés et salariés, afin de leur permettre de prendre les mesures nécessaires à la protection de leurs intérêts. C'est pourquoi il est important que dans son rapport spécial, le commissaire aux comptes fasse une présentation claire et détaillée de l'état financier de la société et de sa viabilité par rapport au fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation observé. Il établira ainsi un rapport de confiance avec les actionnaires ou associés et les salariés. Ce rapport de confiance est également établi entre ceux-ci et les dirigeants sociaux lorsqu'ils reconnaissent les difficultés auxquelles la société fait face et qui sont susceptibles d'affecter la continuité de l'exploitation. Dès lors, les mesures pour rechercher des solutions de sauvegarde de la continuité de l'activité commerciale sont plus faciles à mettre en place que lorsque les dirigeants sociaux décident de se murer dans le silence.

Au-delà de la protection que la procédure d'alerte du commissaire aux comptes offre aux actionnaires ou associés et salariés de la société, il y'a l'assurance qu'elle apporte aux tiers, notamment les créanciers.

2- La protection des créanciers

Si la procédure d'alerte dans son ensemble permet au commissaire aux comptes d'attirer l'attention des dirigeants sociaux, des actionnaires ou associés et des salariés sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'activité commerciale, elle se présente aussi vis-à-vis des tiers, notamment les créanciers de la société

¹⁶¹⁶ Amadou FAYE, « *L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE)* », Ohadata D-04-10, <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-04-10.html> ; Henri-Désiré MODI KOKO, « *La réforme du droit des affaires de l'Ohada au regard de la mondialisation de l'économie* », op. cit., <http://www.institut-idef.org/La-reforme-du-droit-des-affaires.html>.

¹⁶¹⁷ Art. 714 A.U.D.S.C.G.I.E.

(fournisseurs, investisseurs et les banquiers), comme un indicateur de l'état général et de la santé financière de la société commerciale. C'est dire combien il est important que le commissaire aux comptes accomplisse sa mission au sein de la société commerciale, avec toute la rigueur nécessaire qui s'impose au regard des enjeux financiers qu'engendre l'exploitation d'une société commerciale.

Le rôle que jouent les créanciers dans le fonctionnement des sociétés commerciales justifie bien les mesures mises en place par le législateur OHADA, pour assurer leur protection¹⁶¹⁸. Il va s'en dire que le devoir d'alerte du commissaire aux comptes ne tend pas simplement à prévenir les dirigeants sociaux, les actionnaires ou associés et les salariés des risques d'une cessation d'activités, mais il permet également d'attirer l'attention des créanciers sur d'éventuelles pertes auxquelles ils sont exposés.

Il faut donc voir dans la procédure d'alerte initiée par le commissaire aux comptes une mesure incitative à la vigilance des créanciers, ce d'autant plus qu'ils interviennent à des rangs différents au moment du règlement de la dette¹⁶¹⁹. Le principe de l'égalité des créanciers, dont le fondement se trouve à l'article 2093 du Code civil¹⁶²⁰ comporte cependant des exceptions. Les créanciers chirographaires étant généralement les plus lésés, car ne disposant d'aucune garantie particulière face à ceux qui bénéficient d'un privilège¹⁶²¹ ou d'une hypothèque¹⁶²². La mise en œuvre de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes va donc permettre aux divers créanciers de la société d'assurer, chacun en fonction des garanties dont il dispose, la protection de ses intérêts notamment, lorsqu'une procédure collective d'apurement du passif est engagée. Mais la procédure d'alerte du commissaire aux comptes ne se limite pas à la protection des créanciers, actionnaires ou associés et des salariés de la société. Elle vise également la sauvegarde des intérêts de cette dernière.

3- La protection de la société

S'il ne fait aucun doute que le rôle que joue le commissaire aux comptes au sein de la société commerciale est d'une importance capitale pour les actionnaires ou

¹⁶¹⁸ Henri-Désiré MODI KOKO, « *La réforme du droit des affaires de l'Ohada au regard de la mondialisation de l'économie* », op. cit., <http://www.institut-idef.org/La-reforme-du-droit-des-affaires.html>.

¹⁶¹⁹ Denis PATART, *Le règlement collectif de dettes*, Editions Larcier, 2008, 296 p.

¹⁶²⁰ Art. 2093 Cciv. « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.* »

¹⁶²¹ C'est par exemple le cas du privilège des salariés prévu à l'article 95 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif aux termes duquel « *les créances résultants du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le privilège des salaires établi pour les causes et le montant définis par la législation du travail et les dispositions relatives aux sûretés.* »

¹⁶²² Philippe DELMOTTE, « *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives* », http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/procedures_collectives_6254.html.

associés, et les créanciers, il n'y a pas de raison que la procédure d'alerte qu'il déclenche, lorsqu'il constate tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ne bénéficie pas à la société elle-même.

En considérant la mission du commissaire aux comptes dans la société commerciale, à savoir la vérification et la certification des comptes, il y a lieu d'admettre qu'au-delà du contrôle sous-jacent des dirigeants sociaux qu'elle implique, ce sont les intérêts de la société d'une manière générale que le législateur OHADA essaye de protéger¹⁶²³. L'idée même du déclenchement de la procédure d'alerte repose sur la nécessité de préserver l'activité commerciale. C'est pourquoi en faisant reposer la mise en œuvre de cette procédure sur le risque d'une cessation des activités de la société, le législateur prévoit en quelque sorte des garde-fous qui permettent aux dirigeants sociaux, de redresser la société et d'éviter la faillite ou des mesures de redressement judiciaires aux conséquences lourdes pour les actionnaires ou associés, les créanciers et la société elle-même.

La procédure d'alerte du commissaire aux comptes va donc inciter les dirigeants sociaux à mettre en place des mesures nécessaires au redressement de la société et à la poursuite de l'activité commerciale. Le rôle du commissaire aux comptes étant centré sur le contrôle des comptes, la protection de la société se fera de manière à préserver sa situation financière et la continuité de l'exploitation. En effet, c'est la garantie de la sécurité financière de la société et sa viabilité dans le futur qui favorisent la confiance des créanciers et des investisseurs. Par conséquent, la finalité de sa mission « *est de contribuer à la fiabilité de l'information financière et par la même de concourir à la sécurité de la vie économique et sociale, tant pour les besoins de gestion et d'analyse interne à l'entreprise que pour les besoins de l'ensemble des partenaires ou les tiers intéressés par celle-ci.* »¹⁶²⁴ Il est donc nécessaire, lorsque le commissaire aux comptes tire la sonnette d'alarme, que les dirigeants sociaux évaluent à juste titre le danger qu'encourt la société et qu'ils prennent les mesures qui s'imposent, afin d'assurer la continuité de l'exploitation.

En somme, la procédure d'alerte est indispensable à la survie des sociétés commerciales dans l'espace OHADA. Mais bien plus, le devoir d'alerte du commissaire aux comptes est une protection de référence des intérêts des actionnaires ou associés, des salariés et de la société elle-même. Il détient « *une place stratégique dans la prévention des difficultés des entreprises.* »¹⁶²⁵ Il faut donc saluer l'initiative du législateur OHADA qui l'a introduit dans l'Acte Uniforme relative au Droit des Sociétés Commerciales et des Groupements d'Intérêt Economique.

¹⁶²³ Monique-Aimée NJANDEU, « *La protection de la société commerciale en droit OHADA* », in Les mutations juridiques dans le système OHADA, sous la direction de André AKAM AKAM, Harmattan, 2009, n° 7, p. 232.

¹⁶²⁴ Aziz DIEYE, « *La responsabilité des commissaires aux comptes dans les Etats parties au traité de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)* » <http://www.lacpa.org.lb/Includes/Images/Docs/TC/newsletter24/12%20Responsabilite%20des%20CC%20ds%20les%20etats%20parties.pdf>.

¹⁶²⁵ Aziber Seïd ALGADI, op. cit., p. 5.

Toutefois, on peut s'interroger sur la portée réelle de ce devoir d'alerte. Car si la procédure d'alerte apparaît comme une obligation synonyme de sécurité juridique, elle est parfois perçue comme une obligation synonyme de trahison des dirigeants sociaux.

II- Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes, une obligation synonyme de ' trahison des dirigeants sociaux''

La question du rôle que joue le commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA n'est plus à démontrer¹⁶²⁶. C'est un acteur clé de la vie de la société, dont la participation à travers son action de contrôle et de certification des comptes assure la protection des actionnaires ou associés, des créanciers et de la société elle-même. Il participe à la moralisation des affaires¹⁶²⁷. La procédure d'alerte qu'il a l'obligation de déclencher lorsqu'il constate tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation n'apparaît pas simplement, comme une sorte de sécurité juridique mise à la disposition des actionnaires ou associés et des tiers qui collaborent avec la société. Mais elle prend toute une autre forme lorsqu'au cours de sa mission ou à sa demande, il constate des irrégularités et relève des faits délictueux mettant en danger la survie de la société (A). Dès lors, se pose le problème de la dénonciation de ces faits délictueux et par ricochet des dirigeants sociaux. On note une certaine difficulté dans la dénonciation (B) puisqu'il s'agit en quelque sorte de trahir les fraudes commises par ceux-ci.

A- L'alerte par le commissaire aux comptes, une procédure ouvrant la voie à la révélation des irrégularités et la dénonciation des faits délictueux commis par les dirigeants sociaux

La procédure d'alerte du commissaire aux comptes peut aboutir à une obligation de révélation des irrégularités et des faits délictueux commis par les dirigeants sociaux. Cette obligation de révélation a un fondement légal (1) et obéit à un formalisme particulier (2).

1- Le fondement légal de l'obligation de révélation des irrégularités et des faits délictueux

L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les irrégularités et les faits délictueux qu'il aurait constatés au cours de sa mission est expressément prévue,

¹⁶²⁶ Rémy Emmanuel NGUE, *Mon commissaire aux comptes dans l'espace OHADA*, Ed. AFECAC, 2007.

¹⁶²⁷ Voir la synthèse des travaux du séminaire international portant sur « *Le rôle du commissaire aux comptes dans la gouvernance de l'entreprise dans l'espace OHADA* », Charles ELAD University of Westminster, UK et Christelle Lydie NTSAMO, University of Westminster, UK.

aux articles 715 et suivants de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique.

Il faut souligner que le commissaire aux comptes n'a pas le droit de s'immiscer dans la gestion¹⁶²⁸ de la société¹⁶²⁹. L'article 712 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique précise notamment que « *Le commissaire aux comptes a pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la société et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur.* » Par conséquent, il n'a pas pour mission de rechercher de manière absolue les fraudes commises par les dirigeants sociaux. Il a selon un auteur, « *un pouvoir permanent de contrôle mais n'est pas chargé d'un contrôle permanent.* »¹⁶³⁰

Toutefois, dans le cadre de sa mission, il est de son devoir révéler toutes les irrégularités et les inexactitudes, ainsi que les faits délictueux qu'il aurait constatés en étudiant les documents comptables et financiers mis à sa disposition¹⁶³¹. Ces faits sont enregistrés dans un rapport qu'il porte à la connaissance des dirigeants sociaux et du conseil d'administration pour les sociétés qui en disposent. Cette obligation de signaler ces faits se justifie dans la mesure où ceux-ci peuvent constituer un risque tant pour la continuité des activités de la société, mais aussi un danger pour les actionnaires ou associés qui détiennent des parts et les créanciers qui parfois investissent des moyens financiers très importants dans la société. C'est donc pour protéger tous ces intérêts que le législateur OHADA, a jugé nécessaire d'obliger le commissaire aux comptes de les révéler au risque de voir sa responsabilité engagée.

En outre l'obligation de révéler les faits délictueux, notamment au ministère public, trouve son fondement à l'article 716 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique. Le commissaire aux comptes « *révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation.* » Cette obligation de révélation est facilitée par l'exclusion de sa

¹⁶²⁸ Commet une faute en s'immiscant dans la gestion, un commissaire aux comptes qui fait échec à l'autorité du président du conseil d'administration en se disant mandaté par un actionnaire majoritaire, CA Paris, 24 juin 1992, Bull. Joly 1992. 1195, note J-F. BARBIERI.

¹⁶²⁹ La doctrine reconnaît cependant que « *des problèmes de frontières peuvent parfois se présenter* », notamment au niveau de « *la limite entre le contrôle de légalité et de régularité et l'immixtion dans la gestion* ». En effet, elle admet que « *l'extension des missions du commissaire aux comptes ne va pas sans rendre la frontière entre le contrôle et l'immixtion de plus en plus floue.* », Didier PORACCHIA, Laure MERLAND et Marie LAMOUREUX, « *Commissaire aux comptes* », in Répertoire de droit des sociétés, sept. 2008, mis à jour mars 2014, n° 417. Voir aussi, D. VIDAL, « *L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion de l'entreprise sociale qu'il contrôle* », in Mélanges Adrienne. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, p. 327.

¹⁶³⁰ Aziz DIEYE, « *La responsabilité des commissaires aux comptes dans les Etats parties au traité de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA).* » <http://www.lacpa.org.lb/Includes/Images/Docs/TC/newsletter24/12%20Responsabilite%20des%20CC%20ds%20les%20etats%20parties.pdf>.

¹⁶³¹ Art. 715-3° A.U.D.S.C.G.I.E.

responsabilité étant donné qu'il ne s'agit pas d'un cas de violation du secret professionnel. Par ailleurs, les actionnaires ou associés doivent également être informés des irrégularités et inexactitudes découvertes à la plus prochaine assemblée générale¹⁶³².

D'une manière générale le commissaire aux comptes ne peut pas déroger à son obligation légale de révélation des faits délictueux. Et même si la procédure d'alerte n'entraîne pas ipso facto la révélation de ces faits, sa vigilance « *doit être renforcée du seul fait qu'il peut être tentant pour les dirigeants de dissimuler les difficultés de l'entreprise en ayant recours à des manœuvres frauduleuses.* »¹⁶³³ Le commissaire aux comptes doit par conséquent être attentif et révéler tous les faits qui peuvent constituer des cas de fraudes en suivant une procédure bien définie par la loi.

2- La mise en œuvre de l'obligation de révéler les irrégularités et les faits délictueux

L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les irrégularités et les faits délictueux intervient dans un contexte précis. C'est en effet dans le cadre de sa mission de contrôle légal que survient la révélation. C'est-à-dire au moment où il procède à la vérification des états financiers de synthèse et leur concordance avec les informations fournies par les dirigeants sociaux. Le législateur OHADA évoque les inexactitudes et irrégularité révélées au cours de « *l'accomplissement de sa mission* », et les faits délictueux dont il a eu connaissance dans « *l'exercice de sa mission* ». Le législateur OHADA ne précise la nature des irrégularités ou des faits délictueux. Cependant, on peut penser qu'il s'agit des irrégularités ou faits susceptibles de recevoir une qualification pénale ou même présenter simplement un caractère suspect en considération de la loi pénale. Le fait ou l'irrégularité doit en conséquence être délibéré et significatif. C'est par exemple le cas de la constatation d'une inégalité entre actionnaires ou associés, d'un abus de bien sociaux.

La révélation des irrégularités et inexactitudes se fait par écrit. Cet écrit est matérialisé par le rapport adressé aux dirigeants sociaux, au conseil d'administration, aux actionnaires ou associés. Les faits délictueux quant à eux sont révélés dans une lettre avec accusé de réception au ministère public, dans laquelle le commissaire aux comptes indique les informations relatives aux faits délictueux, sans pour autant les qualifier, car la qualification pénale ne relève pas de sa compétence. Est joint à cette lettre le rapport présenté à l'assemblée générale.

L'Acte Uniforme ne prévoit pas expressément un délai en ce qui concerne la révélation des faits délictueux au ministère public. Elle doit cependant être faite dans les meilleurs délais. À défaut, une révélation tardive pourrait être considérée comme

¹⁶³² ART 716 al. 1 A.U.D.S.C.G.I.E.

¹⁶³³ Alain BURLAUD, « *L'auditeur et la question de la continuité de l'exploitation en période de crise économique* », http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/41/01/55/PDF/Continuite_de_l_exploitation.pdf.

une absence de révélation et entraîner par conséquent la mise en œuvre de la responsabilité du commissaire aux comptes.

Quant à la révélation des irrégularités et inexactitudes, l'Acte Uniforme prévoit qu'elle soit faite « à la plus prochaine assemblée générale »¹⁶³⁴. Le commissaire aux comptes ayant la possibilité de convoquer une assemblée générale des actionnaires, lors du déclenchement de la procédure d'alerte, il y'a lieu de noter que la révélation des irrégularités et inexactitudes peut se faire dans un délai raisonnable, de manière à attirer l'attention des actionnaires sur les dangers qu'encourt la société et le préjudice qu'ils pourraient subir si les faits constatés ne sont pas rectifiés. Mais il faut admettre que la révélation des faits délictueux au ministère public est parfois difficile à assumer par le commissaire aux comptes.

B- La difficulté d'assumer la dénonciation des dirigeants

Malgré le devoir d'alerte que lui impose la loi et l'obligation de révéler les irrégularités, les inexactitudes et les faits délictueux qu'il aurait à l'occasion de sa mission découverts, on constate que le commissaire aux comptes a parfois du mal à respecter ces obligations. Plusieurs raisons expliquent cette situation (1). Cependant, le législateur OHADA est ferme. Il a prévu des sanctions à l'encontre du commissaire aux comptes défaillant (2).

1- Les raisons justifiant la non révélation des faits délictueux au ministère public

L'exercice des fonctions de commissaire aux comptes au sein de la société commerciale n'est pas aussi évident que cela semble l'être. Bien qu'ayant l'obligation de procéder à l'alerte lorsqu'ils constatent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, et de révéler les irrégularités ou inexactitude lors de l'exploitation des documents comptables et financiers, ou encore les faits délictueux qu'ils auront constatés, certains commissaires aux comptes ont du mal, pour des raisons diverses, à se plier à ces obligations. Parmi ces raisons, on peut retenir la proximité avec les dirigeants sociaux, mais aussi les conditions de nomination et de rémunération des commissaires aux comptes dans la société.

- La proximité avec les dirigeants sociaux

En effet, la question de la proximité du commissaire aux comptes avec les dirigeants sociaux n'est pas une fiction. C'est une réalité qui s'observe dans certaines sociétés, lorsque les dirigeants sociaux, pour des raisons peu avouables entreprennent des actes qui ne tiennent pas compte de l'intérêt social. Pour cela, ils ne manquent pas de solliciter le silence du commissaire aux comptes par des actes de

¹⁶³⁴ Art. 716 al. 1 A.U.D.S.C.G.I.E.

corruption. La tentation est dès lors assez grande et certains commissaires aux comptes y succombent au regard des avantages proposés et en violation de la déontologie et des intérêts qu'ils doivent défendre¹⁶³⁵. En effet, « *La réalité quotidienne de l'auditeur le place au cœur d'importants conflits d'intérêts pour lesquels le code de déontologie professionnelle n'offre pas de solutions simples. L'auditeur se trouve souvent seul avec sa conscience pour résoudre les dilemmes que lui pose la non-convergence des intérêts de son client et ceux des tiers.* »¹⁶³⁶

La proximité des commissaires aux comptes vis-à-vis des dirigeants sociaux est donc révélatrice d'une absence d'indépendance¹⁶³⁷ des premiers par rapport aux seconds. Or, « *L'indépendance et la compétence sont les deux conditions de l'émission d'une opinion de qualité.* »¹⁶³⁸ On aurait pu croire que le fait que le commissaire aux comptes soit une personne physique ou morale extérieure à la société faciliterait l'accomplissement de sa mission. Mais les tentations de céder à la corruption sont bien souvent trop grandes, ce qui permet de relativiser le principe de l'indépendance du commissaire aux comptes. Par ailleurs, ses conditions de nomination et de rémunération le place également dans une situation de dépendance par rapport aux dirigeants sociaux.

- La dépendance liée aux conditions de nomination et de rémunération

Selon l'Acte Uniforme, « *Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance.* »¹⁶³⁹ Le commissaire aux comptes ainsi que son suppléant sont désignés dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive. Ils peuvent aussi être désignés en cours de vie sociale par l'assemblée générale ordinaire.

D'une manière générale, la désignation du commissaire aux comptes se fait sur proposition des dirigeants sociaux. Ceux-ci choisissent souvent des personnes physiques ou morales avec lesquelles ils ont une certaine affinité. Dans la plupart des cas, l'assemblée générale se contente d'entériner la proposition de ces derniers. Dès lors, le problème se pose de savoir si dans ce contexte, le commissaire aux comptes peut totalement conserver son indépendance vis-à-vis des dirigeants sociaux. C'est assez difficile à imaginer et on ne peut par conséquent pas parler d'une véritable neutralité dans la désignation du commissaire aux comptes¹⁶⁴⁰. Aussi, le commissaire

¹⁶³⁵ Aziber Seïd ALGADI, op. cit., p. 8.

¹⁶³⁶ Christian PRAT dit HAURET, « *L'indépendance du commissaire aux comptes : une analyse empirique basée sur des composantes psychologiques du comportement* », <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/58/45/24/PDF/PRAT.PDF>, p. 2.

¹⁶³⁷ Patrice S.A. BADJI, « *OHADA et bonne gouvernance d'entreprise* », <http://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine-20/Ohada-et-bonne-gouvernance-d>.

¹⁶³⁸ Christian PRAT dit HAURET, op. cit., p. 1.

¹⁶³⁹ Art. 697 A.U.D.S.C.G.I.E.

¹⁶⁴⁰ Aziber Seïd ALGADI, op. cit., p. 7.

aux comptes et son suppléant se sentent-ils parfois obliger de couvrir les indélicatesses des dirigeants sociaux en s'abstenant de déclencher la procédure d'alerte et en dissimulant les irrégularités et les faits délictueux qu'ils auront découverts.

En outre, le risque de voir le commissaire aux comptes de ne pas se soumettre aux obligations que lui impose la loi est encore plus réel quand on sait, qu'il est rémunéré par la société qu'il audite¹⁶⁴¹. Il est presque considéré comme un salarié de la société pendant la période de son mandat. Dès lors, son indépendance vis-à-vis de la société qui l'emploie est remise en cause. « *Engagé dans une relation client-fournisseur avec la société contrôlée car rémunérée par cette dernière, l'auditeur peut être confronté à un dilemme éthique s'il doit choisir entre l'émission d'une opinion sincère et la poursuite de la relation d'affaire* »¹⁶⁴² souligne Christian PRAT. C'est donc une réalité que le commissaire aux comptes peut être exposé du fait de l'absence d'indépendance.

L'indépendance dont il est question ici d'après le même auteur est « *la capacité réelle de l'auditeur à révéler dans son rapport d'audit, des manipulations ou erreurs comptables qui auraient une incidence significative sur les comptes. Elle se mesure par la capacité réelle de l'auditeur à s'assurer du respect des règles afin de donner une certification de qualité en révélant toute erreur, fraude, manipulation ou collusion des producteurs de l'information comptable et financière.* »¹⁶⁴³ Le fait qu'il soit rémunéré par la société place le commissaire aux comptes dans une situation délicate. La tentation peut être forte de dissimuler les irrégularités et de ne pas révéler les faits délictueux, en contrepartie d'un avantage proposé par les dirigeants sociaux dont il devient le complice.

Fort heureusement, le législateur OHADA a prévu des sanctions visant aussi bien les dirigeants sociaux que les commissaires aux comptes.

2- Les sanctions encourues en cas de défaillance du commissaire aux comptes

Le rôle que joue le commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales est assez significatif pour être pris à la légère. Le législateur OHADA a donc tenu, à sanctionner le non-respect des obligations légales qui lui sont imposées.

Ainsi dans le cadre de la procédure d'alerte, le commissaire aux comptes qui s'abstient de la déclencher alors qu'il existe un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation peut voir sa responsabilité engagée sur les plans civil et pénal¹⁶⁴⁴. Sa responsabilité est également engagée en cas de dissimulation des

¹⁶⁴¹ Art. 723 et s. A.U.D.S.C.G.I.E.

¹⁶⁴² Christian PRAT dit HAURET, op. cit, p. 2.

¹⁶⁴³ Christian PRAT dit HAURET, op. cit, p. 1.

¹⁶⁴⁴ Augustin ROBERT, Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables, Dalloz 2011/2012 ; Christian BYBI, « *Statut Professionnel et Responsabilité du Commissaire aux Comptes au Cameroun* », op. cit., p. 13 et s.

irrégularités ou inexactitudes découvertes, mais aussi en cas de non-révélation des faits délictueux au ministère public¹⁶⁴⁵.

- La responsabilité du commissaire aux comptes sur le plan civil

Le principe de la responsabilité civile du commissaire au compte est posé aux articles 381, 725 et suivants de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique. Ce principe est plus exposé dans la partie de l'Acte Uniforme relative aux sociétés anonymes, mais il également applicable aux autres formes de sociétés. Aux termes de l'article 725 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, « *Le commissaire aux comptes titulaire du mandat est civilement responsable, tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables, des fautes et négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions.* »

La responsabilité civile du commissaire aux comptes est donc retenue selon ce texte sur la base de trois éléments à savoir, les conséquences dommageables, les fautes et les négligences. En effet, il est clair que le fait de ne pas déclencher la procédure d'alerte alors que celle-ci est nécessaire constitue une faute, dont les conséquences sont préjudiciables à l'égard de la société, des associés ou actionnaires et des tiers. La responsabilité civile du commissaire aux comptes est donc engagée dès lors qu'il est démontré que par sa faute ou sa négligence, la société, les actionnaires ou associés et les tiers ont subi un préjudice.

Il faut dire que la faute retenue ici est celle qui découle de l'inexécution des obligations imposées tant par la loi que par les normes professionnelles¹⁶⁴⁶. Il est responsable de ses fautes personnelles et non des fautes de gestion des dirigeants sociaux. Le commissaire aux comptes est tenu d'une obligation de moyens¹⁶⁴⁷. Mais il peut aussi être tenu d'une obligation de résultat¹⁶⁴⁸ selon les cas. Dès lors, sa

¹⁶⁴⁵ Il faut préciser que la responsabilité du commissaire aux comptes défaillant peut également être engagée sur le plan disciplinaire conformément à la réglementation en vigueur dans les Etats parties membres de l'OHADA. Voir dans ce sens en ce qui concerne le Cameroun la loi n° 2011/009 du 06 mai 2011 relative à l'exercice de la profession comptable libérale et au fonctionnement de l'ordre national des experts-comptables du Cameroun.

¹⁶⁴⁶ Sur les différentes fautes engageant la responsabilité civile du commissaire aux comptes, voir Aziz DIEYE, op. cit., <http://www.lacpa.org.lb/Includes/Images/Docs/TC/newsletter24/12%20Responsabilite%20des%20CC%20ds%20les%20etats%20parties.pdf>.

¹⁶⁴⁷ L'obligation de moyens est retenue lorsque la mission du commissaire aux comptes cède la place à une incertitude découlant d'un aléa. Voir en ce sens, CA Rennes, 27 mai 1975, rev. Soc. 1976, p. 210, note Y. GUYON ; Cas. Com., 9 fev. 1988, rev. Soc. 1988, p. 555, note J. MONEGER (sur la nature de l'obligation de moyens, de la certification, de la régularité, et de la sincérité des comptes).

¹⁶⁴⁸ C'est le cas par exemple en ce qui concerne l'obligation d'informer les dirigeants sociaux ou organes de direction des irrégularités et inexactitudes, de révéler au ministère public les faits délictueux. C'est aussi le cas en ce qui concerne les rapports sur les conventions réglementées entre les dirigeants sociaux et la

responsabilité est retenu à partir du moment où le demandeur démontre qu'il a commis une faute déterminée – déclenchement tardif de la procédure d'alerte ou non déclenchement de celle-ci, non révélation des irrégularités ou inexactitudes, défaut de révélation des faits délictueux au ministère public, certification d'un bilan inexact, certification sans vérification des chiffres présentés par les dirigeants sociaux, certification sans réserve¹⁶⁴⁹, la non-révélation des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation -. Mais la faute seule ne suffit pas à retenir la responsabilité du commissaire aux comptes. Il faut par ailleurs, selon ce que prévoit le droit commun de la responsabilité que le demandeur ait subi un préjudice juridique réparable. Enfin, il est important qu'un lien de causalité soit établi entre la faute déterminée et le préjudice, car la responsabilité civile du commissaire aux comptes ne peut être retenue si ce lien n'est pas établi¹⁶⁵⁰.

Outre la mise en œuvre de sa responsabilité civile, le commissaire aux comptes peut faire l'objet de poursuites pénales.

- La responsabilité pénale du commissaire aux comptes

Conformément à l'article 716 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'intérêt économique, le commissaire aux comptes est tenu de révéler au ministère public, les faits délictueux dont il a eu connaissance en effectuant sa mission. Le non-respect de cette obligation de révélation des faits délictueux au ministère public l'expose à la mise en œuvre de sa responsabilité pénale.

Le commissaire aux comptes est investi d'une mission de contrôle permanente de la situation comptable de la société. En s'abstenant de déclencher la procédure d'alerte ou de révéler les faits délictueux qu'il aurait découverts lors de l'exercice de sa mission, il engage sa responsabilité de manière directe. En outre, sa responsabilité pénale peut être retenue indirectement sur le fondement de la complicité¹⁶⁵¹ pour des infractions relatives, à la présentation des états financiers de synthèse ne reflétant pas pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de

société, la certification du montant global des rémunérations attribuées actionnaires ou associés les mieux payés, le contrôle de la régularité des modifications statutaires, la convocation des organes de direction et de l'assemblée générale faisant suite au déclenchement de la procédure d'alerte.

¹⁶⁴⁹ « Le commissaire aux comptes qui refuse temporairement de certifier des comptes doit s'assurer, lorsqu'il change d'avis, que sa décision s'appuie effectivement sur un nouvel élément qui n'existait pas ou dont il n'avait pas connaissance au moment du refus. » François PASQUALINI et Gaëtan MARAIN, « Refus de certification et responsabilité du commissaire aux comptes. Note sous Cour de cassation (com.), 18 février 2014, n° 12-29.075 (FS-P+B), Sté Hainaut immobilier c/ Schotte », in Revue des sociétés, 2014, p. 517 et s., n° 4.

¹⁶⁵⁰ Sur le caractère incertain du lien de causalité et l'évaluation du préjudice, Christian BYBI, « Statut Professionnel et Responsabilité du Commissaire aux Comptes au Cameroun », op. cit., p. 21 et s.

¹⁶⁵¹ Nicole STOLOWY, « La responsabilité pénale du commissaire aux comptes », revue des sociétés, juillet-sept. 1998, p. 521.

l'exercice¹⁶⁵². Sa complicité peut également être retenue en cas d'abus de bien sociaux, d'abus de confiance ou d'escroquerie, de présentation de faux bilans, de fraude fiscale, de recel, de détournement de fonds ou de faux et usage de faux.

Mais de manière générale, on peut retenir deux situations qui peuvent conduire à la mise en œuvre de la responsabilité pénale du commissaire aux comptes, conformément à l'article 899 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'intérêt économique. Aux termes de cet article, « *Encourt une sanction pénale, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, a sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situations de la société ou qui n'a pas révélé au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance.* » L'Acte Uniforme prévoit ainsi des sanctions en ce qui concerne les informations mensongères, mais également en ce qui concerne la non-révéléation des faits délictueux au ministère public.

S'agissant des informations mensongères, l'élément matériel de l'infraction ici est double. En effet, on retient d'une part la divulgation d'une information mensongère liée à la mission qu'effectue le commissaire aux comptes¹⁶⁵³. Si la loi ne précise pas le contenu de l'information mensongère, on peut cependant noter qu'il pourrait s'agir des informations relatives à l'état financier et comptable de la société, même s'il est difficile de limiter le contenu de l'information mensongère aux seules situations financières et comptables¹⁶⁵⁴. D'autre part, il faudrait que cette information soit intentionnellement¹⁶⁵⁵ communiquée aux associés ou actionnaires et aux tiers quelle que soit la forme utilisée.

Quant à la non-révéléation des faits délictueux, l'élément matériel porte sur l'absence de dénonciation de faits considérés comme délictueux. Il s'agit notamment de tous les faits, relatifs aux situations irrégulières que le commissaire aux comptes aurait découverts dans le cadre de sa mission. Malgré le silence du législateur OHADA sur le délai de la révélation des faits délictueux, celle-ci doit se faire dans un délai raisonnable, car une dénonciation tardive pourrait engager la responsabilité du commissaire aux comptes¹⁶⁵⁶. En outre, il faudrait que ce dernier ait eu connaissance des faits délictueux, mais aussi qu'il ait décidé sciemment de ne pas les révéler pour que soit retenu l'élément intentionnel.

¹⁶⁵² Art. 890 A.U.D.S.C.G.I.E.

¹⁶⁵³ Gradi MONGAY, « *La responsabilité pénale des commissaires aux comptes* », http://www.legavox.fr/blog/gradi-mongay/responsabilite-penale-commissaires-comptes-droit-12876.htm#_U7-7tJR_ssY.

¹⁶⁵⁴ GRUYON et G. COQUEREAU. « *Le nouveau statut de Commissaire aux comptes* », JCP n° 1969, études pratiques n° 87150.

¹⁶⁵⁵ Cass. Crim. 2 Avril 1990 n° 142, *Revue des Sociétés* 1990, p.461 ; Cass. Crim. , 26 Mai 1986, Bull. CNCC, Mars 1987, n°65, p.83.

¹⁶⁵⁶ Affaire du Comptoir national du logement, Cass.crim. 8 Février 1968, Bull. Crim., n° 42, p. 95 ; Besançon 24 Mai 1984, Bull. CNCC, n° 56, p. 480.

En somme, il ne fait pas de doute que le législateur OHADA tient à assurer la sécurité juridique dans le cadre du fonctionnement des sociétés commerciales, ceci afin de protéger tant les acteurs internes à celles-ci, que ceux externes face aux dirigeants sociaux ou aux organes de direction indélébiles. La sécurité est donc prise en compte ici. Elle « *suppose avant tout que l'on puisse prévoir la solution des situations juridiques et compter sur elle grâce à des moyens de contraintes garantissant la réalisation des droits. Sans prévisibilité donc, il n'y a point de sécurité juridique* ». ¹⁶⁵⁷

Toutefois, malgré les mesures prises, il existe toujours un risque de défaillance du commissaire aux comptes, dès lors, les obligations de déclencher la procédure d'alerte et de révéler au ministère public les faits délictueux sont remises en cause à partir du moment où le commissaire aux comptes chargé d'auditer la société commerciale prend le parti, de couvrir les agissements illégaux des organes de direction au détriment de l'intérêt social, des actionnaires ou associés et des tiers.

Il est donc légitime de penser que les sanctions prévues par le législateur OHADA contre le commissaire aux comptes ne sont pas assez efficaces ¹⁶⁵⁸, car elles n'interviennent que lorsque la société est en difficulté ¹⁶⁵⁹. Ainsi s'agissant des sanctions pénales, un auteur souligne que « *L'imprécision qui les caractérise n'est pas de nature à assurer une quelconque exécution. En effet, faut-il rappeler que l'Acte Uniforme ne détermine pas les sanctions pénales et renvoie à l'application de la loi nationale de chaque Etat partie au Traité. Cette situation génère non seulement un manque d'uniformisation, quant aux sanctions, concernant une même infraction, selon qu'on se trouve dans un Etat ou dans un autre, mais peut entraîner une quasi-impunité des actes répréhensibles. Il importe dès lors d'agir en amont pour garantir une véritable prévention.* » ¹⁶⁶⁰ Il est clair que des réformes sont nécessaires, afin de renforcer le contrôle des dirigeants sociaux ou des organes de direction par le commissaire aux comptes ¹⁶⁶¹, mais surtout afin de renforcer la surveillance même des activités du commissaire aux comptes au sein des sociétés commerciales et leur assurer une totale indépendance dans le cadre de l'exercice de leur mission.

¹⁶⁵⁷ Paul-Gérard POUGOUE, « *Présentation générale du système OHADA* », in Les mutations juridiques dans le système OHADA, sous la direction de André AKAM AKAM, Harmattan, 2009, n° 8, p. 14.

¹⁶⁵⁸ Aziber Seïd ALGADI, op. cit., p. 12.

¹⁶⁵⁹ Aziber Seïd ALGADI, op. cit., p. 13.

¹⁶⁶⁰ Aziber Seïd ALGADI, op. cit., p. 13.

¹⁶⁶¹ Euloge Mesmin KOUMBA, op. cit., p. 221 et s.

**« Le Ministère Public et la mise en mouvement de l'action civile en droit
de la propriété intellectuelle dans l'espace OHADA »**

Par

NGO'O Samuel Emmanuel

*Juge d'Instruction au Tribunal de Première et Grande Instance de
Nanga- Eboko, DESS en droit de la propriété intellectuelle*

NGUELE MBALLA Fabrice

*Juriste-Consult, Cabinet Isis Conseils, Mandataire agréée OAPI,
Doctorant en droit, DESS en droit de la propriété intellectuelle*

Résumé

Corps de magistrats établis près les juridictions de l'ordre judiciaire ayant pour mission de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à la bonne application de la loi et au respect de l'ordre public, le Ministère public ne peut pas en principe déclencher le procès civil. Il ne peut le faire que dans des cas limitativement prévus par la loi de façon explicite, le procès civil étant l'affaire des parties, seules celles-ci ont en règle générale la prérogative du déclenchement de l'action civile. Seulement fort est de constater qu'en matière de propriété intellectuelle une extension des cas de mise en mouvement du procès civil par le Ministère public est consacrée par l'Accord de Bangui Révisé, législation communautaire régissant cette matière dans tous les Etats membres de l'OHADA. Encore que face aux difficultés de mise en application pratique de cette extension, quelques solutions sont envisageables.

Plan sommaire

- I- La possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en déchéance et en radiation par le Ministère Public : les mérites de l'Accord de Bangui Révisé
 - A- La consécration de l'Accord de Bangui Révisé
 - 1- La formulation de la possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en radiation et en déchéance par le Ministère Public
 - 2- Les contours et significations de cette consécration
 - B- Les mérites de la consécration : la participation à une plus grande protection des intérêts de l'Etat.
- II- Des difficultés d'ordre procédural dans la mise en œuvre de cette extension
 - A- De la difficile matérialisation de cette extension
 - 1- La question du mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public
 - 2- La question de l'information du Ministère Public
 - B- Quelques solutions envisageables

Introduction

La propriété intellectuelle peut être comprise comme l'appropriation par l'homme de l'expression de son « génie créateur »¹⁶⁶². Elle s'insère en fait dans un vaste ensemble dont le socle repose sur le droit de la propriété tel que régi par les dispositions du code napoléonien. Toutefois, à la différence de la propriété au sens civiliste du terme qui est centrée sur une appropriation des biens matériels, la propriété intellectuelle porte sur une autre catégorie de biens axés sur l'appropriation du savoir dans tous les domaines de l'activité humaine (art, littérature, science, technologie, commerce, industrie...). On parlera ainsi de propriété industrielle lorsqu'il s'agira des créations nouvelles¹⁶⁶³ ou des signes distinctifs¹⁶⁶⁴, et de propriété littéraire ou artistique s'agissant des droits d'auteurs et des droits voisins.

Dans l'espace de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)¹⁶⁶⁵- espace dans lequel se retrouvent désormais tous les Etats parties au traité OHADA¹⁶⁶⁶- le dispositif normatif régissant cette matière est constitué entre autre par l'Accord de Bangui Révisé (ABR)¹⁶⁶⁷ et les législations nationales relatives à la propriété littéraire et artistique ; cet *instrumentum* juridique octroi en fait aux créateurs et autres artistes, une exclusivité d'exploitation de leurs actifs, exclusivité au demeurant limitée dans le temps et dans l'espace. Néanmoins, l'exercice par ces derniers des droits exclusifs qui leurs sont ainsi conférés ne se fait bien souvent pas sans heurt. Des cas de violations des droits de propriété intellectuelle existent effectivement et donnent lieu à un contentieux notamment judiciaire, au pénal comme au civil. Le point focal de la présente étude est justement relatif au contentieux judiciaire civil de la propriété intellectuelle. De fait nous nous attardons sur l'office du Ministère Public dans la mise en mouvement des actions à fin civile en matière de propriété intellectuelle.

¹⁶⁶²OAPI, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les Etats membres de l'OAPI, Guide du magistrat et des auxiliaires de justice*, 1^{ère} édition, collection OAPI, Yaoundé, 2009, P. 11.

¹⁶⁶³ Inventions brevetables, modèle d'utilité, obtentions végétales, topographies des circuits intégrés

¹⁶⁶⁴ Marques, dessins et modèles industriels, noms commerciaux, indications géographiques.

¹⁶⁶⁵ Organisation créée en 1977 et révisée en 1999, constituée du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de République Centrafricaine, du Congo, de la Cote d'ivoire, du Gabon, de la Guinée, de la Guinée équatoriale, de la Guinée Bissau, du Mali, de la Mauritanie, du Niger, du Sénégal, du Tchad, du Togo et désormais des îles Comores.

¹⁶⁶⁶ Notamment depuis le 25 mai 2013, avec l'adhésion des îles Comores au traité OAPI.

¹⁶⁶⁷ L'Accord de Bangui du 2 Mars 1977 est issue de la réactualisation de l'Accord de Libreville du 13 septembre 1962 ayant mis en place l'Office Africain et Malgache de la Propriété Intellectuelle (OAMPI) ;

L'action civile désigne le moyen par lequel est introduite et partant déclenchée une instance judiciaire civile¹⁶⁶⁸. Par principe général de droit, elle intervient en dehors de toute infraction pénale. Le Ministère Public ne peut donc qu'être partie jointe au procès civil qui par conception est l'affaire des parties ; c'est une suite du principe du dispositif sur lequel s'accorde le droit positif¹⁶⁶⁹. Il ne peut en règle générale exercer cette action, ni en tenter une autre relativement à elle¹⁶⁷⁰. Néanmoins une exception est faite à ce précepte. Corps de magistrats établis près les juridictions de l'ordre judiciaire ayant pour mission de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à la bonne application de la loi et au respect de l'ordre public, le Ministère public peut intervenir comme partie principale dans des cas limitativement prévus par la loi de façon explicite. En effet, le droit processuel civil prévoit des cas dans lesquels le Ministère public peut agir comme partie principale dans un procès civil et dans ce cadre mettre en mouvement cette action¹⁶⁷¹. C'est dire qu'en dehors de ces hypothèses, le Ministère public n'a manifestement aucun rôle à jouer dans le déclenchement de cette action en vertu des règles traditionnelles qui gouvernent la procédure civile. Seulement, fort est de constater qu'à la lecture attentive des dispositions de l'Accord de Bangui Révisé relatives aux actions judiciaires civiles¹⁶⁷², une extension notable à ce principe est consacrée ici. Sous réserve des développements à suivre, le Ministère Public loin de n'être qu'une partie jointe au procès civil, semble même en devenir également une partie principale en matière de propriété intellectuelle¹⁶⁷³.

Ainsi entendu, dans la perspective d'apporter notre modeste pierre à l'amélioration de l'environnement juridique et judiciaire dans l'ensemble des Etats parties à l'Ecole Régionale Supérieure de Magistrature (ERSUMA), désormais rassuré par l'identité du droit matériel de la propriété intellectuelle dans les dits Etats¹⁶⁷⁴, et soucieux de participer à la formation et au perfectionnement des magistrats et

¹⁶⁶⁸ In [www.http://dictionnaire-juridique.jurimodel.com/Action%20civile.html](http://dictionnaire-juridique.jurimodel.com/Action%20civile.html) , consulté le 03 juin 2013 à 17h03.

¹⁶⁶⁹ G. Kere Kere, *droit civil processuel, la pratique judiciaire au Cameroun et devant la Cour Communautaire de Justice commune et d'arbitrage*, 1^{ère} édition, Yaoundé, SOPECAM, 2006, P.106 ; dans le même sens C. Renaud et V. Mikalef-Toudic, « le ministère public, partie principale dans le procès civil », article in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 59, n° 3, 2007, pp.723-725 ;

¹⁶⁷⁰ *Dictionnaire de droit*, Tome I, Paris Dalloz, 2^{ème} édition, 1966, P.47

¹⁶⁷¹ En droit processuel camerounais il en est ainsi précisément relativement à la **protection des absents, disparus et personnes placées dans un établissement d'aliénés, à la protection des incapables mineurs et majeurs, relativement à la protection de l'institution du mariage, et à la protection de l'état civil et de la nationalité**. Lire à ce propos M. Njoya Njumou, *le rôle du Ministère Public en droit Camerounais*, Mémoire de DEA droit privé fondamental, Université de Yaoundé II, 2006.

¹⁶⁷² Il s'agit notamment de l'article 43 de l'annexe I, de l'article 38 de l'annexe II, des articles 23 et 24 de l'annexe III, de l'article 16 de l'annexe VI, de l'article 14 de l'annexe V et de l'article 40 annexe X.

¹⁶⁷³ S.E Ngo'o « *le rôle du Ministère Public dans le contentieux judiciaire de la propriété intellectuelle* », Mémoire de DESS en droit de la propriété intellectuelle, Université de Yaoundé II, 2012, P.46.

¹⁶⁷⁴ Depuis le 25 mai 2013, avec l'intégration des îles Comores dans l'espace OAPI, tous les états signataires du traité harmonisant le droit des affaires au sein de l'OHADA sont en effet également signataires du traité de l'OAPI et de ses annexes sur les différents droits de propriété intellectuelle.

des auxiliaires de justice de ces Etats en droit des affaires et en droit comparé, l'intérêt scientifique de notre présente contribution au Numéro 3 de la Revue scientifique de cette école régionale est à la fois théorique et pratique ; Dans une perspective théorique, il s'agit de relever pour s'en inspirer les atouts et limites de notre législation en matière de procédure civile. Toute chose qui sur un terrain pratique permettra à coup sûr de participer à l'édification et au meilleur outillage des acteurs du contentieux de la propriété intellectuelle que sont les magistrats notamment, pour un meilleur rendu de la justice en cette matière.

Au-delà de cet intérêt dual, il est constant que l'on puisse raisonnablement opposer la question de l'opportunité, sinon de la justesse de l'incorporation de notre contribution, relevant éminemment du droit de la propriété intellectuelle, dans une revue scientifique de droit des affaires en l'occurrence celle de l'ERSUMA. Le fondement de cette interrogation peut pour le moins s'expliquer par le fait qu'il n'existe jusqu'à ce jour aucun acte uniforme OHADA sur le droit de la propriété intellectuelle. Pour le reste, la justification de notre contribution à la présente revue réside entre autre sur le fait d'abord que les acteurs économiques du monde des affaires sont inévitablement saisis par les questions liées au fonds de commerce¹⁶⁷⁵, à l'innovation, à la concurrence déloyale, bref à la propriété intellectuelle. Ensuite il importe de préciser avec les Professeurs Joseph ISSA SAYEGH et Paul-Gérard POUGOUE¹⁶⁷⁶, que la réforme projetée des missions et du fonctionnement de l'ERSUMA, recommande un élargissement *rationae materiae* du champ de formation au sein de cette école régionale, lequel élargissement est susceptible d'intégrer le droit de la propriété intellectuelle afin de compléter et de rendre plus cohérent le paysage juridique uniformisé des Etats membres de l'OHADA dont tous les Etats membres sont au demeurant désormais également signataires de l'ABR instituant l'OAPI.

Ainsi entendu, c'est par une approche descriptive et analytique, illustrée par une bibliographie actualisée, que nous examinons les singularités de l'office du Ministère Public dans le déclenchement de l'action civile en matière de propriété intellectuelle. Dans ce sens il importe de relever le mérite du législateur de Bangui dans sa consécration de la possibilité de déclenchement des actions civiles en nullité, en déchéance et en radiation par le Ministère Public (I), même si un minutieux regard critique nous impose de regretter des difficultés d'ordre procédural dans la mise en œuvre de cette extension (II).

*

¹⁶⁷⁵ Celui-ci étant considéré dans ses composantes et actifs corporelles ou incorporelles, matérielles comme immatérielles ; Cf. article 135 et s. Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général.

¹⁶⁷⁶ J. Issa Sayegh et P. G. Pougoué, *l'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions* communication écrite préparée pour les Actes du Colloque sur "l'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) in *Revue de Droit Uniforme*, 2008, P.461.

I- **La possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en déchéance et en radiation par le Ministère Public : les mérites de l'Accord de Bangui Révisé**

En effet dans l'esprit de l'Accord de Bangui révisé, la considération des spécificités inhérentes au droit de la propriété intellectuelle est de nature à motiver une certaine inflation de l'office du Ministère Public dans cette matière. En fait, le droit de la propriété intellectuelle se particularise par la constante recherche de l'équilibre entre d'une part l'intérêt des créateurs et autres innovateurs, dont il importe d'encourager les créations et autres solutions apportées aux problèmes sociaux par l'octroi d'exclusivités d'exploitation, et d'autre part l'intérêt général de la société, qui souffrirait à coup sûr d'une extension abusive de privilèges accordés aux créateurs et innovateurs¹⁶⁷⁷. Entendu comme le corps de magistrats établi auprès des juridictions de l'ordre judiciaire, ayant pour mission de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à la bonne application de la loi et au respect de l'ordre public, Il va sans dire que l'exercice de sa mission par le Ministère Public doit pour le reste tenir compte des droits et libertés des citoyens et de l'intérêt de la société. C'est dans ce sens qu'il faut certainement interpréter l'originale extension par l'ABR, de la possibilité de déclenchement de l'action civile par le Ministère Public. Cette consécration a été faite notamment en ce qui concerne les actions civiles en nullité, en radiation et en déchéance des titres de propriété industrielle. Il convient d'examiner les termes et contours de la consécration de l'ABR (A), afin d'en analyser les mérites (B).

A- **La consécration de l'Accord de Bangui Révisé**

En fait, l'Accord de Bangui dans sa dernière révision de 1999, attribut au Ministère Public le droit d'exercer les actions civiles en nullité, en radiation ou en déchéance devant les juridictions civiles. Il importe de prime abord de présenter la terminologie et le cadre de la formulation de cette consécration (1) avant d'en élucider les contours et significations (2).

¹⁶⁷⁷ Cf. S. Ngo Bem, *l'intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en développement*, Mémoire de DESS « Accords et propriété industrielle », Strasbourg, Université Robert Schuman- 2003, P. 9

1- La formulation de la possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en radiation et en déchéance par le Ministère Public

Le législateur communautaire formule cette possibilité tantôt implicitement, par l'emploi d'une terminologie vague et extensive dans la définition des personnes ayant le droit d'exercer ces actions, tantôt même de manière expresse et explicite dans l'énumération des titulaires de cette action concernant certains actifs de propriété intellectuelle.

Implicitement, dans ses dispositions relatives à l'exercice de l'action en nullité ou en déchéance tout comme dans celles relatives à la radiation, l'ABR parle de « **toute personne intéressée** » s'agissant des titulaires de ses actions civiles. Il en est ainsi notamment s'agissant tant des inventions brevetables¹⁶⁷⁸, des modèles d'utilité¹⁶⁷⁹, des marques¹⁶⁸⁰ ou des noms commerciaux¹⁶⁸¹. C'est dire que sont visées toutes personnes pouvant justifier d'un intérêt à voir les titres en question annulés, déchus, ou radiés. *De jure* et *de facto*, rien n'exclut ainsi que le Ministère Public ne soit visé par ces articles, considération étant faite de ce que c'est lui qui, par définition, a la charge de veiller au respect de la loi de l'ordre public et des intérêts de l'Etat. Telle peut justement être son intérêt dans de telles procédures. A titre d'illustration, dans l'hypothèse où un signe contraire à l'ordre public parvient à être enregistré comme marque tout porte à croire, d'après ce qui précède, que le Ministère Public puisse normalement mettre en mouvement l'action civile en nullité d'une telle marque ; c'est le sens qu'il faut implicitement donner à ces dispositions de l'Accord de Bangui Révisé.

De plus et de manière plus **explicite** et plus **expresse**, dans certains cas l'Accord énonce la possibilité pour le Ministère Public d'exercer les actions civiles susvisées. C'est ainsi que l'article 43 de l'annexe I sur les inventions brevetables, intitulé *exercice de l'action en nullité ou en déchéance*, après avoir énoncé en son alinéa 1 que :

*« L'action en nullité et l'action en déchéance peuvent être exercées
par
toute personne y ayant intérêt »,*
stipule dans son alinéa 2 que :

« Dans toute instance tendant à faire prononcer la nullité ou la déchéance d'un brevet, le Ministère Public peut se rendre partie intervenante et prendre des réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la déchéance absolue du brevet ».

D'ailleurs cet article renchérit d'ailleurs en postulant en son alinéa 3 que :

¹⁶⁷⁸ Article 43 alinéa 1 de l'annexe I.

¹⁶⁷⁹ Article 38 alinéa 1 de l'annexe II.

¹⁶⁸⁰ Article 23 et 24 de l'annexe III.

¹⁶⁸¹ Article 14 de l'annexe V.

« Il (le Ministère Public) peut même se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la nullité, dans les cas prévus par l'article 39.1) b) ».

Telle est formulée la possibilité de l'action même principale du Ministère Public dans le procès civil en matière de brevet, et précisément quant à la nullité ou la déchéance d'un titre de propriété intellectuelle.

Cette formulation n'est pas unique pour les inventions brevetables. On la retrouve en substance dans les dispositions de l'Accord pour ce qui est des autres catégories de la propriété intellectuelle. Ainsi notamment, l'article 38 de l'annexe II sur les modèles d'utilité énonce pareillement que :

« 1) L'action en nullité et l'action en déchéance peuvent être exercées par toute personne y ayant intérêt.

2) Dans toute instance tendant à faire prononcer la nullité ou la déchéance d'un modèle d'utilité, le Ministère Public peut intervenir et prendre des réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la déchéance absolue du modèle d'utilité.

3) Il peut même se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la nullité, dans les cas prévus par l'article 34.1(b). »

Il en va de même pour l'article 24 de l'annexe III sur les marques, intitulé « nullité » qui dispose que :

« 1) L'annulation des effets sur le territoire national de l'enregistrement d'une marque est prononcée par les tribunaux civils à la requête, soit du Ministère Public, soit de toute personne ou syndicat professionnel intéressé ».

Similairement en est-il pour ce qui est de la radiation de la marque. L'article 23 de l'annexe 3 intitulé « Radiation » dispose :

« A la requête de tout intéressé, le Tribunal peut ordonner la radiation de toute marque enregistrée qui, pendant une durée ininterrompue de 5 ans précédant l'action, n'a pas été utilisée sur le territoire national de l'un des Etats membres pour autant que son titulaire ne justifie pas d'excuses légitimes ».

On pourrait ainsi poursuivre le même raisonnement relativement aux autres catégories de propriété intellectuelle¹⁶⁸².

¹⁶⁸²Article 14 de l'annexe V pour ce qui est des noms commerciaux : « L'annulation des effets sur le territoire national de l'un des Etats membres de l'enregistrement d'un nom commercial est prononcée par les tribunaux civils à la requête, soit du Ministère Public soit de toute personne physique ou morale intéressée ». Article 16 de l'annexe VI pour ce qui est des Indications Géographiques « 1) Toute personne intéressée ainsi que tout groupement intéressé de producteurs ou de consommateurs peuvent intenter les actions prévues à l'alinéa 2) contre l'auteur de l'utilisation illicite, au sens de l'article 15.3) et 5) d'une indication géographique enregistrée et contre les personnes contribuant à cette utilisation. » et article 40 de l'annexe X pour ce qui est des Obtentions Végétales « 1) Toute personne qui justifie d'un intérêt peut saisir le Directeur Général d'une demande d'annulation. »

Au total, voilà comment se trouve formulé tant implicitement qu'explicitement, la consécration de la possibilité de mise en mouvement de l'action civile par le Ministère public. Il s'agit maintenant de préciser les contours et significations de cette consécration.

2- Les contours et significations de cette consécration

Les dispositions sus évoquées indiquent singulièrement que dans les hypothèses de nullité, de déchéance ou de radiation des titres de propriété intellectuelle, le Ministère public, en l'occurrence les Procureurs Généraux, les Procureurs de la République ou même leurs auxiliaires - les officiers de polices judiciaires, peuvent même d'office déclencher l'action civile devant les juridictions civiles. Il importe de s'arrêter un temps soit peu sur la signification des concepts de nullités, déchéance et radiation en matière de propriété intellectuelle toute chose qui nous permettra à coup sûr de mieux cerner les contours de la consécration de cette singulière possibilité pour le Ministère public de déclencher l'action civile devant les juridictions civiles.

La nullité est la sanction prononcée à l'encontre d'un titre de propriété intellectuelle en l'occurrence de propriété industrielle, obtenue en ignorance des conditions de fond ou de forme prévues par l'ABR. D'après la législation communautaire¹⁶⁸³ elle est prononcée à l'issue d'une action civile exercée devant une juridiction civile. Sont limitativement concernées par l'action en nullité, l'invention brevetable, le modèle d'utilité, la marque, le nom commercial, l'obtention végétale et les schémas de configuration encore appelée topographie des circuits intégrés¹⁶⁸⁴.

Ainsi entendu et à titre d'illustration, d'après l'article 24 de l'annexe III de l'ABR, l'annulation des effets sur le territoire national de l'enregistrement d'une marque peut être prononcée par les Tribunaux Civils à la requête notamment du Ministère Public, à l'encontre d'une marque enregistrée en ignorance des dispositions des articles 2 et 3 de l'annexe III, lesquelles dispositions indiquent les signes admis en tant que marque, et les marques ne pouvant être valablement enregistrées. Il en est ainsi par exemple de la marque dépourvue de caractère distinctif notamment du fait qu'elle est constituée de signes ou d'indication constituant la désignation nécessaire ou générique du produit ou la composition du produit marqué¹⁶⁸⁵. Aux termes des articles 24 et suivants susvisés, le Ministère Public peut

¹⁶⁸³L'Accord de Bangui révisé donne compétence aux juridictions civiles des Etats membres en matière de nullité, de radiation et de déchéance. Le juge civil a par conséquent une compétence de droit commun en la matière. Les articles 44 de l'annexe I, 39(1) de l'Annexe II, 47(1) de l'Annexe III, et 38(1) de l'Annexe IX en rendent notamment compte pour ce qui est respectivement des brevets d'invention, des modèles d'utilité, des marques de produits et de services, et des schémas de configuration.

¹⁶⁸⁴ In S.E Ngo'o, op. cit. P. 49

¹⁶⁸⁵ In F. Nguete Mballa, *usage et droit des signes distinctifs dans l'espace OAPI : le cas des marques de produits et de service*, Mémoire de DESS en droit de la propriété intellectuelle, Université de Yaoundé II, 2011, P.28

raisonnablement et même expressément déclencher l'action civile visant l'annulation des effets de l'enregistrement d'un tel signe comme marque.

D'un autre côté, la déchéance se définit substantiellement comme la perte d'un droit soit à titre de sanction, soit en raison du non – respect des conditions d'exercice et d'exploitation d'un titre de propriété industrielle.

L'action en déchéance peut être engagée devant les tribunaux civils à l'encontre du titulaire d'un brevet, d'une marque ou d'un modèle d'utilité, qui n'a pas acquitté son annuité à la date anniversaire du dépôt de la demande, ni dans le délai de grâce de six mois suivant cette date et qui en outre a laissé passer le délai de restauration¹⁶⁸⁶; elle peut également être prononcée à l'encontre du titulaire d'une marque collective dans les cas où ce dernier a cessé d'exister, ou dans celui où le règlement qui en fixe les conditions d'utilisation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

La radiation quant à elle peut être demandée par le Ministère Public devant une Juridiction civile pour une marque enregistrée non exploitée, une indication géographique enregistrée, un schéma de configuration enregistré ;

Elle peut également être requise pour la dénomination d'une variété végétale nouvelle, à la suite d'une décision judiciaire interdisant l'utilisation de la dénomination en relation avec la variété.

En définitive, telles se présentent les différentes hypothèses pour lesquelles l'Accord de Bangui Révisé consacre au Ministère Public la prérogative même d'office de déclencher l'action civile devant les juridictions civiles.

Ainsi entendu il importe de saluer en le fondant le mérite de cette consécration.

B- Les mérites de la consécration : la participation à une plus grande protection des intérêts de l'Etat.

En effet, la consécration de l'extension de saisine des juridictions civiles par le Ministère Public telle que sus-développée et dont on peut louer l'originalité, exprime pour notre législation communautaire une plus grande implication des autorités judiciaires dans la protection des intérêts des Etats membres partie à l'Accord de Bangui Révisé.

¹⁶⁸⁶ In OAPI, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les Etats membres de l'OAPI, Guide du magistrat et des auxiliaires de justice*, op. cit. P.92

En fait, partant du postulat selon lequel les cas d'intervention à titre principal du Ministère Public sont prosaïquement et généralement constitués par les hypothèses de non-respect des dispositions légales visant la protection des intérêts étatiques, l'on est amené à apprécier cette consécration d'une extension des missions classiques du Ministère Public. A titre d'illustration, dans le cas des brevets d'invention, ainsi qu'il a été relevé plus haut, le Ministère Public peut se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la nullité, dans les cas prévus par l'article 39.1(b) de l'annexe I de l'ABR; il s'agit précisément des hypothèses d'inventions non susceptibles d'être brevetées, aux termes de l'article 6 du même annexe. La lecture de l'alinéa-a de cet article évoque justement :

« L'invention dont l'exploitation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

On comprend dès lors la justesse de l'office du Ministère Public dans l'action civile en matière de nullité pour non-conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Le même raisonnement peut être pareillement effectué dans les autres cas d'actions principales possibles par le Ministère Public. Evoquons ainsi le cas des objets non protégeables comme modèles d'utilité (article 4 alinéa 1 annexe II ABR), ou encore le cas des signes non protégeables comme marques dans le sens des alinéas c et e de l'article 3 de l'Annexe III ; ces dernières dispositions concernent les cas de marques contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois et les cas de marques qui reproduisent, imitent ou contiennent parmi leurs éléments des armoiries, drapeaux ou autres emblèmes, abréviation ou sigle ou un signe ou poinçon officiel de contrôle et de garantie d'un Etat ou d'une organisation intergouvernementale créée par une convention internationale, sauf autorisation de l'autorité compétente de cet Etat ou de cette Organisation.

Ainsi entendu, s'il faut certes saluer le brio de l'extension originale ainsi introduite dans l'office du Ministère Public par le législateur de Bangui, il reste que de farouches difficultés d'ordre procédural enrayent la mise en œuvre de cette extension.

II- Des difficultés d'ordre procédural dans la mise en œuvre de cette extension

Dans une perspective pratique, et nonobstant le mérite à reconnaître à l'initiative du législateur OAPI, il importe de remarquer pour le critiquer, la difficulté de concrétiser l'exception de mise en mouvement de l'action civile par Ministère Public, en l'état actuel de notre législation. De fait il convient de relever la difficile

matérialisation de cette extension afin d'oser quelques propositions pour le contournement de cette difficulté.

A- De la difficile matérialisation de cette exception

En effet, si la consécration de la faculté du Ministère Public de déclencher les actions civiles en nullité, en déchéance ou radiation des titres de propriété industrielle reste méritoire, il demeure concrètement peut évident de concevoir la réalité de l'exercice de telles actions. L'on se doit en effet de se poser inévitablement la question de savoir comment et par quel moyen juridique le Procureur de la République saisira-t-il en pratique le Tribunal statuant en matière civile ? De plus et de manière non limitative l'on peut raisonnablement se demander comment le Ministère Public sera informé de l'enregistrement d'un titre de propriété industrielle susceptible de faire l'objet d'une action civile dans le contexte actuel de délivrance de ces titres par l'Organisation Africaine de Propriété Intellectuelle ?

1- La question du mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public

S'agissant du mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public, la difficulté émane en effet ici du fait qu'en matière civile, classiquement compris, les modes de saisine des juridictions civiles généralement prévus par les codes de procédure civile et commerciale en vigueur dans l'espace OAPI-OHADA sont ordinairement constitués par l'assignation par voie d'huissier, la requête conjointe au greffe, la présentation volontaire des parties devant le Juge, et la déclaration au Greffé. Comme on peut s'en apercevoir ces modes de saisines sont difficilement envisageables pour le Ministère Public. Ce dernier obéit en fait à une toute autre typologie de moyens de saisine. Ordinairement en effet, dans son domaine de compétence par excellence, en l'occurrence la matière pénale, après avoir reçu une dénonciation, ou une plainte ou même d'office, le Procureur de la République saisit l'Officier de Police Judiciaire compétent pour enquête à l'issue de laquelle, un procès-verbal est dressé, lequel détermine l'option d'engagement des poursuites et de mise en mouvement de l'action publique par voie de citation directe, par voie de flagrant délit, ou encore par la saisine du juge d'instruction par un réquisitoire introductif d'instance, en vue de l'ouverture d'une information judiciaire. Aussi, dans le silence du législateur communautaire sur cet aspect du droit processuel de la propriété intellectuelle, on voit mal le Procureur de la République en passe de faire une assignation par voie d'huissier, une requête conjointe au greffe civil, ou même une déclaration aux dites greffes. Ainsi, en raison de cette inadéquation des moyens d'actions traditionnelles du Ministère Public avec les modes classiques de saisine du Tribunal civil, de réelles difficultés d'application de l'extension de compétence à titre principal du Ministère Public en matière civile sont à relever. Ces difficultés s'étendent d'ailleurs aux moyens d'information du Ministère Public de l'existence d'un titre de propriété industriel enregistré qui serait susceptible d'annulation, de radiation ou de déchéance.

La question de l'information du Ministère Public

En fait, il est concrètement nécessaire pour le Ministère Public d'être informé de ce qu'un titre de propriété industrielle enregistré est susceptible de subir la sanction de la nullité de la déchéance ou de la radiation, pour qu'il puisse mettre en mouvement l'action civile dans ces différentes hypothèses. En effet ceci est une des conditions *sine qua non* pour que la matérialité de cette faculté soit réellement possible. A défaut, un titre susceptible de sanction pourra subsister à l'insu du Ministère Public, et partant ne pourra pas faire l'objet d'une action civile de sa part.

La pertinence de cette préoccupation s'impose d'autant plus qu'aucune mesure pratique n'est légalement prévue par le législateur communautaire pour permettre une prompt information du Ministère Public sur la situation des actifs en cours d'enregistrement à l'OAPI ; ce qui handicape véritablement la faculté pour ce dernier de porter un regard critique sur ces actifs et de pouvoir ainsi mettre éventuellement en mouvement les actions civiles en nullité, déchéance, ou en radiation ainsi que le prévoit l'ABR. C'est dire que des mesures sont à prendre dans ce sens également.

Au demeurant, il ne reste qu'à concevoir des solutions originales pour réaliser cette extension prévue par le législateur communautaire.

B- Quelques solutions envisageables

Dans le silence du texte de l'Accord de Bangui Révisé, il semble essentiel de concevoir et suggérer, quelques solutions en vue de résorber ce vide juridique, et de réaliser cette exception prévue par le législateur communautaire. La première issue envisageable serait pour le législateur OAPI, de définir avec précision le mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public. Seulement, en vertu du caractère éminemment national du droit processuel, cette prérogative semble devoir ressortir plutôt de la compétence des législations nationales. C'est donc à elles que pourrait revenir l'office de déterminer les modes de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public dans ces cas.

Du reste, et en pratique, le mode de saisine du Tribunal Civil par le Ministère Public qui nous paraît le plus indiqué semble être la simple requête adressée au Président du Tribunal concerné.

Ainsi dans le cas notamment du Cameroun la requête pourrait être adressée au Président du Tribunal de Première Instance, juridiction compétente pour statuer sur les demandes en nullité, radiation et déchéance.

En outre, relativement au moyen d'information du Ministère Public, c'est le lieu de susciter une plus grande communication entre les institutions en charge de l'enregistrement et du maintien en vigueur des titres, et celles en charge de veiller à leur conformité notamment à l'ordre public et aux intérêts des différents Etats membres de l'OAPI. Cette collaboration est indispensable pour que l'extension du déclenchement de l'action civile par le Ministère Public telle que prévue par le législateur communautaire soit rendue plus évidente.

*
* *

Conclusion

En conclusion, la question majeure qui constituait l'essence de notre problématique était relative à l'office du Ministère Public dans la mise en mouvement de l'action civile en matière de propriété intellectuelle dans l'espace OHADA. De fait nous avons été amené à constater que le législateur communautaire, tantôt implicitement, sinon même explicitement, donne prérogative au Ministère Public de déclencher les actions civiles en nullité, en déchéance ou en radiation des titres de propriété intellectuelles. Somme toute, une analyse critique de cette remarquable originalité, impose de relever le mérite de cette singulière extension relativement à la plus grande protection des intérêts des Etats, même s'il reste que dans la pratique des difficultés procédurales, rendent peu évidente la mise en œuvre de cette exception du droit processuel de la propriété intellectuelle. C'est dire que des mesures sont à prendre dans ce sens ainsi qu'il a été suggéré plus haut.

**SCOLIE SUR QUELQUES POINTS DU FORMALISME DE L'EXECUTION
DES DECISIONS DE JUSTICE NON REPRESSIVES EN DROIT OHADA**

*Par Sara Nandjip Moneyang, Chargée de Cours, Département de Droit des Affaires,
Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Douala*

Le droit serait purement théorique et donc lettre morte, s'il se limitait uniquement à la décision de justice rendue par les juridictions. Il faut alors permettre à la partie gagnante, notamment le créancier, d'obtenir l'exécution de la décision rendue, sans être obligée de se soumettre à une seconde procédure qui serait aussi complexe qu'onéreuse. En effet, « *l'inexécution d'une décision de justice génère pour la partie qui l'a emporté, un sentiment d'injustice d'autant plus exacerbée qu'elle n'aura parfois obtenue cette décision qu'à la suite d'un procès long et onéreux* »¹⁶⁸⁷. L'exécution d'une décision de justice apparaît alors comme une étape importante pour la partie qui triomphe, et doit dès lors être considéré comme faisant partie intégrante du procès, comme l'affirme avec force la Convention Européenne des droits de l'Homme en ces termes : « *l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès* »¹⁶⁸⁸. C'est dire que le procès est encore inachevé si le vainqueur ne peut obtenir l'exécution de la décision rendue. C'est fort de cela que le législateur OHADA met à la disposition du créancier, partie gagnante, divers mécanismes pour permettre de vaincre la résistance parfois doublée de mauvaise foi du débiteur, partie perdante. Ces mécanismes sont appelés « *voies d'exécution* », c'est-à-dire un ensemble de procédures qui permettent au créancier d'obtenir l'exécution des actes et jugements qui lui reconnaissent des prérogatives ou des droits.

L'exécution peut se faire de manière volontaire ou forcée. Lorsqu'elle se fait volontairement, il n'y a pas de problème car la partie qui succombe doit exécuter spontanément, sans même attendre que la décision soit devenue définitive, ou qu'elle soit nantie de tout autre titre exécutoire¹⁶⁸⁹. Cette partie c'est le débiteur de l'obligation qui naît de la décision rendue. Malheureusement, les choses ne se passent pas aussi simplement, car le débiteur s'exécute rarement de manière volontaire ; il faut l'y contraindre, au besoin par la force. Il se pose alors la question de savoir si les mesures de contraintes envisagées par l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) pour permettre au créancier de rentrer dans ses droits ne doivent pas être accompagnées des dispositions prises par le même législateur pour encadrer le débiteur malheureux ? L'interrogation est importante car pour la sécurité des transactions et la pérennité des affaires, un équilibre doit être recherché dans la protection des intérêts tant du créancier que du débiteur. Le législateur OHADA veille à l'établissement de cet

¹⁶⁸⁷ Hugon (C), *L'exécution des décisions de justice*, in Libertés et droits fondamentaux, 7^e éd. Dalloz 2001, No 785, P. 612.

¹⁶⁸⁸ CEDH citée par Vinckel (F), *Droit de l'exécution forcée*, LGDJ-Montchrestien, 1997, 30.

¹⁶⁸⁹ Cf. Art. 33 AUVE.

équilibre, raison pour laquelle, il protège également le débiteur. Au rang de cette protection, le législateur prévoit que l'exécution forcée ne porte que sur les biens du débiteur qui ne lui sont pas indispensables à son existence. De même, les actes ponctuant les saisies doivent comporter de très nombreuses mentions obligatoires visant à informer le débiteur sur les droits¹⁶⁹⁰ qu'il peut faire valoir et sur les conditions de saisie de ses biens. Enfin, le débiteur jouit dans certains cas, d'une immunité d'exécution. Cette amabilité du législateur a suscité un débat doctrine considérable. Certains praticiens pensent que cette prise en compte de la situation du débiteur « risque de nuire à la logique »¹⁶⁹¹, ou encore qu'il s'agit « des techniques d'équilibrages »¹⁶⁹². D'autres estiment qu'il s'agit d'un « passe-droit de ne pas payer ses dettes »¹⁶⁹³ fait au débiteur. Mais ne s'agit-il pas d'une appréciation trop hâtive de la pensée du législateur, lorsque l'on sait que le débiteur et le créancier sont très souvent les acteurs d'une même pièce, de telle sorte que l'élimination de l'un peut entraîner la chute de l'autre, et que le droit des affaires se construit en réalité autour de ces deux principaux partenaires? Il est dès lors sage, d'encadrer les droits processuels du débiteur (I), tout en rendant raisonnable le formalisme de mise œuvre effective de l'exécution des décisions (II).

I- L'impératif d'encadrement des droits processuels du débiteur

Le législateur a encadré les droits processuels du débiteur par la mise en place de diverses formalités devant être observées par le créancier ou son représentant lors des opérations de saisies. Ces formalités qui sont la preuve du souci du législateur de mettre les parties qui sont le débiteur et le créancier, sur un même pied d'égalité, sont très souvent analysées, à tort ou à raison, comme des mécanismes de protection du débiteur devant être réaménagés, pour ne constituer en aucun cas, une entrave à la bonne réalisation des droits du créancier, d'où les limitations juridiques des droits procéduraux du débiteur. Deux de ces limitations suscitent des interrogations sur leur opportunité. Il s'agit de celles qui portent sur les moyens de défense du débiteur ayant trait à ses biens ou à sa personne (A) et de celles qui portent sur les formalismes de saisie, notamment, le commandement de payer (B).

A- Le nécessaire réaménagement des moyens de défense du débiteur

Dans un souci d'équilibre, le législateur n'a pas laissé le créancier agir à sa guise envers le débiteur. Mais pour éviter les critiques apportés à la largesse du législateur à l'égard du débiteur¹⁶⁹⁴, les moyens de défense du débiteur par rapport au droit de

¹⁶⁹⁰ Notamment, les voies de droit pratiqué, les délais de recours, le délai de grâce

¹⁶⁹¹ Me Omam (F), (huissier de justice), *Le rôle de l'huissier de justice en matière d'exécution des décisions de justice depuis l'acte uniforme relatif aux mesures de recouvrement et aux voies d'exécution*, RCDA No 4, juillet-Septembre 2000, P 9 et suivants.

¹⁶⁹² Nzenkeu (A), L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en droit africain, l'exemple du Cameroun, *Juridis Périodique* No 50, Avril - Mai - Juin 2002, P. 113 et suivants.

¹⁶⁹³ Soh (M), Insaisissabilité et immunité d'exécution dans la législation OHADA ou le passe - droit de ne pas payer ses dettes, *Juridis Périodique* No 51, Juillet - Août - Septembre 2002, P. 89.

¹⁶⁹⁴ Voir Me Omam (F), Nzenkeu (A), Soh (M), Op. Cit.

saisie du créancier doivent être reformés. L'on distingue les moyens de défense empêchant la saisie de ceux visant seulement à la retarder.

1) Les moyens de défense empêchant la saisie

Les empêchements pouvant contrecarrer le droit de saisie du créancier tiennent tantôt à la nature des biens à saisir, c'est le cas des insaisissabilités, tantôt à la personnalité du débiteur, c'est l'hypothèse de l'immunité de saisie.

S'agissant des insaisissabilités, elles se justifient par le fait que la vie ne peut être possible en l'absence de certains biens qualifiés d'indispensables à la survie de l'être humain. Le débiteur doit conserver ne serait-ce que le minimum vital. Cette idée est traduite dans l'article 50 de l'AUVE qui dispose que «*les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur, alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque Etat partie...*». Cette règle de l'insaisissabilité entame évidemment l'effectivité de l'exercice du droit à l'exécution du créancier¹⁶⁹⁵, surtout lorsque le législateur laisse la détermination des biens et droits insaisissables au pouvoir souverain de chaque Etat partie. Il ya dès lors lieu de craindre la multiplication infinie des cas d'insaisissabilités, entraînant alors, comme l'a relevé un auteur, «*un original transfert de la protection sociale des plus démunis à la charge du créancier*»¹⁶⁹⁶, qui serait alors confronté à une impossibilité manifeste de réaliser ses droits. Cependant, on peut déduire de l'énumération des choses déclarées insaisissables par l'article 315 du Code de Procédure Civile applicable au Cameroun (CPCC), une raisonnable conception des choses indispensables à l'existence et à la dignité humaine¹⁶⁹⁷. Mais d'autres textes épars font également allusion aux insaisissabilités et c'est justement cette dispersion de textes qui peut être source de difficultés, et même de contestation de la part du créancier qui veut saisir. En effet, lorsque l'inaliénabilité s'applique aux droits d'usage et d'habitation¹⁶⁹⁸ ou encore à l'usufruit légal des parents sur les biens de leurs enfants¹⁶⁹⁹, ou encore sur les biens indivis¹⁷⁰⁰, il est à craindre que le créancier ne se retrouve dans une situation dans laquelle il ne peut saisir aucun bien du débiteur. Dans ce dernier cas par exemple, ne serait-il pas judicieux de permettre au créancier de demander la division afin d'exercer son droit ou encore d'obtenir la résolution des clauses d'inaliénabilité portant sur les donations et les legs ou insérées dans les contrats de mariage, lorsque que ces clauses ne portent pas sur les biens

¹⁶⁹⁵ Leborgne (A), *Droit à l'exécution*, Recueil Dalloz No 17, Avril 2008, P. 1170.

¹⁶⁹⁶ Soh (M), Op. Cit. , V.aussi, Kuate Tameghe (S), *La protection du débiteur dans les procédures civiles d'exécution*, L'Harmattan, 2004, No 6 P. 19 ; No 56 P. 66.

¹⁶⁹⁷ L'art. 315 CPCC dispose que «*seront insaisissables : les choses déclarées insaisissables par la loi, les provisions alimentaires adjugées par justice, les sommes et objets disponibles déclarée insaisissables par le législateur ou le donateur, les sommes et pensions pour aliment encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclarent pas insaisissables*». L'art. 327 CPCC fournit une liste de ces objets dont fait référence l'art. 315.

¹⁶⁹⁸ Art. 631 et 634 CPCC.

¹⁶⁹⁹ Art. 384 CPCC.

¹⁷⁰⁰ Art. 249 AUVE.

indispensables à la vie du débiteur? En effet, de telles clauses ont généralement pour seul but de protéger et de pérenniser les biens de famille.

En ce qui concerne l'immunité de saisie, elle est sans contexte, une entrave de droit à l'exercice des droits du créancier. Elle trouve son fondement dans l'article 30 AUVE, qui prévoit que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Cependant, aucune précision n'est faite sur les bénéficiaires d'une telle immunité. L'alinéa 2 de l'article 30 fait allusion aux personnes morales de droit public quelle qu'en soit la forme ou la mission et aux entreprises publiques. Cette extension de l'immunité peut paraître incongrue, lorsque l'on sait que la solvabilité de la personne morale est plus probable que celle de la personne physique. Cette incongruité est encore plus choquante lorsque le législateur étend l'immunité aux sociétés d'Etat¹⁷⁰¹. Si cette soustraction des personnes morales et entreprises publiques au pouvoir de saisie du créancier se justifie par les prérogatives de puissance publique et la prépondérance de l'intérêt général, il est clair que des aberrations risquent d'être observées, surtout dans les cas de condamnation aux dommages – intérêts. Or, la personne morale ayant commis une faute au travers de la personne physique, cela peut bien donner lieu à la mise en jeu de la responsabilité du commettant qui ayant payé, pourra se retourner contre son préposé fautif¹⁷⁰². Ne pas trouver quelques ébauches de solutions comme celle-ci revient à jeter le créancier en pâture.

L'AUVE en son article 30 alinéa 2 a cru devoir trouver une solution dans la compensation, en disposant que « *Les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité...* ». Cependant la compensation de l'AUVE présente quelques spécificités par rapport à la compensation de droit commun¹⁷⁰³. On peut noter l'absence d'égalité entre les parties, traduite par la prérogative de puissance publique de la personne de droit public, et l'exclusion de certains créanciers, car la condition de réciprocité implique qu'il faut être en même temps créancier et débiteur de la personne morale. Quid si on est seulement créancier ? Le silence du législateur peut bien être interprété ici comme une exclusion de cette catégorie de créancier sans réciprocité ; ce qui est une grosse lacune de cette solution pourtant pratique. Nous suggérons alors d'instituer comme en Côte d'Ivoire, un médiateur de la république¹⁷⁰⁴, compétent en matière de

¹⁷⁰¹ V. Pougoue (P G), Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA, Juridis Périodique No 65, Janvier – février – mars 2006, P 101.

¹⁷⁰² Art. 1384 Code Civil applicable au Cameroun.

¹⁷⁰³ Terre (F), Simler (P), Lequette(Y), Droit civil : Les obligations, 9è éd. DalloZ 2005. P. 1321-1322.

¹⁷⁰⁴ Le médiateur saisi d'une affaire, fait aux parties des recommandations qui lui paraissent susceptibles de régler en droit ou en équité l'affaire dont il est saisi. Seulement, il ne peut être saisi directement par les administrés, mais généralement par le parlement ; il bénéficie de la collaboration des ministres, mais il exerce ses fonctions en toute indépendance car il ne reçoit des instructions d'aucune autorité et nomme lui-

dettes publiques et qui permet de faciliter le paiement de ses dettes par l'Etat, dans les délais raisonnables. Nous pensons aussi à la réforme de l'alinéa 3 de l'article 30 AUVÉ, qui consisterait à instaurer une égalité entre les parties comme en matière de droit commun de la compensation.

Une autre lacune se trouve dans le recouvrement du solde après compensation, car en effet, l'extinction totale de la dette ne s'opère qu'en cas d'égalité des montants. C'est donc à juste titre que la doctrine propose d'adopter des voies d'exécution spécifiques aux personnes morales¹⁷⁰⁵ ou encore la restriction de la portée de l'immunité d'exécution des personnes morales¹⁷⁰⁶.

2) Les moyens de défense visant à retarder la saisie

Il s'agit des moyens qui retardent la saisie parce qu'en plus de rallonger la durée d'exécution, elles viennent suspendre dans le temps, le droit à l'exécution forcée des décisions. Ces moyens consistent en l'octroi d'un délai de grâce ou encore à l'ouverture d'une procédure collective.

Le délai de grâce est prévu par l'art. 39 AUVÉ, qui prévoit à son alinéa 2 que « ...Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiaires, reportées ou échelonnées le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital... ». Il ya lieu de craindre que dans la pratique, cette disposition du législateur ne serve en réalité qu'à donner du temps au débiteur pour organiser son insolvabilité lorsqu'il est de mauvaise foi¹⁷⁰⁷. En plus de prendre en compte la situation du débiteur, l'exigence qu'il soit de bonne foi est nécessaire. L'article 39 AUVÉ l'envisage en son alinéa 3 lorsqu'il prescrit au juge de subordonner si possible, le délai de grâce à l'accomplissement par le débiteur des actes à même de faciliter ou de garantir le règlement de sa dette. Il faut donc pratiquement surveiller le débiteur dans l'accomplissement de ces actes ; ce qui n'est pas chose facile. De plus, cette surveillance revient au créancier, qui dans son comportement, doit faciliter la tâche au débiteur¹⁷⁰⁸. Il s'agit en réalité de mettre en œuvre le devoir de collaboration entre le créancier et le débiteur, qui sont des partenaires contractuels, de telle sorte

même ses collaborateurs. Il n'est pas non plus soumis à un contrôle préalable car disposant du crédit nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

¹⁷⁰⁵ Pougoue (PG), Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit AHADA, *Juridis Périodique* No 65, Janvier-Février-Mars 2006, P. 101.

¹⁷⁰⁶ Kenfack Douajni (G), L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, *Revue Camerounaise de l'arbitrage* No 18.

¹⁷⁰⁷ V. Essama (J.A), Les délais de grâce avec l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant voies d'exécution, *Revue Africaine des Sciences Juridiques (RASJ)* No 3, Mars 2003, P. 154 – 156.

¹⁷⁰⁸ TGI Ouagadougou, Jugement No 002 du 14 janvier 2003, Ouédreogo B. Cyriaque c/ Sté Burkinabé de financement. Dans cette affaire, des délais avaient été accordés, malgré que l'on soit en matière cambiaire, sous prétexte que le débiteur pour témoigner de sa bonne foi, a continué malgré ses difficultés, à payer sa dette, en effectuant des virements partiels acceptés par le créancier.

qu'en plus de rechercher la mauvaise foi du débiteur, le juge doit également vérifier la capacité de collaborer du créancier, qui aurait pu ainsi faciliter l'exécution de l'obligation, conformément à l'article 1134 du Code Civil qui dispose que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». La bonne foi est donc requise aussi bien du côté du débiteur que du créancier, qui a ainsi un devoir de coopération.

Par ailleurs, le délai de grâce peut être implicite. Ce serait le cas par exemple lorsque la juridiction compétente estime que la situation de débiteur ne relève d'aucune procédure collective, et annule la décision de suspension des poursuites, qui n'aura duré que quelques mois¹⁷⁰⁹. Ce temps peut être considéré comme un délai de grâce, et accorder encore un délai au débiteur après cette décision serait de trop¹⁷¹⁰.

L'exécution de la décision devient encore plus critique lorsque le débiteur subit une procédure collective. Conformément aux articles 9 et 75 de l'Acte Uniforme relative aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPC), l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur suspend les poursuites engagées envers ce dernier. Mais il faut relever que la procédure collective entraîne aussi dessaisissement du débiteur sur certains de ces biens. L'article 53 alinéa 2 AUPC dispose que « *la décision qui prononce la liquidation des biens emporte de plein droit à partir de sa date et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit...* ». Selon cette disposition, le débiteur ainsi dessaisi, ne peut poursuivre la gestion de ses affaires. C'est à juste titre que le législateur a prévu ce dessaisissement à la liquidation des biens, pour éviter que le débiteur qui a mis la clé sous le paillasson ne dilapide le patrimoine qui servirait à désintéresser les créanciers. Seulement, ce dessaisissement est limité par l'interférence que peut produire le régime matrimonial du débiteur, marié sous la communauté des biens. Il en sera par exemple ainsi pour les associés d'une Société en Nom Collectif (SNC), qui sont tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales, et qui peuvent se voir saisir pour le paiement entier de la dette sociale par le créancier, qui ayant vainement mis la société en demeure de payer, exerce son recours contre un associé capable de payer¹⁷¹¹. Pour éviter qu'il n'utilise son régime matrimonial pour soustraire certains biens de la saisie du créancier, et aussi pour préserver le patrimoine successoral du débiteur saisi, on pourrait imposer à ce dernier, la dissolution de son régime matrimonial¹⁷¹² afin de permettre la saisissabilité des biens lui appartenant, qui

¹⁷⁰⁹ Cf. Art. 15 AUPC.

¹⁷¹⁰ Martor (B), Le Droit Uniforme Africain des Affaires issu de l'OHADA, LITEC, 2004, No 804, P. 164.

¹⁷¹¹ Art. 270 AUSGIE : « *La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* ».

Art. 271 AUSGIE : « *Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé que 60 jours au moins après avoir vainement mis en demeure, la société par acte extrajudiciaire...* ».

¹⁷¹² De toute façon, la dissolution du régime matrimonial n'entraîne pas la dissolution du mariage (c'est la contraire qui est vrai) ; elle permet seulement de dissocier le patrimoine du débiteur de celui de son conjoint

pourraient ainsi être protégés en vue d'une éventuelle saisie par les créanciers. Cette mesure protège en même temps le débiteur et le créancier.

D'un autre point de vue, le dessaisissement pourrait également s'opérer même dans le cadre du redressement judiciaire, car dans la pratique, le constat est celui de la faillite de cette procédure qui se transforme presque toujours en liquidation des biens. Le dirigeant social qui est maintenu à la tête de l'entreprise ou l'administrateur provisoire désigné pour redresser, se rend généralement coupable d'abus de biens sociaux ou du crédit de la société, au point où la société qui pouvait encore survivre à l'avantage des créanciers, finit par fermer ses portes¹⁷¹³. Il est vrai que le dessaisissement dans ce cas est difficilement concevable, puisque le débiteur doit continuer ses activités. On pourrait alors envisager un inventaire des biens lors de l'homologation du concordat, et faire régulièrement un état des lieux qui permettrait ainsi de contrôler la gestion en période de crise par le débiteur ou par l'administrateur provisoire. En réalité, les voies d'exécution mises en place par le législateur OHADA brillent par leur abondance et non par leur efficacité, ce qui rend difficile l'exécution des décisions dans la pratique. Il est donc urgent d'accompagner ces mesures d'un dispositif de contrôle.

B- Les vicissitudes du commandement de payer

Le commandement de payer est un impératif obligatoire dans certaines saisies¹⁷¹⁴. Il a pour but de rappeler au débiteur, sa dette et de le mettre en demeure de la payer. C'est donc un préalable à l'opération de saisie envisagée par le créancier ou son représentant, en la personne d'un huissier de justice ou d'un agent d'exécution. Si le commandement de payer peut bien s'analyser comme un acte de justice permettant d'avertir le débiteur et de lui donner une ultime chance, le commandement de payer peut paraître comme un danger pour le créancier qui veut faire exécuter sa décision, car cet exploit d'huissier fait courir un délai qui peut favoriser l'organisation par le débiteur de son insolvabilité. De plus, il peut s'agir d'un délai de trop, dans l'hypothèse où le débiteur a déjà eu à obtenir un délai de grâce. Il est dès lors impératif de reconsidérer le commandement de payer, alors même que la décision est déjà revêtue de la formule exécutoire¹⁷¹⁵ ; ce qui suppose que le débiteur a déjà été

pour lui permettre d'assumer ses obligations, et donc de rendre plus légère la mise en œuvre des voies d'exécution des décisions.

¹⁷¹³ Dans le cas de la microfinance Compagnie Financière de l'Estuaire (COFINEST), l'un des administrateurs provisoires avait été démis par la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC), pour gestion calamiteuse, marquée par la sortie de près de 4 milliards cfa, pour payer des honoraires comptables et judiciaires exorbitants et acheter des équipements dont la nécessité ne s'imposait pas, et alors que les épargnants étaient aux abois. Source : Journal L'info No 103 du 7 mars 2011, « *Les missions de l'administrateur provisoire à COFINEST* » P. 6. Et dans le même journal et à la même page « *Essimi Menye bloque une enquête judiciaire et financière à COFINEST* ».

¹⁷¹⁴ Notamment, la saisie –vente des biens meubles corporels, des droits des associés et des valeurs mobilières (Art. 92 AUYE) et la saisie immobilière (Art. 254 AUYE).

¹⁷¹⁵ Lire en ce sens, Batoum (F.P.M), *La profession d'huissier de justice au Cameroun : contribution à l'étude de l'administration de justice*, thèse de Doctorat 3^e cycle en Droit Privé, Université de Yaoundé –II Soa, 1995-1996, P. 306-307.

signifié de la décision qui le condamne ! C'est pourquoi, aussi bien le délai de grâce, que le commandement de payer peuvent constituer pour le débiteur des armes pour se tranquilliser psychologiquement, sachant que tout le temps lui est accordé pour s'exécuter. En combinant les articles 92 et 254 AUVÉ, le commandement de payer doit être signifié au débiteur au moins 8 (huit) jours en matière de saisie-vente et au moins 20 (vingt) jours en matière de saisie immobilière, avant de procéder à toute opération de saisie des biens du débiteur¹⁷¹⁶. Ne s'agira-t-il pas d'une signification de trop, la décision rendue ayant déjà été signifiée au débiteur en temps utiles pour lui permettre d'exercer les voies de recours qui lui sont ouvertes ? Des précisions sont dès lors nécessaires : lorsque le débiteur a été régulièrement signifié de la décision qui le condamne et que dans les délais qui lui sont impartis, il n'a exercé aucune voie de recours et ne s'est pas exécuté spontanément, le commandement doit être servi pour marquer le début de l'exécution forcée¹⁷¹⁷. En revanche, lorsqu'il a encore des arguments à faire valoir dans le cadre d'un recours qu'il a exercé, le commandement ne devrait intervenir que si la décision est assortie d'une exécution provisoire. Cette précaution permettrait de rééquilibrer les droits des parties et de rassurer le créancier. Cela dit, on peut aussi penser que ces délais paraissent très longs, (surtout lorsqu'ils sont non avenus). Ils sont d'autant plus longs qu'il ne s'agit pas pour le débiteur d'avoir le temps de rassembler ses biens pour en faciliter la saisie au créancier ! De surcroît, le législateur commande le respect scrupuleux de ces délais, et les tribunaux n'hésitent pas à sanctionner l'inobservation du délai de commandement de payer par la nullité, comme il ressort d'une décision du tribunal de première instance de Yaoundé¹⁷¹⁸. Mais pour ne pas encourager le débiteur à « s'endormir », le législateur prévoit dans l'article 237 AUVÉ que « huit jours après un commandement de payer demeuré infructueux, le créancier peut procéder à la saisie... ».

Ces vicissitudes du commandement de payer ont conduit certains auteurs à recommander depuis longtemps sa suppression pure et simple¹⁷¹⁹ ou alors sa

¹⁷¹⁶ Cette disposition a d'ailleurs posé le problème de la nature juridique du commandement de payer : est-ce un acte de saisie ou un acte de signification du débiteur ? Il est considéré par les tribunaux comme un acte de signification comme l'affirme le juge du tribunal de première instance de Yaoundé en ces termes « Toute poursuite d'exécution forcée d'un titre judiciaire doit impérativement être précédée de la signification au débiteur de la décision de justice dont l'exécution est demandée, avec mise en demeure d'avoir à s'y conformer sous peine d'y être contraint par les voies de droit (...). L'accomplissement de cette formalité incompressible participe des exigences de protection du débiteur... ». Ord. No 807/D du 6 Juillet 2000.

¹⁷¹⁷ Minou (S) (Avocat au barreau du Cameroun), *Regard sur l'arrêt Karnib*, Revue Camerounaise de Droit des Affaires. P. 35. Dans l'affaire des « époux Karnib », la CCJA admet que l'exécution forcée a commencé avec la « signification-commandement » et que le Président de la Cour d'Appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire) ne pouvait plus suspendre l'exécution entamée du jugement ainsi porté à la connaissance de la SGBCI.

¹⁷¹⁸ TPI Yaoundé, Ord. No 590/D, 22 mai 2003 Veuve Gandji née Messomo Abena Irène Marie c/Me Pondi Pondi, Me Ngwe Gabriel, www.Ohada.com, Ohadata J-04-436. Lire aussi, Moussa Samb, *Etude des difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Bénin, Burkina – Faso, Mali et Sénégal*, Revue de l'ERSUMA No1, 2012.

¹⁷¹⁹ Lire par exemple Couchez (G), *Voies d'exécution*, éd. Sirey 1985, P 16.

redéfinition¹⁷²⁰, tandis que d'autres soutiennent son maintien, pour ne pas porter atteinte au droit à un procès équitable¹⁷²¹. Ces différents points de vue montrent à suffisance que cette procédure doit être reformée.

II- L'exigence d'une normalisation du formalisme d'exécution

Les formalités qui entourent l'exécution des décisions de justice ont été instituées par le législateur OHADA dans l'AUVE ; elles peuvent être regardées comme permettant d'établir un certain équilibre entre les droits des parties que sont le créancier et le débiteur. Pour assurer cet équilibre, le législateur met en place des mécanismes de renforcement de la protection du débiteur, tout en consacrant des contrepoids aux droits de ce dernier. Toutefois, le formalisme d'exécution nécessite une rationalisation, qui passe par des précautions à prendre dans certains cas (A) et par la réforme des sanctions en matière d'exécution des décisions de justice (B).

A- La rigueur dans le formalisme d'exécution

Les mécanismes renforcés de protection du débiteur touchent à la personnalité du débiteur à travers la protection de son domicile, mais aussi à la sauvegarde de ses droits tant que partie aux procès¹⁷²².

1) L'inviolabilité du domicile du débiteur

L'inviolabilité du domicile du débiteur est incontestablement une « *protection importante pour le débiteur* »¹⁷²³, l'agent d'exécution ou l'huissier de justice, ne pouvant s'introduire dans le domicile du débiteur en l'absence de ce dernier qu'en présence d'une autorité. Cette inviolabilité du domicile du débiteur participe du souci de protection de la vie privée de ce dernier. Elle se manifeste par la réglementation du temps de saisie et les précautions à prendre en matière d'ouverture forcée des portes du débiteur.

Aux termes de l'article 46 alinéa 1 AUVE, « *Aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour férié...* ». Il s'agit de préserver la quiétude du débiteur saisi en le protégeant contre les intrusions à son domicile pendant les jours fériés et non ouvrables. Cette défense d'intrusion est d'ailleurs sanctionnée par l'article 299 alinéa 1 et 2 du Code Pénal Camerounais¹⁷²⁴, qui punit l'huissier de

¹⁷²⁰ Onana Etoundi (F), *Droit OHADA et exécution provisoire*, UNIDA, 1^{ère} éd. Octobre 2006.

¹⁷²¹ Podio (MD) ép. Tchatchoua et Fandjip (O), *Les voies d'exécution en Droit Ohada à l'épreuve des droits de l'homme : le cas du débiteur*, Juridis Périodique No 83, Juillet-Août-Septembre 2010, P. 108.

¹⁷²² Art. 41 – 46 AUVE, reprenant ainsi l'article 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et des libertés (DUDH), issue de la CEDH qui dispose que « *Nul ne sera l'objet d'immixtion arbitraire dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ; ni d'atteinte à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ».

¹⁷²³ Kitio (E), *La situation du débiteur dans l'Acte Uniforme sur les voies d'exécution*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003 – 2004, P. 37.

¹⁷²⁴ Art. 299 al. 1 et 2 CPC : « *Est puni d'un emprisonnement de dix jours à un an, et d'une amende de 5.000 à 50.000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement celui qui s'introduit ou se maintient dans le domicile d'autrui contre son gré. Les peines sont doublées si l'infraction est commise dans la nuit ou à l'aide de menaces, violences ou voies de fait* ».

justice qui viole cette interdiction. De plus, cette prohibition est doublée de la réglementation stricte des heures de saisie : aux termes de l'article 46 alinéa 2 AUBE, « *Aucune mesure d'exécution ne peut être commencée avant huit heures ou après dix heures...* ». Il n'est donc pas possible d'opérer une saisie tard dans la nuit, celle-ci étant implicitement entendue par l'acte uniforme sur les voies d'exécution comme le temps qui s'écoule entre dix huit (18) heures du soir et huit (08) heures du lendemain matin¹⁷²⁵. Or, c'est justement la nuit que le débiteur sera enclin à organiser la distraction de ses biens¹⁷²⁶. Les actes ainsi posés en violation de ce temps réglementaires sont susceptibles de nullité. On peut se demander au nom de quoi la quiétude du débiteur doit être préservée, alors même qu'il est coupable d'une inexécution volontaire de son obligation, et que celle-ci doit être éventuellement obtenue de manière forcée pour satisfaire ses créanciers. Par ailleurs, cette mesure semble s'appliquer sans distinction du débiteur de bonne ou de mauvaise foi, qui pourrait bien profiter du ou des jour (s) non ouvrable (s) ou férié (s)¹⁷²⁷ pour distraire certains de ses biens.

Il conviendrait alors, pour un meilleur équilibre des droits des parties, de poser que, dès que le commandement de payer a été régulièrement servi¹⁷²⁸, les biens du débiteur peuvent être saisis, quel que soit le jour, pourvu que cela se fasse à des heures raisonnables, dans le respect de l'intégrité physique et morale du débiteur, qui ne pourrait alors se plaindre de la violation de ses droits qu'en démontrant le caractère arbitraire de l'opération, constituant une voie de fait. Sous réserve de ce que l'appréciation de ce caractère arbitraire serait souverainement faite par le juge *in abstracto*. Il y va du souci d'une bonne administration de la justice par la prise en compte de tous les intérêts en présence, qui a échappé au législateur qui, dans l'article 46 alinéa 1 AUBE évoque le « cas de nécessité » comme situation pouvant justifier le non respect des jours de saisie. Le cas de nécessité peut être considéré comme toute situation compromettante pour le créancier. Il peut s'agir de l'hypothèse où le débiteur cherche à distraire ses biens par des donations ou des ventes suspectes¹⁷²⁹ ; mais, il peut aussi s'agir d'un débiteur qui légitimement n'est pas présent à son domicile aux heures légales à cause de son travail¹⁷³⁰, ou qui se trouve hospitalisé pour une longue durée, ou qui a effectué une longue mission, la décision étant

¹⁷²⁵V. Assi-Esso (A.M), Diouf (N), *OHADA, Recouvrement des créances*, Coll. Droit uniforme africain, UNIDA, Juriscope, Bruylant, Bruxelles 2002, P. 64.

¹⁷²⁶V. TGI Bobo-Dioulasso, jugement, ord. de référé No 002, Mandé Rasmane et autres c/ Société de Transport et de Commerce du Burkina (STCB). Ohada.com/Ohadata J-04-48. « *...il ya lieu de faire droit à la demande tendant à obtenir la désignation d'un séquestre lorsque l'exécution forcée entreprise se heurte à la réticence du débiteur qui avait déjà empêché une première saisie en tractant de nuit ses biens pour tenter de les dissimuler* ». Commentaire sous article 103 AUBE.

¹⁷²⁷Ces jours pouvant durer parfois jusqu'à 4 jours d'affilés. On a pour exemple, le long weekend du 11 février 2014, ou encore celui du 20 mai 2014 !

¹⁷²⁸Ce commandement de payer valant notification.

¹⁷²⁹Kitio (E), Op. Cit. P. 38.

¹⁷³⁰Assi-Esso (A.M), Diouf (N), Op. Cit. P. 64.

intervenue pendant son absence. Ces cas de nécessité sont donc des cas de force majeure qui ne doivent en aucun cas pénaliser le créancier.

Cependant, le juge doit autoriser la saisie dans ce cas. Cette autorisation qui peut elle-même tomber sous le coup de la lenteur judiciaire, risque de nuire au créancier et de mettre en mal les bonnes intentions du législateur. On pourrait donc admettre que l'huissier de justice qui est un auxiliaire de justice assermenté, puisse constater cet état de nécessité et en faire mention dans son procès-verbal. En effet, bien que le juge compétent soit conformément à l'article 46 alinéa 1 AUBE, le président de la juridiction dans le ressort de laquelle se poursuit l'exécution, on peut douter de la célérité avec laquelle interviendrait l'ordonnance autorisant la saisie.

La même observation peut être faite en ce qui concerne les heures de saisie, dont le non respect ne peut se justifier que par une autorisation du juge.

Une autre précaution prise par le juge pour encadrer les opérations de saisie est de rendre les biens concernés par la saisie indisponibles, dès qu'ils ont été identifiés.

2) L'encadrement de la saisie par la mise en indisponibilité des biens à saisir

Avant l'acte Uniforme OHADA portant sur les voies d'exécution, la saisie des biens meubles corporels était généralement suivie d'enlèvement, de telle sorte que dans l'imagerie populaire, la saisie et l'enlèvement étaient sinon synonymes, du moins intimement liés¹⁷³¹. L'AUBE prévoit un délai de mise en indisponibilité dans l'article 36 en ces termes : « *Si la saisie porte sur des biens corporels, le débiteur saisi ou le tiers détenteur entre les mains de qui la saisie a été effectuée, est réputé gardien des objets saisis sous les sanctions prévues par les dispositions pénales. L'acte de saisie rend indisponibles les biens qui en sont l'objet...* ». C'est là une mesure de protection du créancier par la mise des biens du débiteur sous séquestre, et pourquoi pas, de protection du débiteur, qui, perdant toute velléité de distraction de ses biens, laisse (bon gré, mal gré) se constituer les moyens de se libérer de sa dette. L'article 64 alinéa 6 AUBE constitue le débiteur, gardien des biens rendus indisponibles, et exige que la mention de cette indisponibilité soit faite en caractères très apparents dans le procès-verbal de saisie¹⁷³². La garde ainsi attribuée au débiteur, propriétaire des biens est une mesure dissuasive d'organiser son insolvabilité¹⁷³³. Mais, aux termes de l'article 103 AUBE, le débiteur conserve le droit d'usage sur les biens qui ne sont pas consommables, à charge pour lui d'en

¹⁷³¹ Me Ipanda (avocat), *Observations sous CA Littoral, Arrêt No 77/REF du 9 Juin 1999*, Revue Camerounaise de Droit des Affaires No 2, Janvier-Février-Mars 2000, P. 30-31.

¹⁷³² Voir aussi, Art. 100 al. 6 et Art. 36 al. 1 AUBE.

¹⁷³³ Voir CA Littoral, Arrêt No 372 Civ. du 3 septembre 1999, affaire Dame Batchom c/ Liquidation ex-TAA, Revue Camerounaise de Droit des Affaires No 4, Juillet-août-septembre 2000, P. 13 et suivants ; ¹⁷³³ Voir CA Littoral, Arrêt No 85/REF du 14 juillet 1999, affaire Société GEMAT SARL c/ MOBIL OIL CAMEROUN, Revue Camerounaise de Droit des Affaires No 2, Janvier-février-mars 2000, P. 35 et suivants.

respecter la contre-valeur estimée au moment de la saisie. Il faut espérer que le débiteur soit de bonne foi, car lorsqu'il est de mauvaise foi, la loi prévoit que « ... la juridiction compétente peut ordonner sur requête, à tout moment, même avant le début des opérations de saisie et après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, la remise d'un ou plusieurs objets à un séquestre qu'il désigne. Si parmi les biens saisis se trouve un véhicule terrestre à moteur, la juridiction compétente peut...ordonner son immobilisation jusqu'à son enlèvement en vue de la vente par tout moyen n'entraînant aucune détérioration du véhicule »¹⁷³⁴. L'attitude du débiteur peut donc conduire le juge à nommer une autre personne que le débiteur pour assurer la garde des biens. C'est ce qui est arrivé dans une série de trois ordonnances rendues par le Président du TPI de Dschang, en matière de saisie des produits contrefaits relativement au droit d'auteur et aux droits voisins (piraterie), conformément à la loi Camerounaise No 2000/011 du 11 décembre 2000¹⁷³⁵. Dans cette espèce le juge affirme : « vu la requête qui précède... disons l'huissier ou l'officier de police judiciaire, gardien des effets saisis »¹⁷³⁶.

On peut cependant s'interroger sur la nature de la responsabilité du séquestre. Est-il responsable des biens sous sa garde, dans le sens de l'article 1384 alinéa 2 du code civil applicable au Cameroun¹⁷³⁷, qui admet son exonération lorsqu'il ne peut être prouvé qu'il a commis une faute par lui-même ou par les personnes dont il répond? Si l'on répond par l'affirmative, que devient la protection que le législateur avait l'intention de procurer au créancier? Si l'on admet la responsabilité sans faute, alors on pose que la garde des biens assurée par le séquestre nommé, à savoir l'huissier de justice ou l'officier de police judiciaire est un risque qu'il prend dans le cadre de son activité et qu'il doit être prudent et faire toutes les diligences nécessaires à la préservation des biens à lui confiés, au besoin même, souscrire une assurance ! Il est donc tenu à la reddition des comptes sur les biens qui sont sous sa garde.

B- La réforme des sanctions en matière d'exécution des décisions de justice

La question de la sanction du non respect des prescriptions relatives à l'exécution des décisions de justice non répressives a déjà fait l'objet de nombreux

¹⁷³⁴ Art. 103 al. 2 et 3.

¹⁷³⁵ Art. 80 et 85.

¹⁷³⁶ TPI de Dschang, Ordonnances No 48/06.07 et No 49/06.07 du 5 octobre 2007, affaire SOCADAP et SCAAP c/ clients divers, et ordonnance No 66/2008 du 24 novembre 2008, affaire SOCAM c/ clients divers, citée par Podio (MD) ép. Tchatchoua et Fandjip (O), Op. Cit. P. 106. Voir aussi commentaire sous article 103 AUVÉ Op. Cit. On a aussi constaté que le déplacement des biens par le débiteur dans le but, selon lui de mieux les conserver, était en réalité une manœuvre visant à mettre en péril le recouvrement par le créancier : CA Abidjan, Arrêt No 1111 du 12 décembre 2000, cité par Assi-Esso (AM) et Diouf (N), Op. Cit. P. 738.

¹⁷³⁷ Art. 1384 al. 2 « Toutefois, celui qui détient, à titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont on Il est responsable».

débats aussi bien doctrinaux que jurisprudentiels¹⁷³⁸, qu'il s'agisse notamment de la sanction de la violation de l'indisponibilité, ou encore des défenses à exécution, ou même du formalisme d'exécution.

1) La sanction de la violation de l'indisponibilité

L'acte uniforme est resté muet sur le sort de l'acte posé par le débiteur en violation de la mesure d'indisponibilité. Faut-il le considérer comme nul ou alors comme simplement inopposable au créancier saisissant ? L'article 36 prévoit seulement que le débiteur est gardien des biens saisis sous réserve des « *sanctions prévues par les dispositions légales* ». Il en résulte que si le débiteur dispose des biens saisis ou les déplace frauduleusement, il peut être poursuivi pour détournement des biens saisis, en application de l'article 190 du Code Pénal Camerounais, qui prévoit un emprisonnement d'un (01) à cinq (05) ans et d'une amende de cinquante mille (50 000) à un million (1 000 000) de francs cfa pour celui qui détourne, détruit ou détériore des biens saisis. Mais cette sanction ne nous paraît pas adéquate car nous sommes en matière civile. C'est donc fort de cela que certains ont suggéré comme sanction, de considérer que l'acte posé en violation de l'indisponibilité, soit non pas nul, mais plutôt inopposable au créancier saisissant¹⁷³⁹. Cette solution nous conforte dans la proposition faite plus haut sur l'étendue de la responsabilité du séquestre désigné par le juge, à savoir qu'il est garant des droits du créancier dès lors qu'il a la garde des objets saisis.

2) La compétence en matière de défenses à exécution

Aux termes de l'article 32 A UVE, « *A l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision. L'exécution est alors poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part* ». Il ressort de cette disposition, l'interdiction faite au débiteur de solliciter les défenses à exécution en droit OHADA, contrairement à la loi camerounaise No 92/008 du 14 Août 1992, modifiée par la loi No 97/018 du 07 Août 1997, d'où il ressort de l'article 4 nouveau alinéa 1 que « *Lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit et qu'elle a été prononcée en dehors des cas prévus à*

¹⁷³⁸ Soh (M), *La saisie-attribution à l'épreuve de l'exécution provisoire*, RCDA no 4, juillet-août-septembre 2000, P. 27 et suivants ; Tankoua (E), *Réflexion sur l'application de la loi No 92/008 du 14 Août 1992 sur l'exécution des décisions de justice, telle que modifiée par rapport à l'Acte Uniforme OHADA sur les Procédures de Recouvrement Simplifiés et les Voies d'Exécution*, Juridis Périodique No 50, Avril-Mai-Juin 2002, P. 128-192. ; SGBCF c/ Epoux Karnib, Op. Cit, Juris OHADA No 01/02, P. 24. ; Me Charles Dogue, *Une nouveauté déplorable : prohibition des défenses à exécution provisoire*, Actualité Juridique No 28, Juin 2002 ; Tchanchou (H), Dzenkeu (A), *L'exécution provisoire à l'ère de l'OHADA*, Recueil PENANT No 850 ; Souop (S), *L'exécution provisoire encadrée, leurs et leurs d'un revirement jurisprudentiel*, Juridis Périodique No 58, P. 116 ; Teppi Kolloko (F), *La CCJA et l'article 32 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécutions en OHADA (A la lumière des arrêts récents de la CCJA)*, Juridis Périodique No 58, Avril-Mai-Juin 2004, P. 112 et suivants.

¹⁷³⁹ Assi-Esso (AM) et Diouf (N), Op. Cit. P. 67.

l'article 3 ci-dessus, la Cour d'Appel, sur demande de la partie appelante, ordonne les défenses d'exécution provisoire ». L'alinéa 2 de ce même article précise que « *Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou lorsqu'elle est fondée sur les matières énumérées à l'article 3 ci-dessus, la Cour d'Appel rejette la demande de défenses à exécution provisoire de la partie appelante si ladite demande a un caractère manifestement dilatoire* ». La distinction faite ici par le législateur national par les expressions « *lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit* » ou « *lorsque l'exécution provisoire est de droit* », n'a pas été retenue par le législateur OHADA. Le législateur national laisse par ces formulations, la latitude au juge d'apprécier l'opportunité d'accorder les défenses à exécution dans certains cas comme en matière contractuelle, et d'être lié dans d'autres cas, comme en matière de créances alimentaire, de préjudice corporel à l'occasion d'un accident de la circulation etc...¹⁷⁴⁰ Par ailleurs, l'on sait que lorsque la décision rendue est un jugement, il doit préciser s'il est exécutoire par provision. Mais, lorsqu'il s'agit d'une ordonnance, elle est automatiquement assortie d'une exécution provisoire ; dans ce dernier cas, doit-on toujours tenir compte des matières donnant lieu ou pas à exécution provisoire ? Le problème des défenses à exécution semble être un nœud gordien difficile à résoudre. Même la CCJA qui a finit par reconnaître l'application éventuelle de la loi nationale en matière de défense à exécution ne nous convainc pas de la maturité de sa position. En effet, dans un arrêt rendu le 19 juin 2003¹⁷⁴¹, elle fait aussi une distinction entre l'« *exécution entamée* » qui ne peut admettre une défense à exécution, et l'« *exécution non entamée* », qui peut être suspendue. Cette distinction lui permet alors de déclarer la législation nationale tantôt compétente, tantôt non. Dans l'arrêt énoncé, le juge de la CCJA l'exprime en ces termes : « *l'article 32 de l'acte uniforme portant voies d'exécution n'est pas applicable, et partant la CCJA doit se déclarer incompétente, dès lors que la procédure litigieuse n'avait pas pour objet de suspendre une exécution forcée déjà engagée, mais plutôt d'empêcher qu'une telle décision puisse être entreprise sur la base d'une décision assortie de l'exécution provisoire et frappé d'appel. Ainsi, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt attaqué ne soulevant aucune question relative à l'application des actes uniformes, les conditions de compétence de la CCJA ne sont pas réunies* ». Les défenses à exécution sont donc gouvernées par deux régimes juridiques, le droit national interne et l'article 32 de

¹⁷⁴⁰ Voir Art. 3 de la loi No 92/008 du 14 Août 1992, modifiée par la loi No 97/018 du 07 Août 1997 fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice.

¹⁷⁴¹ CCJA, arrêt No 012/2003 du 19 juin 2003, Affaire Société d'Exploitation Hôtelière et Immobilière du Cameroun (SEHIC HOLLYWOOD) c/ Société Générale de Banque au Cameroun (SGBC), Recueil de jurisprudence de la CCJA No 1, Janvier-Juin 2003, P. 13. Voir aussi, arrêt No 013/2003 du 19 juin 2003, Affaire SOCOM SARL c/ Société Générale de Banque au Cameroun (SGBC), Recueil de jurisprudence de la CCJA No 1, Op. Cit P. 16 et aussi, arrêt No 014/2003 du 19 juin 2003, Affaire c/ Société Générale de Banque au Cameroun (SGBC) et Banque des Etats de l'Afrique Centrale (BEAC), Recueil de jurisprudence de la CCJA No 1, Op. Cit P. 19.

l'AUVE¹⁷⁴² ! Lorsque l'exécution forcée est déjà entamée, l'article 32 AUVE s'applique : toute requête aux fins de défense à exécution est irrecevable. Lorsque l'exécution forcée n'est pas encore engagée, la loi camerounaise de 1992 modifiée s'applique : le juge apprécie l'opportunité d'accorder ou non la défense à exécution. N'aurait-il pas été plus simple, comme le propose un auteur dont nous partageons l'avis, de reconnaître la compétence définitive de la loi nationale¹⁷⁴³ pour cette « loi de procédure » et d'éviter au justiciable ou aux agents d'exécution et huissier de justice, cette « balade judiciaire », qui ne contribue qu'à allonger et à alourdir l'exécution des décisions, toute chose contraire à l'esprit du législateur ?

Pendant, cette compétence de la loi nationale ne doit pas se justifier comme le pense un auteur¹⁷⁴⁴ par le fait que le contentieux d'exécution n'est pas une matière ressortissant de l'article 2 du traité OHADA, qui détermine le domaine d'application du traité. Cet article procède à l'énumération de huit matières¹⁷⁴⁵ qui entrent dans le champ du droit des affaires. Parmi ces matières, figurent bien le recouvrement des créances et les voies d'exécution, qui englobent évidemment le régime juridique applicable en la matière. C'est donc à juste titre que l'article 32 AUVE légifère sur les défenses à exécution. La solution qui consiste à laisser la question à la législation nationale doit se justifier plus par une bonne administration de la justice, que par toute autre raison, car on pourrait aussi tirer argument de la primauté de l'acte uniforme sur les voies d'exécution entré en vigueur le 10 Juillet 1998 sur la loi nationale de 1992 modifiée en 1997. Ainsi, si cette question doit être laissée au droit national des Etats-parties, cette précision doit être faite par le législateur OHADA comme tel a été le cas pour certaines matières, notamment lorsqu'il s'est agi de prévoir les sanctions pénales.

Au demeurant, l'exercice des voies d'exécution n'est pas chose aisée. En effet, toutes les situations sociales ne peuvent être appréhendées par la loi. L'on constate que malgré les précautions prises par le législateur pour assurer un meilleur équilibre dans les droits de différents protagonistes, l'usage des outils législatifs rencontrent d'énormes difficultés dans la pratique. L'acte uniforme sur les voies d'exécution nécessite aussi une réforme.

¹⁷⁴² Lire en ce sens, Teppi Kolloko (F), *La CCJA et l'article 32 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement en OHADA (A la lumière des arrêts No 012/2003, 013/2003, 014/2003 du 19 juin 2003)*, *Juridis Périodique* No 58, Avril-mai-juin 2004, P. 115- 116.

¹⁷⁴³ Souop (S), *Pour qui sonne le glas de l'exécution provisoire*, *Juridis Périodique* No 54, P. 104 et suivants.

¹⁷⁴⁴ Souop (S), Op. Cit.

¹⁷⁴⁵ Art. 2 du traité OHADA « *Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprise et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matières que le conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après* »

LE DROIT DE RETENTION DANS LE NOUVEL ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES SURETES : SURETE ACTIVE OU PASSIVE ?

Par NJUTAPVOUI Zakari, Docteur en Droit des Affaires, Assistant au Département de Droit Privé Fondamental, Université de Douala

INTRODUCTION

« Paye-moi ! Tant que je ne serai pas payé, je garderai la chose »¹⁷⁴⁶. Cette formule consacre ce qu'il est convenu d'appeler le droit de rétention¹⁷⁴⁷. Ce droit, issu des articles 67 et suivants du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés permet à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé¹⁷⁴⁸.

Au sein des sûretés mobilières prévues par l'article 50 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés¹⁷⁴⁹, le droit de rétention occupe une place préoccupante¹⁷⁵⁰. Si l'admission de ce droit ne fait l'objet d'aucune controverse¹⁷⁵¹, sa nature et sa fonction divisent la doctrine¹⁷⁵². C'est donc sans surprise qu'on peut bien

¹⁷⁴⁶ V.K.M. Brou « le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur : à propos de l'affaire société SATA Mali C/ Société Incart Fiat », *Ohadata* D-07-10, OHADA.Com, P.90.

¹⁷⁴⁷ Sur le droit de rétention, lire notamment A. AKRAWATI SHAMSIDINE, « le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA », *Penant*, n° 844, Juillet-Septembre 2003, P.279 et s. ; J.C OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », *Pénant*, n°838, Janvier-Mars 2002, P.75 et s. ; A. ZAKYEYE, « Le droit de rétention dans l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : Etude comparative », *Pénant*, n°836, Mai-août 2011, P.125 et s.

¹⁷⁴⁸ Il s'agit donc d'une forme de justice privée reconnue au créancier : puisque son débiteur ne le paye, il retiendra la chose de celui-ci. L'exemple topique du droit de rétention est celui du garagiste, qui effectue des réparations sur un véhicule, et refuse de le restituer à son propriétaire, tant que ce dernier n'a pas payé les réparations. V.G. PIETTE, *Droit des sûretés, Sûretés personnelles, Sûretés réelles*, Momentos, 2^e édition, Août 2007, P.179 ; V. aussi, J.C OTOUMOU, *Op.cit.*, P.75.

¹⁷⁴⁹ Cet article dispose ainsi qu'il suit : « Les sûretés mobilières sont : le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges ».

¹⁷⁵⁰ Il est difficile de rattacher le droit de rétention à une institution connue. Ce n'est pas une voie d'exécution car le rétenteur doit rester passif s'il veut conserver son droit. Ce n'est pas véritablement une sûreté car il ne confère pas un droit d'agir au créancier. Il est assurément parent de l'exception d'inexécution, mais son domaine est beaucoup plus large, car il ne se limite pas aux rapports synallagmatiques. V.D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J, 1996, n°629, P.318.

¹⁷⁵¹ En effet, tous les créanciers de nos jours tentent de se prévaloir d'un droit de rétention en raison de la portée qui lui est reconnue V.D. LEGEAIS, *Ibidem*.

¹⁷⁵² Le droit de rétention serait pour la majorité des auteurs un droit réel (V.F DERRIDA, *Encyclopédie Dalloz, Droit civil, Droit de rétention*, 1975, n°139, P.59 ; J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J, 1996, n°56, P.72 et s. ; MAZEAUD, RANOUIL et CHABBAS, *Sûretés Publicité foncière*, 6^e édition, Montchrestien 1988, n°129) et pour d'autres un droit personnel de créance de délivrance ou de restitution (V.N. Catala-Franjou, « De la nature juridique du droit de

se poser la question de savoir si au regard des nouvelles dispositions de l'Acte uniforme sur les sûretés, le droit de rétention apparaît comme une sûreté active ou une sûreté passive.

Sous le régime de l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés, le droit de rétention apparaissait comme une sorte de gage légal, qui permettait au rétenteur de poursuivre la vente forcée du bien retenu, en ayant alors les mêmes droits que le créancier gagiste¹⁷⁵³. Cependant, sous l'empire de la nouvelle législation, le droit de rétention apparaît comme une prérogative purement passive, qui permet simplement au rétenteur de s'opposer à la reprise du bien par le débiteur¹⁷⁵⁴. Le constat qui se dégage au-delà de toute controverse est que l'Acte uniforme rénové a profondément transformé le régime juridique du droit de rétention¹⁷⁵⁵. Ce constat justifie de nouvelles analyses juridiques sur le droit de rétention.

Considéré comme une sûreté¹⁷⁵⁶, on peut se demander quelle est véritablement l'étendue du pouvoir reconnu au rétenteur sur la chose retenue au regard de l'Acte Uniforme rénové. Autrement dit, quelles sont les prérogatives susceptibles d'être exercées ou non par le rétenteur sur la chose retenue sous l'empire de la nouvelle législation de l'OHADA ? Pour assurer à la fois l'efficacité du droit de rétention si chère à l'esprit du droit OHADA¹⁷⁵⁷ et la sauvegarde des droits du débiteur sur la chose retenue, le législateur a mis en place dans l'Acte Uniforme rénové des moyens visant à préserver les intérêts du débiteur sur la chose, objet de la rétention.

Traditionnellement, l'on sait qu'en cas de défaillance du débiteur dans l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés, le créancier rétenteur pouvait

rétention », *RTD Civ.* 1967, P.9 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, 4^e édition, Litec 1997, n°539).

¹⁷⁵³ L'article 43 de l'ancien Acte Uniforme sur les sûretés disposait à cet effet : « Si le créancier ne reçoit ni paiement, ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage ».

¹⁷⁵⁴ V.B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Juillet 2004, P.195.

¹⁷⁵⁵ La réglementation du droit de rétention dans le nouvel Acte Uniforme portant organisation de sûretés de l'OHADA comporte des innovations par rapport au droit antérieur. V.M. SAMB, « Droit de rétention », in P.G. POUGOUE, *Dir, Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy 2011, P.716.

¹⁷⁵⁶ Sur les sûretés, Lire notamment F. ANOUKAHA et Al, *OHADA, Sûretés*, Juriscope, Bruylant, collection droit uniforme, 2002 ; G. PIETTE, *Droit des sûretés, Sûretés personnelles, sûretés réelles*, 2^e édition, Momentos, Août 2007 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J., 1996 ; Y. R. KALIEU ELONGO, *Droits et pratiques de sûretés réelles OHADA*, Collection droit uniforme 2010 ; G. BREMOND SAAR, *La sécurité juridique de l'investissement dans l'OHADA : Le droit des sûretés à l'épreuve du recouvrement des créances*, thèse Aix-Marseille 2005 ; A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, Tome 2, Les garanties réelles, Dianoïa 2010.

¹⁷⁵⁷ Depuis l'adoption du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, l'idéal de sécurité reste indubitablement l'une des préoccupations constantes des différents Actes Uniformes déjà entrés en vigueur. V.M.D. PODIO épouse TCHATCHOUA et O. FANDJIP, « Les voies d'exécution en droit OHADA à l'épreuve des droits de l'homme : Le cas du débiteur », *Juridis périodique*, n°83, P.102 ; V. aussi R. NJEUFACK TEMGWA, « Réflexion sur les procédés alternatifs de réalisation des sûretés réelles conventionnelles en droit OHADA », *Juridis périodique*, n°92, P.107.

procéder à la vente aux enchères publiques du bien retenu¹⁷⁵⁸. Cette prérogative classique a été supprimée dans l'Acte uniforme rénové¹⁷⁵⁹, rompant ainsi avec une assimilation erronée entre le droit de rétention et le gage¹⁷⁶⁰. Sans vouloir contraindre le créancier rétenteur à renoncer au bénéfice de son droit de rétention on ne le dira jamais assez, l'option n'est pas de laisser le débiteur défaillant à la merci de celui-ci. Ainsi, on peut aisément observer que dans la révision de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de décembre 2010, le titulaire d'un droit de rétention reste dans une situation bien meilleure que celle reconnue au créancier titulaire d'une sûreté traditionnelle¹⁷⁶¹. Ce droit apparaît ainsi comme une sûreté active quant à sa portée (I). Néanmoins, avec la suppression de certaines prérogatives dans l'Acte uniforme rénové, le créancier rétenteur est désormais cantonné dans une position d'attente en cas de non paiement. Le droit de rétention s'apparente ainsi à une sûreté passive quant à sa réalisation (II).

I. LE DROIT DE RETENTION, UNE SURETE ACTIVE QUANT A SA PORTEE.

Le droit de rétention est un moyen de pression légitime conféré au créancier pour tenter de contraindre son débiteur à exécuter ses obligations envers lui¹⁷⁶². Il confère à celui-ci d'importantes prérogatives¹⁷⁶³ dont-il peut se prévaloir aussi bien dans ses rapports avec le débiteur (A) que dans ses rapports avec les tiers (B).

A. LES PREROGATIVES DU RETENITEUR DANS SES RAPPORTS AVEC LE DEBITEUR : LE REFUS DE RESTITUTION DU BIEN RETENU

La principale prérogative que confère le droit de rétention au créancier est la faculté de ne pas délivrer, de ne pas restituer la chose au propriétaire¹⁷⁶⁴. Toute la force de cette prérogative s'affirme tant à l'égard du débiteur in bonis (1) qu'à l'égard du débiteur en difficulté (2).

1. Les refus de restitution du bien retenu d'un débiteur in bonis

¹⁷⁵⁸ Cf article 43 AUS (Ancien).

¹⁷⁵⁹ Cf article 226 AUS (Nouveau).

¹⁷⁶⁰ V.M. SAMB, *Op.cit.*, n°39, P.722.

¹⁷⁶¹ V.D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 640, P.324.

¹⁷⁶² Le droit de rétention est l'expression d'une règle générale informulée fondée sur l'équité, car il serait injuste qu'un créancier soit tenu d'exécuter son obligation de délivrance ou de restitution envers son débiteur alors que celui-ci n'a pas encore exécuté toutes ses obligations envers lui. V.J.C OTOUMOU, *Op.cit.*, P.75 ; V. également B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Op.cit.*, n° 921, P.194.

¹⁷⁶³ Sur les prérogatives du créancier rétenteur, lire notamment Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185 et s. ; V. aussi G. PIETTE, *Op.cit.*, P.186 ; V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 631, P.319 et s. ; V. aussi P.M LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Tome II, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2000, n° 707, P.941.

¹⁷⁶⁴ Cf article 67 (Nouveau).

Aux termes de l'article 67 du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, le droit de rétention permet au créancier de retenir la chose aussi longtemps qu'il n'est pas payé¹⁷⁶⁵. Contrairement à l'ancien Acte uniforme, aucune limite importante n'est imposée au créancier dans l'exercice de cette prérogative dans l'Acte uniforme rénové¹⁷⁶⁶.

Le créancier ne peut renoncer à son droit de rétention que s'il a obtenu un paiement complet¹⁷⁶⁷. La question s'est posée de savoir si le créancier est fondé à s'opposer à la restitution du bien retenu même après paiement de la majeure partie de la dette. L'article 67 de l'Acte uniforme (Nouveau) apporte une réponse positive à cette question. Selon ce texte en effet, le droit de rétention est indivisible. Le créancier peut alors refuser la restitution de la chose retenue jusqu'au paiement complet, sans tenir compte des paiements partiels¹⁷⁶⁸. Il en sera ainsi même si la chose, objet de la rétention est susceptible de division¹⁷⁶⁹. Cette solution est plusieurs fois confirmée par la jurisprudence¹⁷⁷⁰.

On peut également se demander si l'abus dans l'exercice de cette prérogative peut donner lieu à la mise en œuvre de la responsabilité du créancier rétenteur. L'on pourrait penser au cas d'un comptable impayé qui retient des documents devant être produits à l'administration fiscale. Pour la doctrine, le refus de restitution du bien retenu relève du pouvoir discrétionnaire du créancier rétenteur. Il peut retenir le bien alors même qu'il cause un préjudice à son propriétaire¹⁷⁷¹. La jurisprudence s'est déjà prononcée en faveur de cette position¹⁷⁷².

¹⁷⁶⁵ Les aspects procéduraux du droit de rétention sont particulièrement simples. Il n'est subordonné à aucun acte de procédure, même de mise en demeure. Ceci s'explique par le fait que par hypothèse, le droit de rétention ne peut jouer que par voie d'exception. V.G. PIETTE, *op.cit.*, P.186, V. également Y.R.KALIEU ELONGO, *Op.Cit.*, P.185.

¹⁷⁶⁶ En effet, l'article 42 de l'ancien Acte Uniforme portant organisation des sûretés permettait d'apporter à cette prérogative une limite importante en imposant au créancier de renoncer à son droit de rétention lorsque le débiteur lui fournit en échange une sûreté réelle équivalente, qu'elle soit mobilière ou immobilière, d'une valeur suffisante pour couvrir le montant de la créance. Rien n'empêche par ailleurs le débiteur de proposer une sûreté personnelle lorsque le créancier est prêt à renoncer à son droit de rétention en échange. V.B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUNEVOT, *Op.cit.*, n°923, P.195.

¹⁷⁶⁷ Article 67 AUS (Nouveau).

¹⁷⁶⁸ En cas de division de la dette entre plusieurs débiteurs, le fait que certains se soient acquittés de leurs parts n'empêche pas le créancier de refuser la restitution de la totalité de la chose. V. Y.R.KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185 ; V. aussi G. PIETTE, *Op.cit.*, P.186 ; V. aussi D. LEGEALS, *Op.cit.*, n° 640, P.324 ; V. aussi, M. SAMB, *Op.cit.*, n° 37, P.722.

¹⁷⁶⁹ Cette indivisibilité permet de distinguer le droit de rétention de *l'exceptio non adimpleti contractus*. Cette dernière doit être invoquée de bonne foi, c'est-à-dire que le contractant qui entend s'en prévaloir ne peut prétendre à une exécution mineure. V.G. PIETTE, *Op.cit.*, P.185.

¹⁷⁷⁰ Cf. cass. Com, 19 novembre 2002, n°00-20.516, Bull civ. n° 172, JCP G. 2003, I, P.124, n°17, obs Ph DELEBECQUE ; CA Paris, 5 mars 1992, JCP 1992, 2D E.I 189, n°19.

¹⁷⁷¹ Le créancier rétenteur apparaît ainsi comme un gêneur disposant d'une position privilégiée. V.M. SAMB, *Op.cit.*, n° 36, P.722 ; V. aussi, G. PIETTE, *Op.cit.*, P.186.

¹⁷⁷² Cf. CA d'Abidjan, Arrêt n° 92 du 31 janvier 2003, Dame FADIGA MALICK C/ société Alliance Auto, *Pénant* n°872, P.372, Observation de R. ASSONTSA et H.M TCHABO SONTANG, Ohadata J-10-248.

On peut enfin se demander s'il doit y avoir proportionnalité entre la valeur de la chose retenue et le montant de la créance. La question divise la doctrine. Pour le Professeur KALIEU ELONGO Yvette Rachel, aucune proportionnalité n'est exigée¹⁷⁷³. Ainsi, le créancier peut refuser de restituer un bien d'une valeur sans commune mesure avec celle de sa créance contre le débiteur. Par contre, pour le professeur Dominique LEGEAIS, la mise en œuvre de la théorie de l'abus de droit peut permettre de sanctionner cette attitude du créancier¹⁷⁷⁴. L'article 67 du nouvel Acte uniforme sur les sûretés n'ayant apporté aucune limite à l'exercice du droit de rétention, nous pensons que la théorie de l'abus du droit dont parle le Professeur LEGEAIS ne cadre pas avec les particularités du droit de rétention tel qu'il apparaît dans l'Acte Uniforme rénové. Ce point de vue cadre d'ailleurs avec la position de la jurisprudence sur la question¹⁷⁷⁵.

2. Le refus de restitution du bien retenu d'un débiteur en difficulté

Le créancier rétenteur peut-il toujours s'opposer à la restitution du bien d'un débiteur même dans l'hypothèse où ce dernier fait l'objet d'une procédure collective ? La question est d'autant plus importante lorsqu'on sait que l'admission du débiteur à une procédure collective a pour finalité la suspension des poursuites individuelles¹⁷⁷⁶. Aucune disposition particulière de l'Acte uniforme rénové ne permet d'envisager une réponse à cette question¹⁷⁷⁷. Néanmoins, la doctrine s'accorde à dire qu'en dépit du caractère précaire du droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'invincibilité du procédé s'impose face aux procédures collectives¹⁷⁷⁸. Ainsi, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur, le créancier rétenteur est dans une position très favorable. Il peut toujours refuser la restitution du bien, même si celui-ci est indispensable à la continuation de l'entreprise¹⁷⁷⁹.

Le droit de rétention assure ainsi au créancier une situation d'exclusivité qu'aucune autre sûreté réelle ne peut procurer en plaçant son bénéficiaire en marge de

¹⁷⁷³ V.Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185.

¹⁷⁷⁴ V.D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 641, P.324.

¹⁷⁷⁵ Cass.com, 15 octobre 1991, JCP 1999, éd. E.I 143, Obs. Ph SIMLER.

¹⁷⁷⁶ Cf. article 2 AUPC.

¹⁷⁷⁷ V.M. SAMB, *Op.cit.*, n°44, P723.

¹⁷⁷⁸ Ce droit place le créancier rétenteur dans une position irréductible et opposable à tous. V.P.M Le CORRE, « l'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives », *D.* 2001, P.2815 ; V. aussi, J.C. OTOUMOU, *Op.cit.*, P.88 et s., V. aussi, G. PIETTE, *Op.cit.*, P.486 ; V. aussi, P.M LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Presses universitaires d'Aix Marseille 2000, P.941 et s. ; Y.R KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185 et s. ; V. aussi, M. SAMB, *Op.cit.*, n° 44, P.723 ; V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 639, P.323.

¹⁷⁷⁹ Dans ce cas, le syndic devra payer la créance pour retirer la chose retenue. V.Y.R KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185 ; V. aussi, G- PIETTE, *Op.cit.*, P.187, V. aussi, P. CROQ, *La réforme du droit des procédures collectives et le droit des sûretés*, D. 2006, P.1306 et s.

tout concours¹⁷⁸⁰. En effet, quelle que soit l'étape de la procédure, le droit de rétention garde toute son efficacité dans une procédure collective et le créancier peut toujours faire valoir sa prérogative de refus de restitution du bien retenu. La jurisprudence est restée ferme sur cette position dans un arrêt rendu en date du 07 janvier 1992¹⁷⁸¹. Si un plan de continuation de l'entreprise est adopté, le créancier rétenteur peut continuer d'opposer son refus de restitution au débiteur en difficulté. Si un plan de cession de l'entreprise est adopté, il pourra opposer son refus de restitution au cessionnaire. Si la liquidation judiciaire de l'entreprise est prononcée, l'article 149 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁷⁸² permet au juge commissaire d'autoriser le liquidateur à payer le rétenteur afin de retirer la chose retenue. Dans le cas contraire, le créancier sera toujours fondé à s'opposer à la restitution du bien retenu¹⁷⁸³.

Malheureusement, saisie de la difficulté, la cour d'appel d'Abidjan n'a pas pu procéder à une saine appréciation des éléments de la cause¹⁷⁸⁴. Saisie sur la question de la validité juridique d'un droit de rétention à l'égard d'un débiteur en difficulté, le juge a vite fait de conclure sur l'inefficacité du droit de rétention face à une procédure collective¹⁷⁸⁵. Ce faisant, c'est oublier que le droit de rétention est l'une des sûretés qui échappent aux affres du règlement préventif¹⁷⁸⁶, ce qui est extrêmement regrettable.

B. LES PREROGATIVES DU RETENUEUR DANS SES RAPPORTS AVEC LES TIERS : L'OPPOSABILITE DES DROITS DU RETENUEUR SUR LA CHOSE RETENUE

Une autre prérogative que le droit de rétention confère au créancier est la faculté d'opposer ses droits à tous¹⁷⁸⁷. Cette opposabilité concerne à la fois les tiers propriétaires ayant acquis un bien déjà retenu¹⁷⁸⁸ (1) et les créanciers du débiteur (2).

¹⁷⁸⁰ V.K. LUCIANO, « Analyse juridique du droit de rétention », *Revue des procédures collectives* n°4, juillet 2012, étude 29, P.27 ; V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 639, P.323.

¹⁷⁸¹ CASS.CIV. 1^{ère}, 7 janvier 1992, JCP 1992, éd. E.I. 143, n°16, Obs. Ph SIMLER et Ph DELEBECQUE.

¹⁷⁸² Cet article dispose ainsi qu'il suit : « Le syndic, autorisé par le juge commissaire, peut en remboursant la dette, retirer au profit de la masse le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur ».

¹⁷⁸³ Sur l'ensemble de la question, lire notamment, G. PIETTE, *Op.cit.*, P.186 et s.

¹⁷⁸⁴ Cf. CA d'Abidjan, Arrêt n° 92 du 31 janvier 2003, Dame GHUSSEIN FADIGA MALICK C/Société Alliance Auto, *Pénant* n°872, P.379, Observations de Robert ASSONTSA et Hervé Martial TCHABO SONTANG, Ohadata J-10-248.

¹⁷⁸⁵ V.R. ASSONTSA et H.M TCHABO SONTANG, « Droit de rétention, condition d'exercice-débiteur non propriétaire de la chose retenue-débiteur admis au règlement préventif-admission du droit de rétention, Non », *Juridis périodique* n°87, juillet-août-septembre 2011, P.31.

¹⁷⁸⁶ V.R. ASSONTSA et H.M. TCHABO SONTANG, *Op.cit.*, P.28 ; Du même avis, Ripert et Roblot lorsqu'ils affirment : « Les secousses imposées à l'ensemble de sûretés réelles par l'évolution des procédures collectives n'ébranlent pas la force du droit de rétention », par D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n°641, P.324.

¹⁷⁸⁷ On parle d'opposabilité erga omnes V.K. LUCIANO, *Op.cit.*, n° 17, P.29 ; V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 640, P.34, V. aussi, M. SAMB, *Op.cit.*, n° 41, P.722. Cette solution a été plusieurs fois confirmée

1. L'opposabilité des droits du rétenteur au tiers acquéreur de la propriété du bien retenu

L'on peut se demander si le propriétaire d'un bien retenu dispose encore du droit à la cession sur ledit bien. La question est d'autant plus importante lorsqu'un sait que le droit de rétention enlève au propriétaire le droit à la libre disposition sur le bien retenu. En principe, les articles 67 à 70 de l'Acte uniforme rénové qui traitent du droit de rétention n'enlèvent pas au débiteur son droit de propriété sur la chose retenue. Celui-ci est alors libre de céder le bien, objet de la rétention à un tiers. Seulement, la délivrance d'un bien grevé d'un droit de rétention pourra bien être paralysée par le créancier rétenteur¹⁷⁸⁹. La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en faveur de cette paralysie¹⁷⁹⁰.

Il revient donc à l'acquéreur d'exiger que le bien lui soit livré libre de tout droit de rétention. Dans le cas contraire, il aura l'obligation de désintéresser le créancier rétenteur avant d'obtenir livraison du bien acquis¹⁷⁹¹. La question ne manque pas de surgir sur le fondement de cette opposabilité au tiers acquéreur. Une bonne partie de la doctrine pense que cette opposabilité se fonde sur un principe général de droit selon lequel « nul ne saurait transférer plus de droit qu'il n'en a »¹⁷⁹².

A cette justification, l'on pense qu'on peut ajouter l'indisponibilité du bien acquis¹⁷⁹³. En effet, le bien retenu, bien qu'appartenant encore au débiteur ne fait plus réellement partie de son patrimoine par l'effet du droit de rétention. L'exercice de son droit de propriété sur ledit bien, pour être efficace est désormais affecté d'une condition résolutoire¹⁷⁹⁴, notamment, le désintéressement du créancier rétenteur. Le tiers acquéreur ne peut donc rentrer en possession de la chose acquise grevée d'un droit de rétention qu'à la condition que le rétenteur soit intégralement payé par le débiteur ou par lui-même. Cette opposabilité rapproche davantage le droit de rétention

par la jurisprudence. Cf. cass.civ 1^{ère}, 7 janvier 1992, JCPG, 1992, I, 35 83, n°16 ; Cass-com, 3 mai 2006, n°04-15-262, JCPG 2006, I, 195.

¹⁷⁸⁸ V.M. SAMB, *Op.cit.*, n° 41, P.722 ; V aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 640, P.324.

¹⁷⁸⁹ En effet, il s'agit d'une solution de bon sens. Elle permet de faire obstacle à un débiteur de mauvaise foi qui serait tenté d'échapper à la rigueur du droit de rétention en cédant le bien, objet de la rétention. V.M. SAMB, *Op.cit.*, n° 43, P.723.

¹⁷⁹⁰ Cf. cass.com, 31 mai 1994, n°93-16-505, Bull. Civ. IV, n°195 ; Cass.com, 2 mars 1999, n° 97-12-577, Bull. Civ. 1999, IV, n°52.

¹⁷⁹¹ V.M. SAMB, *Op.cit.*, n° 43, P.723.

¹⁷⁹² V.B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUNEVOT, *Op. cit.*, n°924, P.195 ; V. aussi A. AYNES, « La consécration légale des droits de rétention », *D*, 2006, P.1301 ; V aussi M. SAMB, *Op.cit.*, n° 43, P.723 ; V. aussi, G PIETTE, *Op.cit.*, P.186 ; V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 640, P.324.

¹⁷⁹³ Sur cette question, lire notamment J.C OTOUMOU, *Op.cit.*, P.79 et s.

¹⁷⁹⁴ Sur la condition résolutoire, lire F. Terre, Ph SIMLER, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2006, n° 122, P.1161.

à un gage¹⁷⁹⁵. La même solution s'impose à l'ayant cause à titre particulier devenu propriétaire postérieurement à la rétention¹⁷⁹⁶.

2. L'opposabilité des droits du rétenteur aux créanciers du débiteur

La question peut se poser de savoir si d'autres créanciers du débiteur dont le bien fait déjà l'objet d'une rétention peuvent encore procéder à la saisie sur le même bien. La question est d'autant plus importante lorsqu'on sait qu'aux termes de l'article 50 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution¹⁷⁹⁷, la détention du bien du débiteur par un tiers n'est plus un obstacle aux saisies¹⁷⁹⁸. Certes, le droit de rétention n'empêche pas les autres créanciers du débiteur de faire valoir leur droit de saisie sur le bien, objet de la rétention. Cette saisie rendra certainement le bien indisponible, mais sous réserve des droits et charges qui le grèvent au jour de la saisie, notamment ici les droits du créancier rétenteur¹⁷⁹⁹. Le créancier rétenteur peut alors normalement opposer son droit aux autres créanciers du débiteur, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés¹⁸⁰⁰. Il s'en suit que lorsqu'un créancier entend saisir et faire vendre le bien objet de la rétention, le rétenteur peut s'y opposer. Il reviendra au créancier saisissant de le désintéresser avant de pouvoir exercer son droit de saisie¹⁸⁰¹.

Qu'advierait-il si le bien objet de la rétention fait ultérieurement l'objet d'un gage sans dépossession. Le créancier gagiste pourra-t-il faire valoir son droit de suite sur le bien objet de la rétention ? L'article 107 alinéa 2 du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés apporte une réponse clairement négative en ces termes : « Le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier postérieur qui ne pourra prétendre exercer ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé ». L'invincibilité du droit de rétention s'affirme encore dans cette hypothèse¹⁸⁰². Il reviendra au créancier gagiste de désintéresser le créancier rétenteur avant de faire valoir son droit de suite.

¹⁷⁹⁵ V.G. PIETTE, *Op.cit.*, P.180, V. aussi, Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.186.

¹⁷⁹⁶ V.Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185, V. aussi, A. AYNES, « Le droit de rétention, unité ou pluralité », *Economica*, P.28 et s. ; V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 640, P.324.

¹⁷⁹⁷ Cet article dispose ainsi qu'il suit : « Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque Etat partie ».

¹⁷⁹⁸ V.A.M ASSI-ESSO, *OHADA, Traités et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002, P.721.

¹⁷⁹⁹ Peu importe que ces droits ne deviennent exigibles ou exerçables qu'après la saisie, celle-ci devrait respecter ces droits. V.J.C. OTOUMOU, *Op.cit.*, P.80, V. aussi, A. AYNES, « Le droit de rétention, unité ou pluralité », *Op.cit.*, P.275 et s.

¹⁸⁰⁰ Cf. Cass. civ., 7 janvier 1992, précité, V.G. PIETTE, *Op.cit.*, P.186.

¹⁸⁰¹ V.M. SAMB, *Op.cit.*, n° 42, P.722.

¹⁸⁰² V.K. LUCIANO, *Op.cit.*, P.27 ; V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 640, P.324 ; V. aussi A. AYNES, « le droit de rétention, unité ou pluralité », *Op.cit.*, P.275 et s., V. aussi, J. KODO, « Le régime juridique du droit de rétention dans l'OHADA et en droit français », *Lamy Droit des sûretés*, n°227, *Coll. Lamy Droit civil*, 2007, www.institut-idef.org.

En est-il de même lorsque le bien objet de la rétention fait l'objet d'un gage sans dépossession¹⁸⁰³ antérieurement. Certes, le droit de suite du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier rétenteur postérieur, mais sous réserve des droits de ce dernier¹⁸⁰⁴. On peut alors comprendre que le droit de rétention à travers sa force confère au créancier rétenteur un véritable pouvoir d'action¹⁸⁰⁵. Sur ce point de vue particulièrement, il peut être assimilé à une sûreté active¹⁸⁰⁶. Cependant, dans la réalisation de ce droit, le créancier rétenteur devient essentiellement passif¹⁸⁰⁷.

II. LE DROIT DE RETENTION, UNE SURETE PASSIVE QUANT A SA REALISATION

Il convient d'observer que le droit de rétention tel qu'il est aujourd'hui conçu par l'Acte uniforme rénové cantonne le créancier rétenteur dans une situation d'attente en cas de non paiement¹⁸⁰⁸. Contrairement à l'Acte uniforme ancien¹⁸⁰⁹, l'Acte uniforme rénové ne reconnaît au créancier rétenteur en cas de non paiement, ni une véritable prérogative classique sur le bien retenu (A), ni une véritable prérogative supplémentaire sur ledit bien (B).

A. LE REFUS D'UNE VERITABLE PREROGATIVE CLASSIQUE AU PROFIT DU RETENTEUR SUR LE BIEN RETENU

Dans l'ancien Acte uniforme, l'article 43 disposait que « si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au

¹⁸⁰³ Sur le gage sans dépossession, Cf. article 102 et 109 de l'AUS (Nouveau).

¹⁸⁰⁴ Cette solution est une interprétation de l'article 107 alinéa 2 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés aux termes duquel : « Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant le droit de rétention de ce dernier ».

¹⁸⁰⁵ V.A. AYNES, « le droit de rétention, unité ou pluralité », *Op.cit.*, P.62 et s. ; V. aussi, J.C OTOUMOU, *Op.cit.*, P.84.

¹⁸⁰⁶ V.Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185 et s. ; J.C. OTOUMOU, *Op.cit.*, P.84 et s., V. aussi, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, P.324 ; A. AYNES, « le droit de rétention, unité ou pluralité », *Op.cit.*, P.273 et s.

¹⁸⁰⁷ V.M. SAMB, *Op.cit.*, P.721 et s. ; V.D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 641, P.324 ; V. aussi, B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Op.cit.*, n° 21, P.195.

¹⁸⁰⁸ En effet, l'Acte Uniforme rénové transforme clairement le régime des sûretés réelles. Traditionnellement, l'assimilation était faite entre le droit de rétention et le gage. Cependant, dans l'Acte Uniforme rénové, cette confusion entre le gage et le droit de rétention a cessé d'être entretenue. Dans l'Acte Uniforme rénové comme en droit français, le droit de rétention apparaît comme une prérogative purement passive. V.B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUNEVOT, *Op.cit.*, n°921, P.195 ; V. aussi, M. SAMB, *Op.cit.*, n°39, P.722 ; V. aussi, R. NJEUFACK TEMGWA, Réflexion sur les procédés alternatifs de réalisation des sûretés réelles conventionnelles en droit OHADA, *Op.cit.*, P.107.

¹⁸⁰⁹ Dans cet Acte Uniforme où on assistait à l'uniformisation du régime juridique du droit de rétention, la garantie dont disposait le créancier rétenteur était dotée d'une force telle que la doctrine en faisait la reine des sûretés ou des garanties. V.J.C. OTOUMOU, *Op.cit.*, P.87.

propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage ». Dans l'Acte uniforme rénové, ces prérogatives ont été supprimées¹⁸¹⁰. Si le créancier rétenteur n'obtient pas le paiement malgré la rétention du bien, il n'a ni droit de suite (1) ni droit de préférence sur le bien retenu (2).

1. L'absence d'un droit de suite sur le bien retenu

Dans l'Acte uniforme rénové, le bénéficiaire d'un droit de rétention ne dispose pas d'un droit de suite¹⁸¹¹. Il ne peut donc se permettre de revendiquer la restitution du bien s'il passe en d'autres mains. La conséquence logique et directe de cette absence de droit de suite est que la dépossession du créancier du bien emporte extinction du droit de rétention. Il est en effet de l'essence même du droit de rétention que le créancier détient matériellement la chose. Dès lors qu'il s'en dessaisit, il perd son droit¹⁸¹². De même, pour la jurisprudence, la détention de la chose par le créancier est une condition essentielle du droit de rétention. Cette position est confirmée par la cour de cassation française lorsqu'elle affirme : « Pour retenir, il faut d'abord tenir »¹⁸¹³. Il n'est cependant pas nécessaire que le créancier détienne personnellement le bien. Il peut exercer son droit de rétention par l'intermédiaire d'un tiers qui détient le bien pour son compte (entièrement)¹⁸¹⁴.

On peut bien s'interroger sur l'opportunité du refus d'un droit de suite au profit du créancier rétenteur dans l'Acte uniforme rénové. On peut aussi comprendre que dans l'hypothèse où le dessaisissement du créancier du bien retenu est volontaire, il peut s'analyser comme une renonciation du droit de rétention de la part de ce dernier. Par conséquent, il ne peut plus prétendre exercer plus tard un droit de suite sur ledit bien. C'est le cas d'un créancier qui, sans préalablement avoir reçu paiement intégral de la dette remet volontairement le bien retenu au débiteur¹⁸¹⁵.

Qu'advierait-il si le dessaisissement intervient de manière involontaire ? Nous pensons à l'hypothèse où ce dessaisissement intervient à la suite d'un vol ou d'une perte de la chose. Une partie de la doctrine pense qu'avec la suppression d'un

¹⁸¹⁰ On peut bien s'interroger sur l'opportunité de la suppression de ces prérogatives dans l'Acte Uniforme rénové. On peut aussi comprendre que dans la pratique, elles faisaient naître une confusion entre le gage et le droit de rétention. C'est sans doute pour mettre un terme à cette confusion que le législateur a dans l'Acte Uniforme rénové supprimé ces prérogatives. Désormais, la confusion n'est plus entretenue entre le droit de rétention et le gage. V.M. SAMB, *Op.cit.*, n°39, P.722.

¹⁸¹¹ Il n'est donc en position de force que s'il reste passif et se contente de l'opposer aux débiteurs et aux autres créanciers. V.D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n° 641, P.324 ; V. aussi, M. SAMB, *Op.cit.*, n° 40, P.722.

¹⁸¹² V. M. SAMB, *Op.cit.*, n° 40, P.722.

¹⁸¹³ Cass.com, 4 janvier 2005, Bull. Civ. IV, n°1

¹⁸¹⁴ Par ailleurs, la détention peut être fictive. En principe, l'exigibilité d'une détention conduit à refuser aux créanciers titulaires d'un gage sans dépossession tout droit de rétention. Il en est ainsi, par exemple, du créancier nanti sur le fond de commerce (cf. Cass.com, 4 mars 2003, Bull. Civ. IV, n°00) ou de celui nanti sur le matériel et l'outillage (Cass.com, 15 janvier 1957, Bull. Civ. IV, N°1). Néanmoins, la jurisprudence a reconnu à certains créanciers titulaires de gage sans dépossession un droit de rétention fictif. C'est notamment le cas du créancier gagiste sur véhicule automobile. Ce créancier se voit reconnaître une détention fictive. Sur l'ensemble de la question, lire notamment G. PETTE, *Op.cit.*, P. 184 et s.

¹⁸¹⁵ V.M. SAMB, *Op.cit.*, n°48, P.724 ; V. aussi J.C OTOUMOU, *Op.cit.*, P.84.

droit de suite dans l'Acte uniforme rénové, le créancier rétenteur ne peut plus s'en prévaloir en toute circonstance¹⁸¹⁶. Cependant, nous pensons que sur le fondement de l'article 2279 du Code civil qui fait du créancier rétenteur le possesseur de bonne foi, celui-ci peut toujours revendiquer la restitution du bien lorsqu'il se trouve entre les mains d'un tiers s'il en a été involontairement dessaisi, notamment en cas de perte ou de vol¹⁸¹⁷. Cette solution ne peut s'incliner qu'en cas de destruction matérielle de la chose, objet du droit de rétention¹⁸¹⁸.

2. L'absence d'un droit de préférence sur le bien retenu

Il résulte de l'article 70 de l'Acte uniforme rénové¹⁸¹⁹ que le créancier rétenteur ne dispose pas d'un droit de préférence sur le bien retenu. Il ne peut donc pas procéder à la réalisation forcée du bien retenu afin de se payer sur le prix de vente. S'il ne reçoit pas le paiement malgré la rétention du bien, il doit se contenter de demeurer dans une position passive et négative, c'est-à-dire de n'engager aucune procédure de réalisation¹⁸²⁰. Il lui sera alors préférable d'attendre que les autres créanciers se manifestent. En effet, ces derniers voudront certainement réaliser le bien retenu afin de pouvoir se payer sur le prix de vente. Pour cela, ils devront donc au préalable désintéresser le créancier rétenteur car, la réalisation du bien retenu entraîne l'extinction du droit de rétention, le créancier rétenteur ne disposant aucun droit de préférence sur le prix de vente¹⁸²¹.

Par dérogation à l'article 70 alinéa premier de l'Acte uniforme rénové, l'alinéa 2 permet au créancier rétenteur de procéder à la réalisation forcée du bien retenu si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur¹⁸²². En disposant que le droit de rétention se reporte dans ce cas sur le prix de vente qui doit être consigné,

¹⁸¹⁶ V.M. SAMB, *Op.cit.*, n° 39, P.722.

¹⁸¹⁷ Du même avis, J.C. OTOUMOU, *Op.cit.*, P.84 ; V. aussi Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.186 ; Elle peut également résulter d'une interprétation de l'article 100 de l'Acte Uniforme rénové qui a prévu cette solution en matière de gage.

¹⁸¹⁸ Dans ce cas, le créancier ne peut prétendre s'approprier l'indemnité d'assurance remplaçant le bien détruit. V.M. SAMB, *Op.cit.*, n° 48, P.724 ; V. aussi Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.186.

¹⁸¹⁹ Cet article dispose ainsi qu'il suit : « le créancier à l'obligation de conserver le bien retenu en bon état ».

¹⁸²⁰ En cas de réalisation du bien, objet de la rétention, le créancier rétenteur sera alors en concours avec les autres créanciers et il pourra être primé par les créanciers privilégiés. Cf. article 226 AUS (Nouveau).

¹⁸²¹ Par conséquent, s'il procède à la saisie de la chose pour la faire vendre, il perd sa détention et son droit de rétention. Pour éviter le concours, il est conseillé au créancier rétenteur de ne jamais saisir la chose pour la faire vendre, sauf dans l'hypothèse marginale où le débiteur n'a pas d'autres créanciers. V.G. PIETTE, *Op.cit.*, P.187 et s.

¹⁸²² Cet article ayant prévu que le créancier doit pour cela obtenir l'autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, on peut comprendre qu'il s'agit du juge de référé, statuant en matière d'urgence. Cf. article 49 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui dispose : « la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui... ».

cet article laisserait croire que le créancier rétenteur va bénéficier d'un droit de préférence sur ce prix. Malheureusement, l'article 226 de l'Acte uniforme rénové¹⁸²³ s'y oppose dans la mesure où il institue un classement entre les créanciers pour la distribution des deniers provenant de la réalisation du bien. Il résulte de ce classement que le créancier rétenteur sera primé par des créanciers privilégiés et ne saurait se prévaloir d'aucun droit de préférence¹⁸²⁴.

L'on pourrait s'interroger sur le fondement de ce refus du droit de préférence sur le prix de vente au créancier rétenteur dans le nouvel Acte uniforme. Une partie de la doctrine pense que ce refus se justifie par le souci de protéger le débiteur du risque que le bien retenu ne soit bradé par un créancier animé par le seul souci de se faire payer¹⁸²⁵. A notre humble avis, nous pensons que ce refus se justifie par une idée simple selon laquelle la réalisation forcée du bien entraîne extinction du droit de rétention¹⁸²⁶.

B. LE REFUS D'UNE VERITABLE PREROGATIVE SUPPLEMENTAIRE AU PROFIT DU RETENTEUR SUR LE BIEN RETENU

Dans l'Acte uniforme rénové, si le créancier rétenteur n'obtient pas le paiement malgré la rétention du bien, il n'a pas pour autant le droit de demander l'attribution judiciaire du bien (1) ou le droit de faire usage du bien retenu (2).

¹⁸²³ Cet article dispose ainsi qu'il suit : « Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :

1. Aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;
2. Aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt des créanciers dont le titre est antérieur en date ;
3. Aux créanciers de salaire super-privilégiés ;
4. Aux créanciers garantis par un privilège général soumis à publicité, un gage ou un nantissement, chacun à la date de son opposabilité aux tiers ;
5. Aux créanciers munis d'un privilège spécial, chacun suivant le meuble sur lequel porte le privilège ; en cas de conflit entre créances assorties d'un privilège spécial sur le même meuble, la préférence est donnée au premier saisissant ;
6. Aux créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 180 du présent Acte Uniforme ;
7. Aux créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire lorsqu'ils sont intervenus par voie de saisie ou d'opposition à la procédure de distribution ;

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser les créanciers désignés aux 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 7 du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent à la distribution dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc ».

¹⁸²⁴ V.M. SAMB, *Op.cit*, n° 40, P.722.

¹⁸²⁵ V.R. NJEUFACK TEMGWA, *Op.cit*, P.108 ; V. aussi S.S. KUATE TAMEGHE, « Délicatesse, convivialité, humanité... et voies d'exécution », *Juridis périodique*, n° 62, avril-mai-juin 2005, P.50 et s.

¹⁸²⁶ Lorsqu'il est procédé à la vente du bien retenu, le créancier rétenteur en perd la détention et par conséquent, le droit de rétention. V.G. PIETTE, *Op.cit*, P.187.

1. Le refus d'un droit à l'attribution du bien retenu

L'attribution constitue une technique d'éviction du concours pour le créancier, puisqu'elle est indépendante de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges¹⁸²⁷. Sous l'empire de l'ancienne législation de l'OHADA, la doctrine s'accordait à affirmer qu'en cas de non paiement, le créancier rétenteur pouvait se faire attribuer la propriété du bien retenu. Elle tirait argument de l'article 43 de l'Ancien Acte uniforme¹⁸²⁸ qui renvoyait au droit de préférence du créancier gagiste¹⁸²⁹. La jurisprudence s'était toujours prononcée en faveur de cette prérogative au profit du créancier rétenteur¹⁸³⁰.

Dans l'Acte uniforme révisé, cette prérogative a été supprimée. Le créancier rétenteur n'a plus le droit de solliciter l'attribution du bien retenu. Si cette solution se justifie amplement en cas de demande d'attribution judiciaire du bien retenu par le créancier¹⁸³¹, en sera-t-il de même en cas d'attribution conventionnelle. Nous pensons ici à l'hypothèse dans laquelle le créancier et le débiteur auraient convenu un pacte comissoire¹⁸³². La question est d'autant plus importante lorsqu'on sait que dans l'Acte uniforme rénové, on assiste à une généralisation de l'attribution en propriété¹⁸³³ à travers l'admission du pacte comissoire¹⁸³⁴ et l'extension de l'attribution judiciaire¹⁸³⁵. Ici encore, le créancier rétenteur ne sera toujours pas autorisé à solliciter l'attribution du bien en sa possession¹⁸³⁶.

L'on pourrait bien s'interroger sur l'opportunité du refus de cette prérogative d'attribution au profit du créancier rétenteur tant du point de vue judiciaire que du droit de vue conventionnel. L'on peut comprendre qu'à la lecture des articles 67 à 70 de l'Acte uniforme rénové qui traitent spécialement du droit de rétention, il n'apparaît nulle part le bénéfice de l'attribution au profit du créancier rétenteur. L'on

¹⁸²⁷ Pour cet ordre, Cf. article 226 AUS (Nouveau).

¹⁸²⁸ Sur le fondement de cet article, le créancier rétenteur pouvait demander l'attribution judiciaire du bien retenu en cas de non paiement. V. aussi J.C OTOUMOU, *Op.cit*, P.84.

¹⁸²⁹ V.B MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUNEVOT, *Op.cit*, P.196 et s., V. aussi J.C OTOUMOU, *Op.cit*, P.84.

¹⁸³⁰ La jurisprudence lui accordait cette prérogative sous deux conditions : n'avoir reçu ni paiement, ni sûreté de substitution d'une part et avoir signifié au débiteur ou au propriétaire du bien son intention de réaliser le bien à l'expiration d'un délai de huit jours à compter de la réception de la signification. Cf. Cour d'Appel d'Abidjan, 4^e chambre civile et commerciale, Arrêt n° 971 du 18 novembre 2005, Affaire société SCIMI C/ Société DALYNA TRAVEL AGENCY, Ohadata J-09-362 ; CA Donaï, 16 mars 1995, JCP 1995, éd. E 515, n°16.

¹⁸³¹ Il en est ainsi dans la mesure où dans l'Acte Uniforme rénové, aucune assimilation formelle ne peut plus être faite entre le gage et le droit de rétention. V.M. SAMB, *Op.cit*, n°45, P.723.

¹⁸³² Le pacte comissoire est une convention par laquelle le créancier se fait consentir le droit de s'approprier de lui-même la chose objet de la sûreté V.G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 6^e édition, PUF 2004, P.639.

¹⁸³³ V.R. NJEUFACK TEMGWA, *Op.cit*, P.109 et s.

¹⁸³⁴ V.R. NJEUFACK TEMGWA, *Ibidem* P.110.

¹⁸³⁵ V.R. NJEUFACK TEMGWA, *Ibidem* P.112.

¹⁸³⁶ V.D. LEGEAIS, *Op.cit*, n° 641, P.324.

peut également comprendre que l'admission du pacte comissoire prévue dans les dispositions générales du nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés ne peut s'accommoder qu'avec quelques sûretés réelles¹⁸³⁷ à l'exclusion des autres, notamment le droit de rétention¹⁸³⁸. Le créancier rétenteur qui n'a pas reçu le paiement doit alors rester passif et n'a pas le droit de demander l'attribution du bien retenu¹⁸³⁹.

2. Le refus d'un droit à l'usage sur le bien retenu

Aux termes de l'article 70 alinéa 1 de l'Acte uniforme rénové portant organisation des sûretés, « le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état ». Il résulte de cet article que le créancier rétenteur doit veiller sur la chose retenue en bon père de famille¹⁸⁴⁰, toute détérioration totale ou partielle pouvant engager sa responsabilité¹⁸⁴¹. Comme principale conséquence de cette obligation, le créancier rétenteur ne dispose pas d'un droit à l'usage sur le bien retenu. Il n'a droit ni aux fruits, ni à la jouissance de la chose¹⁸⁴².

Qu'advierait-il si le créancier rétenteur au mépris de ce refus viendrait à percevoir les fruits de la chose objet de la rétention. Aucune disposition particulière sur le droit de rétention ne permet d'envisager une solution à cette attitude fautive du créancier. On peut néanmoins faire recours à une disposition générale de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, notamment l'article 103 qui prévoit que dans ce cas, le créancier doit imputer les fruits perçus sur ce qui lui est dû en intérêts ou à défaut sur le capital de la dette¹⁸⁴³.

¹⁸³⁷ En effet, l'admission du pacte comissoire s'accommode avec le gage, le nantissement et l'hypothèque. V.R. JEUFACK TEMGWA, *Op.cit*, P. 110 à 112.

¹⁸³⁸ V.J.C. OTOUMOU, *Op.cit*, P. 84.

¹⁸³⁹ Cependant, on peut préciser que le risque qui découle de cette situation négative est amoindri dans l'Acte Uniforme rénové lorsqu'on sait que le créancier rétenteur ne peut se voir imposer une garantie de substitution pas toujours avantageuse, V.J.C. OTOUMOU, *Op.cit*, P. 85.

¹⁸⁴⁰ Cf article 108 AUS (Nouveau). Sur cette obligation de conservation de la chose retenue, Lire J.M. NYAMA, *Eléments de droit des affaires, Cameroun-OHADA*, CUC, 2002, P.251.

¹⁸⁴¹ Cf article 109 AUS (Nouveau). En outre, au sens de l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil, le rétenteur est gardien de la chose retenue. Aussi, est-il responsable si la chose retenue cause des dommages à des tiers.

¹⁸⁴² Cf. article 103 AUS (Nouveau). Sur la question, Lire notamment G. PIETTE, *Op.cit*, P. 186 ; V. aussi Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit*, P. 185.

¹⁸⁴³ Il s'en suit que si ces fruits perçus peuvent suffire à payer l'intégralité de la dette, le droit de rétention doit être éteint et par conséquent, le bien retenu doit être restitué au débiteur. En effet, en tant que mécanisme de garantie, le droit de rétention disparaît par voie accessoire lorsque la créance qu'il garantit est éteinte. Quelle que soit la cause de l'extinction de la créance (paiement, dation...), elle provoque l'extinction du droit de rétention. Il est cependant nécessaire que la créance soit éteinte en totalité. V.G. PIETTE, *Op.cit*, P.187 ; V. aussi, Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit*, P.186 ; V. aussi, M. SAMB, *Op.cit*, n°46, P.723.

Qu'advierait-il également si le créancier rétenteur procède à la jouissance du bien retenu, violant par là son obligation de conservation¹⁸⁴⁴. A travers l'article 109 de l'Acte uniforme rénové sur le droit des sûretés, on peut déduire que cette nouvelle attitude fautive du créancier donne au débiteur le droit de réclamer la restitution du bien retenu¹⁸⁴⁵.

L'on peut s'interroger sur le fondement de ce refus du droit à l'usage au profit du créancier rétenteur. La doctrine affirme que le droit de rétention confère au créancier une simple détention de la chose et non une possession¹⁸⁴⁶. Ne pouvant donc aucunement se comporter comme le véritable propriétaire de la chose, il ne peut pas l'utiliser puisqu'il détient la chose d'autrui¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴⁴ Lorsque le créancier rétenteur aurait engagé des frais pour satisfaire à son obligation de conservation du bien retenu, le débiteur doit lui rembourser toutes les dépenses effectuées à cet effet Cf. article 113 AUS (Nouveau).

¹⁸⁴⁵ Dans ce cas, le créancier rétenteur ne sera plus fondé à s'opposer à la restitution dans la mesure où parmi les conditions requises par l'exercice du droit de rétention figure la bonne foi du créancier. Ainsi, un créancier qui fait usage du bien retenu est de mauvaise foi et par conséquent, il doit perdre son droit de rétention. La théorie de l'abus du droit peut également permettre de sanctionner cette attitude fautive du créancier rétenteur. Sur l'ensemble de la question, Lire notamment, D. LEGEAIS, *Op.cit.*, n°637, P.321 et s.

¹⁸⁴⁶ La possession se caractérise par la réunion de deux éléments notamment le corpus qui est l'élément matériel de la possession, détention ou jouissance d'une chose et l'animum qui est l'élément psychologique de la possession, volonté d'être propriétaire et de se comporter comme tel. V.G. PETTE, *Op.cit.*, P.184.

¹⁸⁴⁷ V.G. PIETTE, *Ibid.* V. aussi Y.R KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, P.185.

CONCLUSION

Avec la révision de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés¹⁸⁴⁸ le 15 décembre 2010, le débat sur la nature juridique du droit de rétention est loin d'être tranché¹⁸⁴⁹. Traditionnellement envisagé comme une véritable sûreté active sous l'empire de l'ancienne législation, le droit de rétention apparaît plus avec la révision comme une sûreté passive. Il s'est vu déposséder de tous les attributs actifs qui en faisaient la force¹⁸⁵⁰, cantonnant ainsi le rétenteur dans la position d'attente en cas de non paiement¹⁸⁵¹. La seule véritable prérogative qui lui est reconnue aujourd'hui réside dans son refus de restitution¹⁸⁵².

Cependant, le moins que l'on puisse dire au-delà de toute controverse¹⁸⁵³, c'est qu'avec la révision de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés, l'efficacité du droit de rétention ne s'en est pas trouvée affaiblie. Le débiteur n'a plus la possibilité de fournir une sûreté réelle équivalente de substitution au créancier rétenteur afin de l'obliger à renoncer au droit de rétention¹⁸⁵⁴. Désormais, le débiteur ne peut paralyser le droit de rétention que par le paiement de la créance garantie, ce qui permet au créancier de rester passif. Néanmoins, cette consécration du droit de rétention soulève de nouvelles questions dont les réponses ne sont pas toutes évidentes dans l'Acte uniforme révisé et qui parfois nécessiteront la modification dudit Acte.

¹⁸⁴⁸ Le droit des sûretés fait l'objet de l'un des trois Actes uniformes signés le 17 avril 1997 en application du Traité du 17 octobre 1993 instituant l'OHADA. V.F. ANOUKAHA, *le droit de sûreté dans l'Acte Uniforme OHADA*, PUA 1998, coll. « Droit uniforme », P.164 ; F. ANOUKAHA, YANKHOBA NDIAYE, A. Cisse NIANG, M. Samba et J. Issa-SAYEGH, OHADA : *Sûretés*, Bruylant, Coll. « Droit uniforme africain », 2002, P.279 ; G. Bremond SAAR, *La sécurité juridique de l'investissement dans l'OHADA : Le droit des sûretés à l'épreuve du recouvrement des créances*, thèse Aix-Marseille 2005 ; A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, Tome 2, *Les garanties réelles*, DIANOÏA 2010 ; Y.R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.*, B. MARTOR, N. PILKINGTON, et S. THOUNEVOT, *Op.cit.*, P.211 et s.

¹⁸⁴⁹ Finalement, la révision de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ressuscite une question qu'on croyait avoir résolu ou évité en droit OHADA : Le droit de rétention est-il une véritable sûreté ou une sûreté imparfaite ? V.F. DERRIDA, « La dématérialisation du droit de rétention », Mel. VOIRIN, L.G.D.J, Paris 1967, P.177 et s.

¹⁸⁵⁰ Cf. article 43 AUS (Ancien).

¹⁸⁵¹ Avec cette révision, le droit OHADA cadre désormais avec le droit français, V.B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUNEVOT, *Op.cit.*, n°924, P.195.

¹⁸⁵² V.M. Samba, *Op.cit.*, n°34, P.721 et s.

¹⁸⁵³ La controverse n'est-elle pas un ferment nécessaire à l'évolution de la science juridique ? V.H.D. MODI KOKO BEBEY, Préface de l'ouvrage *l'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA 2006, P.11.

¹⁸⁵⁴ La faculté ainsi conférée au débiteur sous l'empire de l'ancien Acte Uniforme lui donnait le pouvoir d'imposer au créancier rétenteur une sûreté dont l'équivalence de l'objet ne lui garantissait pas nécessairement et même pas toujours un rang de priorité ou de préférence à celui que lui conférait son attitude passive. V.J.C. OTOUMOU, *Op.cit.*, P.81.

**LE RÉGIME PROCÉDURAL DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EN
PROCÉDURE CIVILE CAMEROUNAISE :**

Réflexions sur une évolution jurisprudentielle de la Cour suprême à partir d'un arrêt
de la C.C.J.A.

Par **Léon HOUNBARA KAOSSIRI**, Assistant, Faculté des Sciences Juridiques et
Politiques, Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Résumé

Le présent article est une contribution à la précision du régime procédural de l'autorité de la chose jugée en matière civile au Cameroun à la lumière des récentes évolutions que connaît la jurisprudence nationale et communautaire. Il propose quelques précisions à plusieurs préoccupations auxquelles le droit positif n'apporte pas de solution satisfaisante. Cette contribution répond à la question de savoir par qui et à quel moment l'autorité de la chose jugée doit être soulevée. Il ressort que cette dernière est une fin de non-recevoir, donc un moyen de défense. De ce fait, le privilège de la soulever revient normalement aux parties, plus précisément le défendeur. Cependant, compte tenu de ses fonctions, qui s'orientent aussi vers la protection de l'intérêt de la justice tout entière, l'autorité de la chose jugée peut être soulevée d'office par le juge lorsqu'il en a connaissance. C'est sur ce même argument que se fonde cet article pour proposer que l'autorité de la chose jugée soit recevable en tout état de cause, contrairement à la prescription légale qui exige que les fins de non-recevoir soient présentées avant toute conclusion au fond. Il faudrait cependant, pour éviter les abus auxquels peut conduire un tel régime, prévoir de sanctions à l'encontre du plaideur qui utiliserait cette fin de non-recevoir de manière dilatoire.

Abstract

This article aims to precise the procedural rules governing the principle of res judicata in Cameroonian civil and commercial procedure. The available law on this issue does not provide a satisfactory solution to the multiple preoccupations raised by the implementation of this principle. This paper thus brings to light some fundamental questions concerning this issue. It answers the question to know how-the competent person and the precise moment in which res judicata can be raised in a case. The authority of res judicata is a plea of inadmissibility, consequently a means of defense in a case. This means that it should be raised primarily by the parties, specifically the defendant. However, in view of its function which includes the protection of the interests of the whole court, the authority of res judicata may be raised by the judge when he becomes aware of its existence. By this same argument, this article proposes that the authority of res judicata should be admissible at any moment in the procedure which is contrary to the legal prescription now that requires that pleas of inadmissibility should be raised before any conclusive background ; however in order to avoid a party from frustrating the action of the court by raising the defense abusively, we propose here that the law should provide sanctions against the litigant who uses this plea of inadmissibility with a dilatory intension.

Introduction

Bien que prévue tant en droit interne¹⁸⁵⁵ qu'en droit communautaire¹⁸⁵⁶, l'autorité de la chose jugée n'est définie par aucun texte applicable en droit camerounais. En faisant abstraction des multiples controverses dont elle est sujette¹⁸⁵⁷, on peut l'entendre comme une qualité attribuée aux jugements dont la fonction est d'empêcher le renouvellement d'un même procès¹⁸⁵⁸. La doctrine contemporaine¹⁸⁵⁹ voit en elle, non une présomption de vérité comme le prétend l'article 1351 du Code civil camerounais, mais comme un attribut du jugement, voire une fin de non-recevoir. Ceci se justifie en ce sens que sa proposition au cours d'une instance se présente comme un obstacle anticipé à l'examen au fond du droit litigieux. Comme toutes les autres fins de non-recevoir, sa proposition suspend le cours de l'instance et oblige le juge à rendre une décision antérieure à celle de la demande au fond¹⁸⁶⁰. En outre, son admission se présente comme un obstacle définitif à l'examen au fond du litige, ce qui la distingue des exceptions de procédure. Lorsqu'elle est admise, elle entraîne l'irrecevabilité de l'action sans qu'il soit besoin de connaître du fond du litige.

Dire de l'autorité de la chose jugée qu'elle est une fin de non-recevoir revient ainsi à la ranger dans la catégorie des moyens de défense. Ainsi analysée, elle peut

¹⁸⁵⁵ En droit interne, l'autorité de la chose jugée est prévue tant en matière civile et commerciale (v. art. 1351 du C. civ.) qu'en matière pénale (v. art. 62 du CPP).

¹⁸⁵⁶ V. art. 20 du Traité OHADA : « Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire... » ; art. 25 : « Les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat ». V. aussi art. 27 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

¹⁸⁵⁷ En effet, les auteurs classiques avaient vu en l'autorité de la chose jugée une présomption, donc une règle de preuve conformément à l'article 1350 du Code civil, lequel range la chose jugée parmi les présomptions légales. V. par exemple : G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437 ; P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, p. 170. Cette conception est celle des substantialistes. V. J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Coll. Université, 15^{ème} éd., Sirey, 2014, n°151, p. 154 ; F. TÈRRE, *Introduction générale au droit*, Coll. : Précis, 9^{ème} éd., Dalloz, 2014, n° 745, p. 600. Elle semble relayée par une partie des processualistes contemporains. V. par exemple : G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Op. cit.*, n° 213, p. 223 ; S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014, n° 482, p. 749 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., Litec, 2006, n°725 et s., pp. 462 et s. ; n° 763, p. 482. Pour une critique de cette conception, v. : E. COUTURE, « La chose jugée comme présomption légale – Critique des articles 1349 à 1350 du Code civil », in *RIDC*, Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954, pp. 681-701 ; J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile – Essai d'une définition*, Thèse, Paris, 1954 ; D. TOMASIN, *op. cit.*

¹⁸⁵⁸ G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^{ème} éd., Dalloz-Sirey, 2014, n° 213-1, p. 223 ; N. FRICÉRO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de J.-François BURGELIN*, Dalloz, 2008, p. 199 ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, 1975, LGDJ, n°207.

¹⁸⁵⁹ V. notamment : C. LEFORT, *Procédure civile*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2014, n° 573, p. 396 et s. ; J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., Coll. : Domat Droit privé, Montchrestien, 2010, n° 330, p. 275 et s. ; N. FRICÉRO, *Procédure civile*, Coll. : Mémentos LMD, 11^{ème} éd., Gualino Editeur, 2014, p. 193 ; C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements*, Thèse, LGDJ, 2000, n° 168 et s., p. 115 et s.

¹⁸⁶⁰ B. OPPÉTIT, « Les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité », *RTD Civ.*, 1967, p. 756, cité par Y. DESDEVISES, *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action en justice*, Thèse, Nantes, 1973, n° 204, p. 324.

susciter plusieurs interrogations. L'un problème qu'elle soulève est celui de sa mise en œuvre ou de son régime procédural.

La question du régime procédural ou, plus globalement, celle du régime juridique des fins de non-recevoir en général fait l'objet d'une préoccupation de longue date¹⁸⁶¹. Malgré cette ancienneté, elle demeure d'actualité¹⁸⁶². La fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée jouit également d'un regain d'intérêt¹⁸⁶³. Elle vient d'être érigée par la CCJA¹⁸⁶⁴ en un principe fondamental de la justice. En effet, pour annuler la sentence arbitrale d'un tribunal qui s'était prononcé sur une cause ayant fait l'objet d'un précédent jugement, la haute juridiction communautaire a rappelé que l'autorité de la chose jugée est un principe fondamental de la justice en ce qu'elle assure la sécurité juridique et participe de l'ordre public international.

En outre, en droit français, par exemple, l'article 125 du Code procédure civile qui régleme les fins de non-recevoir a été tout dernièrement modifié par un décret survenu en 2004¹⁸⁶⁵. Ce Décret a renouvelé le régime procédural de l'autorité de la chose. La question y semble donc presque tranchée. Cependant, le droit positif camerounais n'a pas toujours apporté une solution nette à ce problème. Les dispositions du Code civil camerounais, ni celles du droit OHADA, qui énoncent l'autorité de la chose jugée ne renseignent pas suffisamment sur les modalités de sa mise en œuvre. Le Code de procédure civile et commerciale aborde la question de manière imprécise. Des précisions y relatives s'avèrent donc nécessaires.

Le régime procédural de l'autorité de la chose jugée ne dépend pas seulement de la nature juridique qu'on lui reconnaît, mais aussi des finalités qu'on lui assigne. Il faut noter que comme toutes les fins de non-recevoir, l'autorité de la chose jugée a plusieurs fonctions, lesquelles peuvent être analysées tant au regard de la dimension micro judiciaire que de la dimension macro judiciaire. Alors que la première dimension amène à l'orienter vers la protection du justiciable ou du juge, la seconde dimension incite à l'envisager dans le sens de la protection de l'appareil judiciaire. L'autorité de la chose jugée constitue un instrument de police processuelle, en ce sens qu'elle sanctionne le défaut d'une condition classique du droit d'action¹⁸⁶⁶. Elle constitue également un instrument de terminaison du procès, dans la mesure où elle se présente comme une négation du droit d'action, voire du droit substantiel¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶¹ V. par exemple J.-P. BEGUET, *Op. cit.*, p. 133.

¹⁸⁶² V. S. JAHEL, « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in *Justices et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mélanges offerts à Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 723, v. également J. NORMAND, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *Op. cit.*, p. 684 ; B. ODENT, « Le destin des fins de non-recevoir », in *Mélanges offerts à Marcel WALINE. Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, p. 653.

¹⁸⁶³ V. par exemple « Chose jugée : fin de non-recevoir relevée d'office », note sous Civ. 2^{ème}, 15 sept. 2005, *RTD Civ. 2005*, p. 824.

¹⁸⁶⁴ V. CCJA, Ass. Plén., arrêt n° 03/2011 du 31 janvier 2011, Aff. : Société PLANOR AFRIQUE S.A. C/ Société ATLANTIQUE TELECOM S.A., *Le Juris-Ohada n° 2/2011*, avril-juin 2011, p. 8 ; Ohadata J-12-136 ; *Juridis Périodique n° 101*, janvier-février-mars 2015, p. 53, obs. MOHO FOPA.

¹⁸⁶⁵ Décret n° 2004-836 du 20 août 2004. Ce décret est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Sur ce décret, v. N. FRICÉRO, *Dr. et proc.*, n° 1, 2005, Chron. 1 ; S. AMRANI-MEKKI, *JCP 2005*, I, 125, n° 6.

¹⁸⁶⁶ V. à cet effet L. CADIET et E. JEULAND, *Op. cit.*, n° 478, p. 291.

¹⁸⁶⁷ Y. DESDEVISES, *Th. Op. cit.*, n° 192, p. 308.

Le régime procédural de l'autorité de la chose jugée est également tributaire de la valeur procédurale qu'on reconnaît à cette fin de non-recevoir. Il faut ainsi distinguer selon qu'il s'agit d'une simple fin de non-recevoir d'ordre privé ou d'une fin de non-recevoir d'ordre public. Comme l'a récemment décidé la CCJA¹⁸⁶⁸, l'autorité de la chose jugée préserve la sécurité juridique et participe de l'ordre public en ce qu'elle prône la stabilité des situations judiciairement prononcées et affirme l'incontestabilité des décisions de justice. Elle renforce aussi le crédit de la justice en interdisant le renouvellement des procès et en prévenant contre la contrariété des jugements. Il faut noter que cette position semble s'éloigner de la conception traditionnelle. En effet, le régime procédural de l'autorité de la chose jugée a été, traditionnellement, calqué à l'image de celui des fins de non-recevoir d'ordre privé. La Cour suprême du Cameroun affirmait que celle-ci ne pouvait être soulevée que par les parties¹⁸⁶⁹, qui avaient d'ailleurs la possibilité d'y renoncer¹⁸⁷⁰. En outre, elle était, comme toutes les autres fins de non-recevoir, soumise au régime de la présentation *in limine litis* prescrit par l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale.

Cette conception classique semble ne plus retenir l'attention de la jurisprudence contemporaine qui a tendance à appliquer à l'autorité de la chose jugée le régime propre aux fins de non-recevoir d'ordre public. Désormais, la Cour suprême semble reconnaître d'importants pouvoirs au juge dans sa mise en œuvre. Aussi décide-t-elle que celle-ci peut être soulevée d'office et en tout état de cause¹⁸⁷¹. Une telle évolution jurisprudentielle qui incite à revoir le régime procédural l'autorité de la chose jugée mérite-t-elle d'être généralisée ?

Pour apporter des éclaircissements sur cette préoccupation, il convient de répondre à deux questions fondamentales. Il s'agit, d'une part, de déterminer qui peut soulever le moyen de défense consécutif à l'autorité de la chose jugée et, d'autre part, de dire à quel moment on doit le présenter. Alors que la première question invite à identifier le titulaire du droit d'invoquer l'autorité de la chose jugée (I), la deuxième quant à elle conduit à préciser le moment auquel elle doit être présentée (II).

I – Le titulaire du droit d'invoquer l'autorité de la chose jugée

Les dispositions légales ne répondent pas à la question de savoir qui, du juge ou des parties, peut soulever, à l'occasion d'une instance, l'autorité de la chose jugée. Confrontée à cette lacune, la jurisprudence ne fournit pas une solution unanime. Tantôt, elle accorde exclusivement ce privilège aux parties¹⁸⁷², tantôt, elle reconnaît un certain pouvoir au juge de la soulever de sa propre initiative¹⁸⁷³. Pour répondre à cette préoccupation, il convient d'examiner les pouvoirs respectifs des parties (A) et du juge (B) dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée.

¹⁸⁶⁸ V. CCJA, Ass. Plén., arrêt n° 03/2011 du 31 janvier 2011, *Op. cit.*

¹⁸⁶⁹ C.S.C.O., arrêt n° 205/P du 2 juin 1970, *Bull. n° 22*, p. 2664.

¹⁸⁷⁰ C.S.C.O., arrêt n° 45/CC du 18 février 1969, *Bull. n° 17*, p. 2459 ; arrêt n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.

¹⁸⁷¹ C.S., arrêt n° 121/Civ du 17 décembre 2009, Aff. MADOLA Pierre C/ La S.G.B.C. – S.A., inédit.

¹⁸⁷² V. par exemple : C.S.C.O., arrêt n° 205/P du 2 juin 1970, *Bull. n° 22*, p. 2664.

¹⁸⁷³ V. par exemple : C.S., arrêt n° 121/Civ du 17 décembre 2009, Aff. MADOLE Pierre C/ La S.G.B.C. – SA, inédit.

A – Les pouvoirs des parties dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée

Il faut de partir de l'idée selon laquelle l'autorité de la chose jugée dont il est ici question constitue un moyen de défense. Ainsi, sa mise en œuvre relèverait du privilège des parties (1). Il est par conséquent possible de se poser la question de savoir si ces dernières peuvent avoir la faculté de renoncer à la soulever (2).

1 – Le privilège d'invoquer l'autorité de la chose jugée

Le principe ici est celui de la primauté des parties. En effet, l'initiative du moyen tiré de l'autorité de la chose jugée doit relever, d'un premier point de vue, du privilège des parties. Puisque celle-ci est un moyen de défense, il leur appartient de la soulever. Ce privilège revient normalement au défendeur. Toute partie qui y a intérêt a normalement qualité pour invoquer un moyen de défense. Cette affirmation vaut tant pour les exceptions de procédure que pour les défenses au fond ou les fins de non-recevoir. La protection du défendeur est l'une des fonctions primaires de l'autorité de la chose jugée. Il est donc normal que celui au profit duquel elle a été instituée puisse avoir le privilège de la proposer, lorsqu'il en estime l'existence.

La jurisprudence aussi veille à ce que le privilège de soulever l'existence d'une cause d'irrecevabilité du fait de l'autorité de la chose jugée soit reconnu aux parties. Elle y veille positivement comme négativement. De manière positive, la Cour suprême¹⁸⁷⁴ reconnaît que l'autorité de la chose jugée est une règle d'intérêt privé destinée à sauvegarder les droits acquis des parties. Fort de cela, il appartient à celles-ci de s'en prévaloir. La jurisprudence française¹⁸⁷⁵ abondait également dans ce sens avant le décret du 20 août 2004¹⁸⁷⁶.

En reconnaissant ainsi la primauté des parties dans la mise en œuvre de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, l'on fait d'elle un moyen d'ordre privé. C'est cette même logique qui semble commander la question du renoncement à invoquer l'autorité de la chose jugée.

2 – Le renoncement à invoquer l'autorité de la chose jugée

En règle générale, puisque la primauté de présenter les moyens de défense revient aux parties, il leur est possible d'y renoncer. Cette règle vaut-elle aussi pour les fins de non-recevoir en général et plus particulièrement, l'autorité de la chose

¹⁸⁷⁴ C.S.C.O., arrêt n° 205/P du 2 juin 1970, *Bull. n° 22*, p. 2664 ; n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.

¹⁸⁷⁵ V. par exemple, Civ. 24 octobre 1951, *JCP 1952. II. 6806*, note Perrot ; *RTD civ. 1952*, p. 254, obs. P. HÉBRAUD ; 18 mai 1955, *JCP 1955. IV. 93* ; Com. 29 mars 1965, *Bull. civ. III*, n° 238 ; Civ. 2^e, 20 juillet 1970, *Bull. civ. II*, n° 251 ; 24 novembre 1976, *Bull. civ. II*, n° 315 ; *D. 1977. IR 75* ; Civ. 2^e, 4 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 230 ; 25 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 254 ; 15 décembre 1980, *Bull. civ. II*, n° 264. - Com. 19 juillet 1983, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; Civ. 1^{re}, 16 décembre 1986, n° 84-17.076, *Bull. civ. I*, n° 300 ; Civ. 3^e, 20 mai 1992, n° 90-13.598, *Bull. civ. III*, n° 159 ; Civ. 2^e, 10 avril 1995, n° 95-60.550, *Bull. civ. II*, n° 121 ; Civ. 2^e, 4 décembre 2003, n° 02-10.010, *Bull. civ. II*, n° 365 ; Civ. 2^e, 4 janvier 1990, n° 88-10.406, *Bull. civ. II*, n° 3 ; Civ. 2^e, 1^{er} juillet 1992, n° 90-21.659, *Bull. civ. II*, n° 192 ; *D. 1993. Somm. 184*, obs. P. JULIEN ; 4 déc. 2003, *D. 2004. IR 109* ; *JCP 2004. IV, 1198*. V. également : D. TOMASIN, *Th. Op. cit.*, n° 309 s.

¹⁸⁷⁶ V. Décret n° 2004-836 du 20 août 2004. Comme on le verra plus tard, ce décret a modifié le régime juridique des fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt, du défaut de qualité et de l'autorité de la chose jugée.

jugée ? Plus clairement posée, la question revient à savoir si le plaideur qui, à l'occasion d'une instance, dispose de la possibilité de proposer qu'un débat soit ouvert sur l'existence de l'autorité de la chose jugée peut se résigner à le faire. La jurisprudence répondait à cette question par l'affirmative.

La Cour suprême reconnaissait à cet effet que les parties pouvaient renoncer à invoquer l'autorité de la chose jugée¹⁸⁷⁷. Elle est même arrivée à affirmer, à l'occasion d'une espèce, que le renoncement pouvait être implicite¹⁸⁷⁸. Dans cette dernière espèce, le défendeur n'avait pas soulevé la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée devant les juges du fond et s'était permis de la soulever devant le juge de cassation. Ce dernier a estimé qu'il y avait, sur ce point, renoncement implicite. Les termes de cet arrêt méritent d'être rappelés : « à partir du moment où cette renonciation est intervenue, même implicitement, l'exception (de chose jugée) ne peut plus être invoquée devant la Cour suprême ».

A la suite de cette jurisprudence, il est permis de s'interroger sur le fondement de cette faculté accordée aux parties de renoncer à soulever le moyen résultant de l'autorité de la chose jugée. La Cour suprême offre également à ce sujet une réponse. En effet, elle a pu décider que la chose jugée est une règle d'intérêt privé destinée à sauvegarder les droits acquis des parties ; il est donc toujours possible à l'une de celles-ci de renoncer à s'en prévaloir¹⁸⁷⁹. Une telle analyse trouve son fondement dans les fonctions de l'autorité de la chose jugée, destinée protéger les intérêts privés.

Cependant, il faut noter que l'autorité de la chose jugée est aussi destinée à garantir les intérêts qui dépassent les considérations d'ordre privé. Elle est non seulement au service des justiciables, mais aussi au service de la justice¹⁸⁸⁰. Comme la procédure, elle est « la garantie de la sécurité et de la sûreté des justiciables » et « garante de l'ordre public »¹⁸⁸¹. Cependant, quelles que soient les considérations sociales qui pourraient justifier l'autorité de la chose jugée, il ne faut pas oublier que le jugement « réalise » des droits privés¹⁸⁸². C'est donc la nature juridique des droits mis en cause qui commande une telle solution. C'est cette considération qui justifie que la proposition de mener le débat sur l'autorité de la chose jugée soit prioritairement accordée aux parties qui, d'ailleurs, peuvent renoncer à s'en prévaloir. Cette solution n'exclut pour autant pas que certains pouvoirs soient exceptionnellement reconnus au juge en la matière.

¹⁸⁷⁷ V. par exemple C.S.C.O., arrêt n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.

¹⁸⁷⁸ V. C.S.C.O., arrêt n° 45/CC du 18 février 1969, *Bull. n° 17*, p. 2459.

¹⁸⁷⁹ V. dans ce sens : C.S.C.O., arrêt n° 205/P du 2 juin 1970, *Bull. n° 22*, p. 2664. V. dans le même sens : Civ. 27 janvier 1857, *DP 1857. 1*, p. 82 ; Req. 11 décembre 1895, *DP 1895. 1*, p. 468 ; Civ. 2^e, 25 juin 1959, *Bull. civ. II*, n° 511 ; Civ. 2^e, 10 février 1960, *Bull. civ. II*, n° 108.

¹⁸⁸⁰ C. LECOMTE, « Le NCPC : rupture et continuité », in *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, [sous la dir. de] J. FOYER et C. PUIGELIER, Economica, 2006, p. 5.

¹⁸⁸¹ G. CANIVET, « De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. XXIII.

¹⁸⁸² V. dans ce sens : J. HÉRON et J. LE BARS, *Op. cit.*, n° 344, p. 290.

B – Les pouvoirs du juge dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée

Laisser la possibilité de présenter l'existence de l'autorité de la chose jugée au pouvoir exclusif des parties et prôner une passivité du juge ne constitue pas toujours une garantie de bonne justice. Cette solution peut favoriser les manœuvres dilatoires. Elle peut contribuer à ralentir abusivement le cours de la justice. Plus grave encore, elle risque de livrer l'un des plaideurs à la discrétion d'un adversaire moins scrupuleux, ayant pour souci de retarder l'issue du procès¹⁸⁸³. Les fonctions qu'assure l'autorité de la chose jugée amènent à admettre que certains pouvoirs soient reconnus au juge, dans le sens de lui permettre de proposer qu'un débat soit ouvert sur l'existence de l'autorité de la chose jugée lorsqu'il en a connaissance. Ces pouvoirs doivent être exceptionnels, donc encadrés dans certaines limites (2). Avant d'examiner ces limites, il importe de s'attarder sur l'étendue même de ces pouvoirs (1).

1 – L'étendue du pouvoir du relevé d'office

Compte tenu des fonctions sociales de l'autorité de la chose jugée, l'on pourrait être amené à soumettre sa présentation à un régime d'obligation de relevé d'office. La jurisprudence s'inscrit parfois dans cette lancée. Plus récemment, la Cour suprême¹⁸⁸⁴, puis la CCJA¹⁸⁸⁵ semblent avoir érigé l'autorité de la chose jugée au rang d'une fin de non-recevoir d'ordre public. Saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt confirmatif qui avait méconnu l'autorité de la chose jugée, le juge suprême a cassé l'arrêt attaqué estimant que les juges du fond auraient dû relever d'office la fin de non-recevoir, quand bien même les parties ne l'avaient pas soulevée.

L'obligation de relever d'office l'existence de la chose jugée met en avant les fonctions sociales de l'autorité de la chose jugée. Elle peut être basée sur l'idée d'un respect dû aux décisions de justice. Comme le reconnaissent certains auteurs¹⁸⁸⁶, si on raisonne dans ce sens, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée sera considérée comme d'ordre public, solution qui obligerait le juge à la soulever d'office.

L'obligation de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne mérite cependant pas d'être généralisée. Il faudra l'admettre dans des hypothèses exceptionnelles. Il en est ainsi, d'une part, lorsque le jugement qu'on entend protéger est rendu dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Lorsque les droits, objet de la décision, sont eux-mêmes d'ordre public, ce caractère doit rejaillir sur la décision. Dans cette hypothèse, l'autorité pourra alors être d'ordre public¹⁸⁸⁷. Il en va ainsi en matière d'état et de

¹⁸⁸³ Lire dans le même sens : P. EFTHYMOS, « Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque », *RIDC*, Vol. 39 n°3, Juillet-septembre 1987, pp. 705-720, spéc. p. 705.

¹⁸⁸⁴ V. C.S., arrêt n° 121/Civ du 17 décembre 2009, Aff. MADOLA P. C/ La S.G.B.C. – S.A.

¹⁸⁸⁵ V. CCJA, Ass. Plén., arrêt n° 03/2011 du 31 janvier 2011, *op. cit.*

¹⁸⁸⁶ J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 290.

¹⁸⁸⁷ Dans le même sens, J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, p. 291.

capacité des personnes. Une telle solution a été consacrée par la jurisprudence française en la matière¹⁸⁸⁸.

D'autre part, il est permis d'admettre que lorsque l'autorité de la chose jugée résulte d'une décision qui fait partie de la même instance que celle où elle pourrait être appliquée, elle revêt alors un caractère d'ordre public. De ce fait, elle doit être relevée d'office par le juge¹⁸⁸⁹ et elle peut même être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation¹⁸⁹⁰. Le but de cette dernière solution est d'éviter les contradictions de décisions au sein d'une même juridiction¹⁸⁹¹.

Pour concilier les intérêts des justiciables et ceux de la justice que l'autorité de la chose jugée se doit de garantir, il serait pertinent de reconnaître au juge une simple faculté de relever d'office cette fin de non-recevoir. Cette faculté conférerait ainsi au juge un certain pouvoir dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée, tout en permettant d'éviter les risques sur lesquels peut déboucher le régime de l'obligation du relevé d'office.

Le droit comparé corrobore une telle solution. En effet, à la suite d'une réforme intervenue en France en 2004¹⁸⁹², l'article 125 du Code de procédure civile français énonce désormais en son alinéa 2 que le juge « peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée (...) de la chose jugée »¹⁸⁹³. Ceci confirme, selon certains auteurs¹⁸⁹⁴, que cette fin de non-recevoir n'est pas, normalement d'ordre public. Si tel est le cas, il convient de rechercher la justification de cette mesure qui permet au juge de soulever ce moyen malgré le fait qu'il soit d'ordre privé.

Un arrêt de la Cour suprême¹⁸⁹⁵ semble reconnaître au juge la faculté de soulever d'office l'existence de l'autorité de la chose jugée. Dans cet arrêt, le juge suprême s'est reconnu la possibilité de soulever d'office le moyen pris de la violation de l'article 1351 du Code civil, alors même qu'aucune des parties ne l'avait présenté.

Plusieurs justifications permettent de soutenir le régime de simple faculté de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Cette

¹⁸⁸⁸ V. par exemple : Civ. 1^{re}, 19 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 184 ; *D. 1976. IR*, p. 224 ; *RTD civ. 1976*, p.820, obs. Normand.

¹⁸⁸⁹ V. dans sens une abondante jurisprudence française : Civ. 3^e, 16 octobre 1970, *Bull. civ. III*, n° 528 ; 24 février 1976, *Bull. civ. III*, n° 85 ; Civ. 1^{re}, 7 avril 1976, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *RTD civ. 1976*, p. 821 ; 19 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 184 ; Com. 28 juin 1976, *Bull. civ. IV*, n° 216 ; Civ. 1^{re}, 29 juin 1977, *Bull. civ. I*, n° 304 ; Soc. 20 janvier 1982, *Bull. civ. V*, n° 27 ; Civ. 2^e, 22 mars 1982, *JCP 1982. IV*. 201 ; Civ. 1^{re}, 29 octobre 1990, n° 87-16.605, *Bull. civ. I*, n° 225 ; Civ. 2^e, 2 décembre 1992, n° 91-15.787, *RTD civ. 1993*, p. 890, obs. Perrot ; 10 mars 1993, *D. 1993. IR* 90 ; 25 mai 2000, n° 97-20.412 ; Soc. 30 janvier 2001, n° 98-43.901 ; 3 mai 2001, n° 99-40.945.

¹⁸⁹⁰ Civ. 3^e, 6 déc. 1977, *Bull. civ. III*, n° 425.

¹⁸⁹¹ V. dans ce sens : C. BOUTY, « Chose jugée », *Rép. pr. civ., Dalloz (dernière mise à jour : octobre 2013)*, n° 274 ; D. TOMASIN, *op. cit.*, n° 315.

¹⁸⁹² V. art. 3 du Décret n° 2004-836 du 20 août 2004, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Sur ce décret, lire : N. FRICÉRO, « Le décret du 20 août 2004 : une adaptation du procès civil aux exigences modernes d'une justice de qualité », *Op.cit.*, Chron. 1 ; R. PÉROT et H. CROZÉ, *Procédures 2004*, Etude 13.

¹⁸⁹³ Lire article 125 du CPC français *in fine*.

¹⁸⁹⁴ J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 291.

¹⁸⁹⁵ V. C.S., arrêt n° 43/CC du 24 avril 2008, Aff. MBASSA MENICK D. C/ MBASSA née ASSEN Adèle, inédit.

mesure permet de concilier les intérêts des justiciables et de ceux de la justice tout entière. En effet, avec une telle solution, l'autorité de la chose jugée n'apparaîtrait plus comme un simple moyen de défense dont la mise en œuvre est laissée à l'entière discrétion des parties, mais comme un instrument procédural entre les mains du juge, lequel lui permettrait de gérer le fonctionnement de ce qu'un auteur¹⁸⁹⁶ a appelé d'ordre processuel. La possibilité pour le juge d'initier, lui-même, le débat sur la recevabilité apparaît ainsi comme une mesure permettant de parer à une éventuelle utilisation de la fin de non recevoir à des fins dilatoires¹⁸⁹⁷. Comme l'affirme un auteur¹⁸⁹⁸, le fait que le juge puisse soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il a connaissance d'une décision déjà rendue entre les mêmes parties, constitue alors seulement un progrès permettant de lutter contre certaines formes d'instrumentalisation du service public de la justice, notamment dans des contentieux de masse comme celui des affaires familiales, où certains plaideurs, plutôt que d'exercer les voies de recours appropriées, n'hésitent pas à réitérer les demandes dont ils ont été déboutés.

La liberté d'agir du juge au niveau du relevé de l'autorité de la chose jugée pourrait ensuite se justifier par la nécessité de mieux marquer le découpage de la procédure en deux phases successives, à savoir celle portant sur l'examen de la recevabilité de l'action et celle portant sur l'examen du bien-fondé des prétentions qu'elle comporte¹⁸⁹⁹.

Il convient de relever que les pouvoirs du juge dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée méritent d'être encadrés de manière à respecter les finalités individuelles et sociales de cette fin de non-recevoir. Leur aménagement doit en outre permettre de conserver le caractère privé de l'autorité de la chose jugée. Ces pouvoirs méritent aussi d'être limités à certains égards.

2 – Les limites au pouvoir du relevé d'office

La possibilité pour le juge de soulever d'office l'existence de l'autorité de la chose jugée entraverait certains principes directeurs du procès si elle n'est pas encadrée dans une certaine limite. L'un des principes particulièrement affecté est celui du dispositif. Ce principe exprime que, dans le contentieux privé, les parties restent maîtresses de leurs droits substantiels et, par conséquent, de leur traduction judiciaire. Selon ce principe, l'initiative, le déroulement et l'extinction de l'instance appartiennent aux plaideurs¹⁹⁰⁰. Il n'est donc pas judicieux de permettre qu'un tel principe cardinal soit méconnu sans restriction. Aussi paraît-il nécessaire de limiter

¹⁸⁹⁶ V. dans ce sens : S. JAHEL, *Op. cit.*, p. 725.

¹⁸⁹⁷ Idem.

¹⁸⁹⁸ C. BOUTY, « Chose jugée », *op.cit.*, n° 277.

¹⁸⁹⁹ Sur ce découpage, lire : H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de philosophie du droit*, t. IX, p. 215, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2^{ème} éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, p. 85 ; L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 324.

¹⁹⁰⁰ H. MOTULSKY parlait de « principe d'initiative », v. dans ce sens : « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D. 1972*, p. 91, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2^{ème} éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, p.275. V. aussi G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil. Le droit positif depuis Motulsky », *JCP G n°30, 1993*, I, 3693, p. 329.

les pouvoirs du juge par la nécessité pour ce dernier de soumettre l'examen de ce moyen à un débat contradictoire entre les parties.

Le juge qui soulève de sa propre initiative une fin de non-recevoir du fait de l'autorité de la chose jugée doit soumettre l'examen de ce moyen au débat contradictoire entre les parties en cause. Chaque fois que le juge relève d'office une fin de non-recevoir, il doit au préalable provoquer l'explication des parties¹⁹⁰¹. Il doit préalablement les inviter à présenter leurs observations sur ce moyen qu'il envisage de relever d'office, afin de ménager le principe de la contradiction¹⁹⁰².

À titre de droit comparé, le droit français offre plusieurs exemples de l'application de l'obligation de faire respecter le contradictoire. En effet, depuis longtemps, la Cour de cassation française affirme clairement que le juge a le devoir de provoquer les observations des parties, même lorsque le moyen relevé d'office est d'ordre public¹⁹⁰³. Il importe de rechercher les fondements de cette solution qui mérite d'être retenue.

Le fait qu'un moyen soit d'ordre public n'est pas une raison suffisante pour permettre au juge de méconnaître le contradictoire. Cette circonstance l'autorise certes à relever ce moyen d'office, mais il ne lui permet pas pour autant de le faire échapper à la contradiction des parties. La mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée nécessite d'être conciliée avec le principe du contradictoire¹⁹⁰⁴. En effet, ce principe a pour objectif de prémunir les parties contre tout effet de surprise, le fait pour le juge de relever d'office un moyen qui devait être connu d'elles¹⁹⁰⁵.

Le respect du contradictoire permet de rétablir l'égalité entre les plaideurs. En soulevant d'office un moyen, le juge rompt l'égalité entre ces derniers. Il prend l'initiative de se substituer à l'une des parties pour suppléer sa carence et se porte

¹⁹⁰¹ V. dans ce sens : P. RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire », in *Mélanges offerts à P. HEBRAUD*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, Presses de la société d'exploitation de l'imprimerie ESPIC, Toulouse, 1981, pp. 715 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile : Droit interne et droit communautaire*, Collection : Précis droit privé, 30^{ème} éd., Dalloz, 2010, n° 341, p. 296.

¹⁹⁰² V. J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 291.

¹⁹⁰³ V. par exemple Cass., chambre mixte le 10 juillet 1981, D. 1981. p. 637, concl. CABANNES, *Gaz. Pal.* 1981.2.627, note J. VIATTE ; *RTD Civ.* 1981, p. 677, obs. J. NORMAND ; *RTD Civ.* 1981, p. 905, obs. R. PÉROT ; A. BÉNABENT, « L'article 16, version 1981 », *D.* 1982, chron. 55. V. également *Civ.* 2^e, 27 février 1985, *Bull. civ.* II, n° 47.

¹⁹⁰⁴ V. dans ce sens : R. PÉROT, « Chose jugée et principe de la contradiction », note sous (deux arrêts) *Civ.* 2^{ème}, 2 déc. 1992 et 10 mars 1993, *RTD Civ.* 1993, p. 890. Lire dans le même sens : J. VIATTE, « Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction », *Gaz. Pal.*, 1980, I, doct., p. 21 ; E. BARADUC, « Le juge civil de cassation, le relevé d'office et le principe de la contradiction », *Mélanges J. BUFFET*, Petites affiches/LGDJ, 2004, p. 5.

¹⁹⁰⁵ Sur le principe du contradictoire en général, lire : M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel)*, Thèse Paris II, 1988, 387 p. ; L. ASCENSI, *Du principe du contradictoire*, Thèses ; Collection : Bibliothèque de Droit privé, LGDJ, 2006, 519 p. ; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 483, Paris, 2008, 456 p. ; « Le principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? », *D.* 2005, Chron., p. 2537 ; G. WIEDERKEHR, « Le principe du contradictoire », *D.* 1974, Chron. XIX, p. 95 ; G. CORNU, « Le principe de la contradiction », *J.-cl. proc. civ.* 1991, fasc., 114 ; O. SCHRAMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 629 ; B. BOCCARA, « La procédure dans le désordre : le désordre du contradictoire », *JCP* 1989, I, 3004.

ainsi à son secours. Il n'est pas normal qu'une telle inégalité existe entre les parties. Le seul remède à cette rupture d'égalité consiste à permettre à la partie à laquelle est opposé le moyen soulevé d'office de présenter ses observations¹⁹⁰⁶. Le contradictoire permet ainsi de restaurer l'égalité des parties devant le juge. Elle leur accorde la possibilité d'appréhender, dans toute son ampleur, l'ensemble des arguments susceptibles d'influer sur le cours du procès.

L'obligation de respecter le contradictoire permet enfin de restaurer le principe du dispositif qui se trouve affecté par le pouvoir reconnu au juge de relever d'office l'autorité de la chose jugée. En soumettant la fin de non-recevoir soulevée d'office au débat contradictoire des parties, l'on permet de mettre ces dernières au centre du procès qui a vocation à protéger leur intérêt personnel, tout en garantissant les intérêts de la justice. Cette dernière considération permet de justifier, dans certaines hypothèses, une abstention à faire respecter le contradictoire.

Une certaine doctrine propose lorsque l'autorité de la chose jugée, soulevée d'office, repose sur l'existence d'un précédent jugement rendu dans une même instance, le juge peut être amené à s'abstenir à provoquer le débat contradictoire des parties. Cette solution peut être inspirée de la jurisprudence française. En effet, la Cour de cassation française autorise qu'il soit passé outre la réouverture des débats lorsqu'il s'agit de soulever d'office l'autorité de la chose jugée d'une décision rendue dans la même instance¹⁹⁰⁷. Cette solution se justifie, selon certains auteurs¹⁹⁰⁸, par le fait que la première décision est déjà dans le débat.

C'est principalement dans la théorie des moyens dans la cause, encore appelée théorie des moyens ou faits tirés du dossier¹⁹⁰⁹ que cette mesure trouve sa justification. Selon cette théorie, un moyen serait nécessairement « dans la cause » lorsque les parties ont indirectement indiqué un fondement juridique à leurs prétentions¹⁹¹⁰. La Cour de cassation française considère que, dans ce cas, le juge n'a pas à respecter la contradiction, considérant que le moyen apparemment relevé d'office serait puisé dans la cause, et déjà dans le débat : les parties ne sauraient donc se plaindre de cette initiative solitaire, sans que leurs explications soient sollicitées¹⁹¹¹.

La théorie des « moyens dans la cause ou « moyens dans le débat » sur laquelle la doctrine fonde l'abstention à faire respecter le contradictoire demeure cependant critiquable. Il est vrai que la décision protégée par l'autorité de la chose jugée est par définition connue des parties, si bien que le moyen est déjà dans la cause. Il n'en demeure pas moins que l'étendue et la portée de ce moyen peuvent être

¹⁹⁰⁶ V. dans le même sens : E. BARADUC, *Op.cit.*, p. 7.

¹⁹⁰⁷ V. par exemple : Com., 26 juin 1984, *Bull. civ.* IV, n° 205 ; Civ. 1^{re}, 29 octobre 1990, n° 87-16.605, *Bull. civ.* I, n° 225 ; Civ. 2^e, 10 mars 1993, *D.* 1993, IR 90 ; *RTD civ.* 1993, p. 890, obs. R. PÉRROT.

¹⁹⁰⁸ J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 291.

¹⁹⁰⁹ Sur cette question, lire : A. BÉNABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP* 1977. I. 2849 ; G. BOLARD, « Le principe de contradiction et les faits tirés du dossier », *D.* 2002, p. 2704 ; « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux. Mélanges en l'honneur de J. NORMAND*, Litec, 2003, p. 43 ; R. PÉRROT, « Principe de la contradiction et les faits dans le débat », *RTD Civ.* 2011, p. 590.

¹⁹¹⁰ V. dans ce sens : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 823, p. 574.

¹⁹¹¹ V. par exemple : Com., 17 octobre 1995, *Bull.civ.*, IV, n° 234 ; Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, *Bull. civ.*, I, n° 147 ; Soc., 5 juin 2001, *Bull. civ.*, V, n° 210.

source de discussions. La portée d'un jugement, fût-il rendu dans la même cause, n'est jamais chose évidente et l'on pourrait fort bien imaginer que les parties soient en désaccord sur l'étendue de ce qui a été jugé et sur les suites qu'il y a lieu d'en tirer¹⁹¹². Le moyen dans la cause n'échappe pas à un certain empirisme qu'il est difficile de maîtriser. Il est donc souhaitable que le contradictoire soit observé en toute hypothèse.

II – Le moment de recevabilité de l'autorité de la chose jugée

Une autre préoccupation suscitée par le régime procédural de l'autorité de la chose jugée concerne le moment de sa présentation. Cette question mérite une attention particulière. La présentation des moyens de défense obéit à un certain ordre chronologique. En effet, le procès civil tend à se diviser en deux phases¹⁹¹³. Au cours de la première, la juridiction saisie examine les moyens de défense qui ne touchent pas le fond du droit. Durant la seconde phase, elle examine les moyens de défense au fond. C'est d'ailleurs dans cette division de l'instance en deux étapes successives que réside l'intérêt de la distinction entre les différents moyens de défense¹⁹¹⁴.

Il importe de déterminer le moment à partir duquel on doit présenter la fin de non-recevoir consécutive à l'existence de l'autorité de la chose jugée. Le législateur n'a pas donné une réponse à cette question de manière spécifique. Il l'a plutôt traité de manière critiquable en envisageant le moment de présentation des fins de non-recevoir en général. L'option choisie par le droit positif présente des limites en ce sens qu'elle assimile le régime de présentation des fins de non-recevoir à celui des exceptions de procédure (A). Il importe de réserver aux fins de non-recevoir un régime propre à elles (B).

A – L'assimilation impropre au régime des exceptions de procédure

L'article 97 du Code de procédure civile et commerciale soumet les fins de non-recevoir en général au même régime que les exceptions de procédure. Celles-ci doivent selon cet article être soulevées *in limine litis*, c'est-à-dire avant tout débat au fond. Une telle exigence qui présente des limites (2). Il convient cependant d'en présenter l'économie (1).

1 – L'économie de l'exigence légale d'une présentation *in limine litis*

L'exigence de la présentation *in limine litis* découle de l'article 97. Cet article assimile le régime de présentation des fins de non-recevoir à celui des exceptions de procédure et des demandes en nullité. Il soumet ces moyens de défense à une double condition : l'antériorité par rapport aux défenses au fond et la simultanéité entre eux¹⁹¹⁵.

Selon la première condition, les fins de non-recevoir en général doivent être présentées avant les défenses au fond. Ceci résulte des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale dont les termes nécessitent d'être rappelés : « toutes les exceptions, demandes en nullités, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents sauf l'exception d'incompétence

¹⁹¹² V. dans ce sens : R. PÉRROT, « Chose jugée et principe de la contradiction », *Op. cit.*, p. 890.

¹⁹¹³ Les principes directeurs d'Unidroit pour les règles transnationales de procédure civile retiennent aussi ces deux phases, en plus de la phase dite d'introduction de l'instance. V. à cet effet : Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, UNIDROIT 2005, Etude LXXVI, doc. 13.

¹⁹¹⁴ V. dans ce sens : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 344, p. 298.

¹⁹¹⁵ Sur la double règle d'antériorité et de simultanéité, lire : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 321, p. 282.

rationae materiae et l'exception de communication de pièces seront déclarés non recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond »¹⁹¹⁶. Ceci signifie que tout plaideur qui voudrait amener le juge à se prononcer sur l'irrecevabilité d'une demande au motif que cette dernière se heurterait à l'autorité d'un précédent jugement devra proposer ce moyen avant tout débat au fond. Ce qui veut dire concrètement que le seul fait d'avoir conclu au fond prive le plaideur de la faculté d'opposer une fin de non-recevoir dont il aurait pu se prévaloir. En proposant en cours d'instance un moyen de défense répondant à la définition du concept de fin de non-recevoir, un plaideur peut se voir ainsi objecter une forclusion tirée de ce qu'il n'a pas fait valoir son moyen *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute conclusion au fond.

Selon la seconde condition, les fins de non-recevoir doivent être présentées simultanément. L'alinéa 4 de l'article 97 sus-visé dispose que « toutes les autres exceptions, demandes de nullité, fins de non-recevoir et tous les autres déclinatoires doivent être proposés simultanément et aucun ne sera plus reçu après un jugement statuant sur l'un d'eux ». La simultanéité voudrait que tous ces moyens soient invoqués ensemble¹⁹¹⁷.

L'exigence de la présentation *in limine litis* semble avoir retenu l'attention d'une certaine jurisprudence de la Cour suprême. En effet, dans une série de ses arrêts, la Cour suprême adopte la position légale. Elle estime que les fins de non recevoir doivent être présentées avant qu'il n'ait été conclu au fond. C'est dans ce sens qu'elle semble abonder lorsqu'elle affirme qu'à l'instar des exceptions de nullité d'exploit ou d'acte de procédure¹⁹¹⁸, l'autorité de la chose jugée ne peut être présentée pour la première fois devant la Cour suprême¹⁹¹⁹. À titre de droit comparé, la jurisprudence française allait dans le même sens. Il en est ainsi lorsque la Cour de cassation française décidait que, ne s'agissant pas d'un moyen d'ordre public, l'autorité de la chose jugée ne pouvait être invoquée pour la première fois devant elle¹⁹²⁰. En effet, les dispositions de l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale tirent leur origine d'un Décret-loi du 30 octobre 1935 qui avait tenté de dissiper les multiples confusions et controverses jadis alimentées autour de la notion et du régime des fins de non-recevoir¹⁹²¹. Ce décret a assimilé le régime des fins de non-recevoir à celui des exceptions. Plusieurs justifications ont été avancées pour soutenir cette position.

Les considérations historiques permettent de démontrer que les limites n'ont pas toujours été nettement fixées entre les exceptions et les fins de non-recevoir. D'ailleurs celles-ci tirent leur origine de celles-là. Les fins de non-recevoir dont il est

¹⁹¹⁶ Lire art. 97 al. 1^{er} du CPCC *in extenso*.

¹⁹¹⁷ V. dans ce sens Civ. 2^{ème}, 13 mai 2004, n° 02-10534, *Procédures*, août-septembre 2004, n° 177, obs. R. PERROT.

¹⁹¹⁸ V. par exemple : C.S., arrêt du 4 juin 1977, *inédit* ; arrêt n° 120/CC du 26 mai 1983, *RCD*, Série 2, n° 29, p. 199-210 ; arrêt n° 114/CC du 17 mai 1983, *RCD* n° 29, 1985, pp. 196-210 ; arrêt n° 158/CC, du 15 septembre 1983, *RCD*, op. cit., pp. 248-256.

¹⁹¹⁹ V. dans ce sens : C.S.C.O., arrêt n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.

¹⁹²⁰ Civ. 2^e, 4 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 230 ; 25 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 254 ; 15 décembre 1980, *Bull. civ. II*, n° 264 ; Com. 19 juillet 1983, *Bull. civ. IV*, n° 225.

¹⁹²¹ V. Sur les controverses, lire : J.-P. BEGUET, *Op. cit.*, p. 133 *et s.* ; H. MOTULSKY, *note sous Civ. 27^{ème}, 6 juin 1962, JCP, 1963, II. 13191* ; J. NORMAND, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *Op. cit.*, p. 684.

question ici tirent leur origine de ce que les romains appelaient plus généralement « exceptions péremptoires », du latin *perimere* qui signifie détruire. C'est plus tard que les auteurs de l'Ancien droit ont scindé la notion en distinguant les exceptions péremptoires de forme et les exceptions péremptoires de fond. C'est cette dernière catégorie qui a changé de dénomination pour devenir, de nos jours, fins de non-recevoir ; la première catégorie concernant ce que l'on appelle actuellement exception de procédure.

En outre, il est possible de trouver la justification de l'exigence de simultanéité et d'antériorité dans le souci d'éviter l'instrumentalisation de la justice. En effet, comme le reconnaissent certains auteurs¹⁹²², c'est dans le dessein d'éviter la chicane que le législateur a soumis les exceptions de procédure à un régime rigoureux, aménagé dans ses grandes lignes par le Décret de 1935. L'assimilation du régime de présentation des fins de non-recevoir à celui des exceptions de procédure fait écho à la division de l'instance en deux phases¹⁹²³ : la première destinée à régler tous les moyens de défense qui ne concernent pas le fond du débat et relatif aux exceptions, aux fins de non-recevoir ; la seconde réservée à l'examen au fond. Par l'exigence de la simultanéité, le législateur a voulu empêcher qu'un plaideur ait à soulever l'une après l'autre, les défenses qui n'ont pas trait au fond du litige dont est saisi le juge. L'exigence de l'antériorité vise quant à elle à respecter l'ordre normal de déroulement du procès. Les moyens relatifs aux exceptions de procédure et aux fins de non-recevoir ne concernent pas en réalité le fond du litige. Il est donc normal que le juge les traite avant l'examen du litige au fond. Cette conception semble ainsi justifiée à plusieurs égards. Elle présente cependant des limites qu'il faut exposer.

2 – Les limites de l'exigence légale d'une présentation *in limine litis*

L'assimilation légale du régime de présentation des fins de non-recevoir à celui des exceptions présente des insuffisances. En soumettant la présentation des fins de non-recevoir à la règle de l'antériorité et de simultanéité, le législateur a cru leur appliquer une mesure destinée à hâter la solution des procès. Il faut cependant noter que cette solution prête à des critiques. En effet, il n'est pas convenable de sacrifier aveuglement aux nécessités de la célérité des discussions souvent indispensables pour éviter de graves injustices¹⁹²⁴. La position adoptée par l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale présente ainsi des limites. D'une part, la soumission des fins de non-recevoir au même régime que les exceptions de procédure conduit à nier la distance qui existe entre ces deux moyens de défense. D'autre part, en procédant ainsi, la fin de non-recevoir perdrait son autonomie par rapport à ces dernières.

Les fins de non-recevoir méritent d'être distinguées des exceptions de procédure. En effet, la différence est nette. Ces deux moyens de défense se distinguent de par leurs objets et leurs effets. De par leurs objets, alors que les

¹⁹²² S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op.cit.*, n° 321, p. 282.

¹⁹²³ Sur ce découpage lire : H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de philosophie du droit*, t. IX, p. 215, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2^{ème} éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, pp. 85 et s.

¹⁹²⁴ V. dans le même sens : H. MOTULSKY, note sous Civ. 2^e, 6 juin 1962, *Semaine Juridique* 1963, II. 13191, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, pp.354-368, spéc. p.364.

exceptions de procédure s'adressent contre l'acte de procédure, les fins de non-recevoir quant à elles s'attaquent au droit d'agir¹⁹²⁵. Elles tendent à nier le droit d'agir du demandeur, tandis que les exceptions de procédure visent simplement à retarder le procès pour cause d'irrégularité de l'acte de procédure. Elles ont donc pour objet l'action en justice, pouvoir légal de s'adresser à la justice pour faire consacrer un droit ou un intérêt, contrairement aux exceptions qui ont pour objet la demande en justice, acte de procédure mettant en œuvre la faculté qu'exprime le concept d'action.

Les fins de non-recevoir se distinguent également des exceptions de procédure de par leurs effets. Certains auteurs¹⁹²⁶ reconnaissent par exemple que c'est beaucoup plus sur le terrain de leurs effets qu'elles se distinguent respectivement. Les différences portent sur leurs effets spécifiques. Les premières mettent fin au procès, tandis que les secondes en retardent simplement l'issue.

Soumises au même régime procédural que les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir perdent leur particularité¹⁹²⁷. Elles sont pourtant une catégorie autonome de moyen de défense¹⁹²⁸. Elles puisent tant dans les exceptions de procédure que dans les défenses au fond. Ceci a fait dire à certains auteurs¹⁹²⁹ qu'elles ont un caractère hybride, voire mixte. Malgré cela elles gardent leur spécificité en ce sens que, contrairement à ces deux types de moyens de défense, elles s'attaquent au droit d'action. Leur régime procédural mérite ainsi de prendre en compte cette autonomie par rapport aux autres moyens de défense que sont les exceptions et les défenses au fond.

La jurisprudence trouve des difficultés à adopter une position unanime sur la question du moment de présentation du moyen consécutif à l'existence de l'autorité de la chose jugée. L'analyse des décisions de justice relatives à la question de la présentation des fins de non-recevoir montre qu'il existe une divergence de position. Deux positions contradictoires se dégagent de cette analyse. Bien qu'une partie de la jurisprudence semble partager l'option légale qui assimile le régime procédural des fins de non-recevoir à celui des exceptions de procédure, la majorité semble plutôt réticente et opte pour une solution contraire en assignant aux fins de non-recevoir le même régime que les défenses au fond. Il faut noter que cette dernière option ne donne pas entière satisfaction. Le régime des fins de non-recevoir ne doit être calqué ni sur celui des exceptions de procédure, ni sur celui des défenses au fond. Les fins de non-recevoir méritent un régime de présentation qui leur est propre.

B – La consécration d'un régime propre à l'autorité de la chose jugée

Compte tenu de la particularité des fins de non-recevoir par rapports aux autres moyens de défense, il importe de leur reconnaître un régime juridique spécifique. Il faudrait, d'une part, les soumettre à un régime de recevabilité en tout

¹⁹²⁵ V. dans ce sens : J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 138, p. 117.

¹⁹²⁶ J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 139, p. 118. Selon ces derniers, « il n'existe pas de différence de nature entre les deux types de défense procédurale que sont les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure ». Pour une étude critique de la distinction des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure, cf. R. MARTIN, « Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action », *RGP*, n°3, juillet – septembre 1998, p. 420.

¹⁹²⁷ V. dans ce sens : S. JAHEL, *Op. cit.*, p. 724.

¹⁹²⁸ V. dans ce sens : Guy BLOCK, *Op.cit.*, p. 242 et s.

¹⁹²⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 326, p. 286.

état de cause (1). Ce régime libéral peut conduire à des abus intolérables. La sanction d'une présentation tardive (2) peut pallier ce problème.

1 – La recevabilité en tout état de cause

L'obligation d'invoquer les fins de non-recevoir avant tout débat au fond a connu une résistance dès sa consécration. Pour éviter que certains moyens de défense traditionnellement qualifiés de fin de non-recevoir soient prématurément rejetés, les juges les ont disqualifiés de cette dernière catégorie, les assimilant d'une manière ou d'une autre à des défenses au fond. La jurisprudence a élaboré une distinction subtile entre les fins de non-recevoir de procédure soumises au régime de l'antériorité propre aux exceptions de procédure et les fins de non-recevoir liées au fond qui équivalent à de véritables défenses au fond. C'est dans ce sens qu'elle tend depuis longtemps à soustraire de ce régime la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour dire qu'elle peut être présentée en tout état de cause¹⁹³⁰. Il en est de même pour celle tirée de l'autorité de la chose jugée¹⁹³¹.

La solution adoptée par la jurisprudence se justifie par le fait que la catégorie des fins de non-recevoir englobe souvent plusieurs défenses procédurales qui constituent en réalité de véritables défenses au fond¹⁹³². C'est dans ce sens qu'une jurisprudence relativement lointaine avait proclamé que la forclusion ne jouait ni pour la prescription, « moyen de défense au fond »¹⁹³³, ni pour les fins de non-recevoir « tirées de l'article 340 du code civil »¹⁹³⁴. Ces moyens de défense, au même titre que les fins de non-recevoir tirées du défaut de qualité et d'intérêt ou de l'existence d'une chose précédemment jugée sont assimilables aux défenses au fond. Pour cette raison, la jurisprudence trouve normal de leur appliquer le régime de la présentation en tout état de cause.

Le droit comparé semble s'affirmer en faveur de la solution selon laquelle les fins de non-recevoir en général peuvent être invoquées en tout état de cause. Cette proposition signifie que le plaideur qui entend se prévaloir d'une irrecevabilité pour cause de l'autorité de la chose jugée peut soulever cette fin de non-recevoir à toute phase de la procédure. Quelle que soit l'instance en cours, elle peut être invoquée tant qu'il est possible de conclure. Ainsi, il peut, par exemple, l'opposer pour la première fois en cause d'appel.

Une telle solution rejoint par exemple la position du droit français. En effet, après une longue résistance de la jurisprudence, le législateur français a dû revoir le régime procédural des fins de non-recevoir en général. Sous l'empire du Décret-loi du 30 octobre 1935 réaffirmé par une ordonnance du 23 décembre 1958, l'article 192 de l'Ancien code de procédure civile français imposait, comme actuellement en vigueur au Cameroun, que les fins de non-recevoir soient présentées avant tout débat au fond.

¹⁹³⁰ C.S.C.O., arrêt n° 12 du 23 février 1965, *Bull. n° 12*, p. 1078.

¹⁹³¹ V. par exemple : Com. 14 juin 1950, *D. 1950*, p. 534. V. dans le même sens : Civ. 1^{er}, 17 juin 1957, *JCP G 1957*, IV, p. 114 ; Civ. 2^e, 20 juillet 1957, *JCP G 1957*, IV, p. 134 ; Soc., 3 juillet 1958, *Gaz Pal.*, 1959, I, p. 57 ; *RTD Civ.*, 1959, p. 144, obs. P. HEBRAUD ; Civ. 1^{er}, 10 décembre 1958, *Bull. civ.*, n° 551, p. 451.

¹⁹³² Sur les situations pouvant être qualifiées de fin de non-recevoir, lire : J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 140, p. 120 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 128 et s., pp. 287 et s.

¹⁹³³ Civ., 23 février 1944, S., 1944, I, p. 117 ; Civ. 1^{er}, 5 octobre 1953, *Bull. civ.*, n° 260, p. 215 ; *Gaz Pal.*, 1954, I, 1, obs. P. HEBRAUD.

¹⁹³⁴ Civ., 17 décembre 1941, *D.C. 1942*, p. 113, note J. CARBONIER.

Cette disposition a fait l'objet d'une vive résistance de la jurisprudence. Devant une telle situation, le législateur français est intervenu pour réformer le régime de présentation des fins de non-recevoir à travers un Décret du 20 juillet 1972. L'article 61 de ce décret reconnaissait déjà que « les fins de non-recevoir (pouvaient) être proposées en tout état de cause... »¹⁹³⁵. Cette disposition est reprise par l'article 123 du Code de procédure civile actuellement en vigueur en France. Il est souhaitable que le législateur camerounais emboîte, sur ce point, le pas à son homologue français.

L'on peut trouver plusieurs justifications à l'adoption d'un régime de présentation de l'autorité de la chose jugée en tout état de cause. Il faut noter que la nature juridique de cette fin de non-recevoir peut corroborer cette proposition. Les considérations essentiellement processuelles permettent de dire que cette dernière est une fin de non-recevoir. Mais, elle n'est pas totalement détachée des questions de fond. L'effet de l'autorité de la chose jugée est certes toujours de nature processuelle, mais avec des répercussions importantes sur le droit substantiel, c'est-à-dire le fond du litige¹⁹³⁶. Comme l'affirme Yvon Desdevises¹⁹³⁷, elle apparaît comme un moyen de trancher au fond du litige. Compte tenu de cette réalité, il est normal d'admettre qu'elle soit, à l'instar des défenses au fond, présentée en tout état de cause.

La présentation des fins de non-recevoir en tout état de cause peut en outre être justifiée par les considérations de justice. En effet, il serait injuste de laisser poursuivre un procès alors que celui qui l'a initié n'a pas ou n'a plus le droit d'agir, au motif que son adversaire n'a pas soulevé cette cause d'irrecevabilité avant d'entamer le débat au fond. Admettre que le procès puisse continuer son cours en dépit de l'existence d'une cause d'irrecevabilité, aboutirait par exemple à méconnaître l'institution de l'autorité de la chose jugée. Cette solution semble contraire aux fonctions que remplit l'autorité de la chose jugée. Cette dernière est justifiée par le respect dû aux décisions de justice et la nécessité sociale d'empêcher le recommencement infini des procès. En la soumettant à un régime rigide de présentation *in limine litis*, elle risque de ne pas être respectée et les décisions de justice perdraient de leur autorité. Pour éviter une pareille situation, il convient d'admettre qu'elle soit soulevée en tout état de cause.

L'on peut objecter que cette solution pourrait conduire à méconnaître, d'une part, la distinction entre l'examen de la recevabilité et l'examen au fond de la demande et, d'autre part, la distinction entre fin de non-recevoir et défense au fond. Il convient de dire à ce propos que c'est plus l'effet des fins de non-recevoir qui commande une telle solution. Cette solution n'oblitére pas les spécificités des fins de non-recevoir par rapport aux autres moyens de défense. Cependant, pour éviter les abus dans la présentation du moyen consécutif à l'autorité de la chose jugée, il importe de proposer que l'auteur d'une présentation tardive soit sanctionné.

2 – La sanction d'une présentation tardive

La soumission de l'autorité de la chose jugée à un régime de présentation en tout état de cause peut favoriser des manœuvres dilatoires. Un plaideur peut s'abstenir par exemple de la soulever au début d'une instance pour retarder l'issue d'un procès

¹⁹³⁵ Lire article 61 du Décret du 20 juillet 1972 *in fine*.

¹⁹³⁶ V. dans le même sens : H. MOTULSKY, note sous Civ. 2^e, 6 juin 1962, *op. cit.*, spéc. p. 362.

¹⁹³⁷ Y. DESDEVISES, *Thèse, op. cit.*, n° 192, p. 308.

défavorable. Invoquée tardivement, à l'occasion d'une instance, toute fin de non-recevoir pourrait être intolérable. En effet, comme l'affirme un auteur¹⁹³⁸, le débat au fond pourrait s'avérer coûteux et inutile, alors même que l'action est irrecevable, tant que la partie intéressée n'a pas soulevé l'existence de la fin de non-recevoir. Il n'est donc pas normal de laisser impuni celui qui s'évertuerait retarder inutilement le procès. Cependant, la sanction mérite d'être conditionnée.

Il est souhaitable que le législateur camerounais subordonne, la sanction d'une présentation tardive à la réunion de certaines conditions. L'on peut s'inspirer du droit français à cet égard. En effet, l'article 123 du Code de procédure civile français réserve « la possibilité pour le juge de condamner (...) ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire »¹⁹³⁹, de soulever les fins de non-recevoir. Deux conditions méritent ainsi d'être observées. Il ne suffit pas que la fin de non-recevoir soit soulevée tardivement, encore faut-il que le retard soit lié à une intention dilatoire. En effet, toute présentation tardive d'une fin de non-recevoir n'est pas préjudiciable¹⁹⁴⁰. La tardiveté pourrait par exemple être liée à la difficulté de découvrir l'existence de la fin de non-recevoir. Il peut arriver qu'initialement engagée, l'instance ne puisse faire découvrir l'existence de la cause d'irrecevabilité et que cette dernière se révèle en cours d'instance. Il ne serait donc pas judicieux de sanctionner celui qui présente une fin qui se serait révélée alors que les parties auraient déjà conduit la procédure à un certain niveau.

En plus du caractère tardif, il faut qu'il y ait une intention dilatoire de la part de celui qui soulève la fin de non-recevoir en question. L'intention dilatoire signifie une volonté de faire traîner le procès en longueur. Le justiciable cherche par là à retarder inutilement le cours du procès dans le but de nuire à son adversaire. La cause de la fin de non-recevoir doit être connue de son auteur et celui-ci doit être en mesure de la proposer.

La question qui pourrait se poser est celle de savoir à partir de quel moment peut-on dire qu'une fin de non-recevoir a été soulevée de manière tardive. Mieux encore, comment déterminer l'intention dilatoire ? Il faut noter à cet égard que la mesure de la tardiveté ou du dilatoire est une question relative¹⁹⁴¹. L'on peut trouver une réponse satisfaisante à cette question dans la jurisprudence française. La deuxième chambre de la Cour de cassation française a par exemple décidé à deux reprises¹⁹⁴² qu'il s'agit là d'une question laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Après avoir déterminé les conditions de la sanction du dilatoire, il faudra en délimiter l'étendue. Plus clairement, il s'agit de déterminer le type de sanction susceptible d'être prononcée lorsqu'il y a usage du dilatoire dans la présentation de l'autorité de la chose jugée. Cette question est digne d'intérêt, car le droit en général,

¹⁹³⁸ S. JAHEL, *Op. cit.*, p. 725.

¹⁹³⁹ Lire art. 123 du CPC français, *in extenso*.

¹⁹⁴⁰ V. dans le même sens : J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 143, p. 123.

¹⁹⁴¹ V. dans ce sens : J. BEAUCHARD, « La relativité du dilatoire », *Mélanges J. HÉRON*, LGDJ, 2009, p. 101.

¹⁹⁴² V. Civ. 2^e, 1^{er} juillet 1981, *Gaz. Pal.*, 1981,2, p. 751, note J. VIATTE ; 27 février 2003 : *Bull. civ. II*, n° 44, *Procédures 2003*, Commentaire 111, note R. PERROT ; *JCP 2003. IV. 1728* ; *Gaz. Pal.*, 10-11 octobre 2003, p. 14, note E. Du RUSQUEC.

et la procédure civile en particulier, connaît plusieurs types de sanctions¹⁹⁴³. Toutes les sanctions ne sont pas envisageables.

L'on pourrait être tenté d'opposer une irrecevabilité à l'auteur d'une présentation tardive de l'autorité de la chose jugée. Cependant, cette solution hâtive ne mérite pas d'être retenue. Compte tenu des fonctions et des finalités sociales auxquelles est destinée l'autorité de la chose jugée, il ne serait pas judicieux que le juge écarte une fin de non-recevoir au motif qu'elle a été soulevée tardivement¹⁹⁴⁴. Le juge devra la retenir, si elle est établie, malgré la tardiveté, tout en envisageant de sanctions appropriées.

La sanction pécuniaire semble être appropriée à cet effet. La question de savoir à qui profiterait une telle sanction peut se poser. Pour y répondre, il convient de dire que la tardiveté peut s'avérer préjudiciable, non seulement pour l'adversaire, mais aussi pour l'institution judiciaire tout entière. Tout procès nécessite d'importants moyens financiers. Des mesures d'instructions coûteuses peuvent par exemple avoir été engagées, alors que le procès était d'emblée voué à l'échec. De ce point de vue, le créancier des dommages-intérêt pour cause de proposition tardive d'une fin de non-recevoir serait, non seulement l'adversaire, mais aussi l'institution judiciaire dans son ensemble.

Le plaideur qui subit, de la part de son adversaire, un préjudice du fait d'une proposition tardive d'une fin de non-recevoir peut se voir allouer des dommages-intérêts. D'ailleurs, c'est dans ce sens qu'abonde le législateur français. En effet, l'article 123 du Code de procédure civile français¹⁹⁴⁵ prévoit la possibilité de condamner l'auteur d'une proposition tardive d'une fin de non-recevoir à des dommages-intérêts.

En plus de la condamnation à des dommages-intérêts, celui qui se prévaut tardivement d'une fin de non-recevoir à des fins dilatoires peut être condamné à une amende civile. Le droit français offre également à ce propos une voie qu'il est possible d'emprunter. Un décret français intervenu en 2005¹⁹⁴⁶ a modifié l'article 32 du Code de procédure civile en prévoyant une condamnation à une amende civile contre celui qui agit de manière dilatoire ou abusive. Cette amende civile se justifie par le fait que le dilatoire peut faire subir des préjudices à l'État qui organise le service public de la justice. L'organisation de ce service de la justice a un coût. Il n'est pas normal qu'un plaideur fasse supporter à l'Etat des dépenses du fait de son initiative dilatoire.

¹⁹⁴³ Sur la question, lire : L. CADIET, « La sanction et le procès civil », in *Mélange J. HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 125.

¹⁹⁴⁴ Dans le même sens, lire : J. HÉRON et J. LE BARS, *op. cit.*, n° 143, p. 124.

¹⁹⁴⁵ Lire article art. 123 du CPC français : « Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les relever plus tôt ». V. Dans le même sens, art. 118, 550, al. 2 du même code.

¹⁹⁴⁶ V. art. 77 du Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 entré en vigueur le 1^{er} mars 2006. Ce décret a modifié l'article 32. Cet article dispose désormais que « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000 €, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». Les articles 559, 581 et 628 du même code rappellent ces sanctions en cas d'exercice dilatoire ou abusif d'une voie de recours.

L'on constate ainsi que la sanction du dilatoire est calquée sur celle de l'abus du droit d'agir en justice¹⁹⁴⁷. Le plaideur qui agit de manière dilatoire ne doit cependant pas être confondu avec celui qui agit de manière abusive¹⁹⁴⁸. Certes, il arrive qu'une condamnation pour abus de procédure soit prononcée au motif que le plaideur ne cherche qu'à obtenir des délais¹⁹⁴⁹. Les manœuvres dilatoires constituent un concept autonome assorti de sanctions spécifiques. Avec ces manœuvres, c'est moins le droit d'agir qui est sanctionné que le comportement procédural du plaideur, à travers l'accomplissement des actes de procédure¹⁹⁵⁰.

Conclusion

En guise de conclusion, il faut noter que l'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême du Cameroun semble réconforter la position de la CCJA, qui affirme le caractère d'ordre public de l'autorité de la chose jugée. Cependant, il ne faudrait pas généraliser une telle tendance. Il apparaît que l'autorité de la chose jugée est initialement destinée à protéger les intérêts privés, même si elle constitue également une arme efficace de police processuelle. Il importe de proposer que toute orientation du régime procédural de l'autorité de la chose jugée ou des fins de non-recevoir en général devra prendre en compte les fonctions qu'elles assurent. Il faudrait avoir en esprit le fait que les fins de non-recevoir, en général, et l'autorité de la chose jugée, en particulier, assurent non-seulement la protection du défendeur, mais assurent aussi l'intérêt de tout l'appareil judiciaire. La mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée devra assurer l'équilibre entre ces intérêts en présence. Elle devra, en définitive, ménager les principes directeurs du procès civil.

¹⁹⁴⁷ Sur l'abus du droit d'agir, lire : J. MOREL, *Les dommages-intérêts au cas d'exercice abusif des actions en justice*, thèse, Paris, 1910, 111 p. ; J. VIATTE, « L'amende civile pour abus du droit de plaider », *Gaz. Pal.* 1978. 1. Doctr. 305 ; Y. DESDEVISES, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, Chron. 21 ; P. COUV RAT et M. MASSÉ, « L'exercice punissable d'une action en justice », *Dr. soc.* 1984, p. 511 ; J.-E. CALLON, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA*, 28 mars 2000, p. 4 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 novembre 2002, p. 36 ; M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2007, p. 6.

¹⁹⁴⁸ V. dans ce sens : L. CADIET, « La sanction et le procès civil », *op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁴⁹ V. par exemple : Lyon, 21 avril 1994, *Juris-Data* n° 046207.

¹⁹⁵⁰ V. E. BLARY-CLÉMENT, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP G* 1991, I, 3534.

LA PROCEDURE DE SAISIE CONSERVATOIRE DES NAVIRES : LE CHEMIN DE CROIX DES JUSTICIABLES CAMEROUNAIS

Par Dr. KENGUEP Ebénézer, Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques

Et Politiques de l'Université de Douala

Résumé : *La saisie conservatoire des navires est une procédure fréquente et importante qui garantit le paiement d'une « créance maritime » dont l'existence n'est que probable. Elle vise à immobiliser un navire appartenant à l'armateur qui, par ce fait, perd l'usage de son outil principal de production, ce qui traduit ainsi en droit maritime, la notion plus générale d'indisponibilité visée à l'article 56 de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, texte applicable à toutes les saisies conservatoires. Elle est soumise, au Cameroun, à un double régime : un régime communautaire dicté par le nouveau Code de la marine marchande de la CEMAC, et un régime international issu de la Convention internationale de Bruxelles du 10 mai 1952 pour « l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer ». Cependant, bien que reposant sur un droit légal, la saisie conservatoire de navire s'apparente, au Cameroun, à un chemin de croix parsemé d'embûches compte tenu des contingences liées au déroulement de la procédure y afférente.*

« J'ai l'honneur de vous demander de bien vouloir prendre les dispositions nécessaires à l'effet de procéder au déménagement de vos services de Douala pour Yaoundé au plus tard le 15 juillet 2012 »¹⁹⁵¹. C'est par ces termes simples en apparence et relativement anodins quant à leurs effets que le Ministre camerounais des transports a procédé au transfert des services du Directeur des affaires maritimes et des voies navigables qui exerçait jusque là, dans la ville portuaire, les prérogatives d'autorité maritime compétente¹⁹⁵². Loin d'être efficace, cette décision qui apparaît déjà comme un « séisme » dans le contentieux maritime est aujourd'hui source d'importants désagréments pour les justiciables et leurs conseils qui sont désormais obligés d'effectuer le trajet périlleux de Douala à Yaoundé à la recherche du précieux sésame nécessaire à l'autorisation de la saisie conservatoire des navires qu'est « l'avis de l'autorité maritime ».

En effet, l'abondance des affaires relatives à cette action prouve que la saisie est une procédure fréquente et importante qui garantit le paiement d'une « créance maritime » dont l'existence n'est que probable¹⁹⁵³. Elle est d'une très

¹⁹⁵¹ Extrait de la correspondance N° 0002397/L/MINT/SG/DAG du Ministre des transports à monsieur le Directeur des affaires maritimes et des voies navigables datée du 4 juillet 2012.

¹⁹⁵² En vertu de l'article 2 alinéa 11 du nouveau Code de la marine marchande des Etats membres de CEMAC, adopté le 22 juillet 2012, l'autorité maritime compétente est le Ministre en charge de la marine marchande ou le Directeur de la marine marchande (ancienne appellation du Directeur des affaires maritimes et des voies navigables au Cameroun) ou tout autre fonctionnaire auquel le Ministre a délégué tout ou partie de ses pouvoirs.

¹⁹⁵³ Ordonnance n° 1279 du 29 juin 2006 autorisant la saisie conservatoire du navire « EFFICHIA I » , Affaire Dame KIM épouse Park Hee Fuk c/Sieur Matsamakis Nikos, inédite, suite à la requête

grande utilité dans la mesure où le créancier maritime s'expose à voir disparaître son seul véritable gage si le navire venait à appareiller (ce risque est décuplé lorsque le navire bat pavillon d'un Etat étranger ou appartient à une « *single ship Company* »). En raison des contingences économiques liées à l'exploitation des ports, le séjour des navires à quai est généralement bref. Pour toutes ces raisons, l'économie de la saisie conservatoire des navires repose sur l'efficacité et postule la rapidité¹⁹⁵⁴.

Curieusement, le nouveau Code de la marine marchande de la CEMAC, qui s'inscrit malheureusement dans la même philosophie que celle des « Règles de Rotterdam »¹⁹⁵⁵, ne donne aucune définition de la saisie conservatoire. Toutefois, d'après l'article 1^{er} paragraphe 2 de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer, conclue à Bruxelles, le 10 mai 1952¹⁹⁵⁶, la saisie signifie « *l'immobilisation d'un navire avec l'autorisation de l'autorité judiciaire compétente pour garantie d'une créance maritime, mais ne comprend pas la saisie d'un navire pour l'exécution d'un titre* ». Cette orientation est d'ailleurs conforme à celle du législateur de l'OHADA¹⁹⁵⁷, car les saisies conservatoires sont celles qui tendent uniquement à rendre indisponibles certains biens mobiliers appartenant au débiteur. Dans le domaine maritime, elles

aux fins de saisie conservatoire d'un navire datée du 28 juin 2006 ; Dans la même affaire, une assignation en référé d'heure à heure aux fins de rétractation de l'ordonnance n° 1279 a été introduite. Elle a fait l'objet d'une Ordonnance de référé n° 483 du 23 août 2006, inédite ; V. égl., Ordonnance n° 1543 du 30 nov. 2012 autorisant monsieur **Matsamak** à faire pratiquer saisie conservatoire sur le navire « Newport » appartenant à la société Maersk Line Cameroun S.A suite à une requête aux fins de saisie conservatoire datée du 15 nov 2012 ; Dans la même affaire, Ordonnance n° 1597 du 7 déc. 2012 autorisant la société Maersk, à assigner monsieur **Matsamak** devant le juge des référés suivie d'une assignation devant le juge des référés du 12 déc 2012 qui a donné lieu à une ordonnance de référé n° 422 du 15 mai 2013 ; V. enfin, Ordonnance n° 1328 du 5 nov 2013 autorisant la société Quifeurou à pratiquer saisie conservatoire sur le navire « Océan Beauty » ou de tout autre navire appartenant à l'armement Waves Maritime Company Ltd..

¹⁹⁵⁴ JCL Transports 1128, n° 6 : En contrepartie, l'on souligne que l'atteinte portée aux droits du débiteur maritime doit être minimale en raison des conséquences économiques liées à l'immobilisation d'un navire.

¹⁹⁵⁵ **E. Kenguep**, Les Règles de Rotterdam : dérive et servitude du Législateur maritime de la CEMAC, *Juridis Périodique*, n° 97, janv.-févr.-mars 2014, p. 99 à 110.

¹⁹⁵⁶ Le Cameroun, le Congo, le Gabon, la RCA et le Tchad, tous pays de la CEMAC, ont adhéré à cette convention le 23 avril 1958 avec prise d'effet au 23 oct. 1958. Seule la Guinée Equatoriale n'a pas encore pris position en faveur de la Convention de 1952.

¹⁹⁵⁷ Article 54 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le débiteur, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement ».

visent à immobiliser un navire appartenant à l'armateur qui, par ce fait, perd l'usage de son outil principal de production¹⁹⁵⁸.

En l'état actuel du droit positif, la saisie conservatoire des navires est soumise, au Cameroun, à un double régime : un régime communautaire dicté par le nouveau Code de la marine marchande de la CEMAC, en ses articles 144 à 156 et un régime international issu de la Convention internationale de Bruxelles du 10 mai 1952 pour « l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer » amendée sur certains points par la Convention internationale du 12 mars 1999¹⁹⁵⁹. L'article 8 de cette dernière prévoit, par exemple, que la convention s'applique à tout navire relevant de la juridiction d'un Etat signataire. Par conséquent les navires battant pavillon d'un Etat qui n'a pas ratifié la Convention de 1999 tel que le Cameroun ou n'importe quel autre pays de la CEMAC, seront soumis à cette convention lorsqu'ils se trouveront dans les eaux d'un Etat qui l'a ratifiée.

Cela dit, la notion même de saisie conservatoire de navire mérite quelques précisions dans le champ du droit maritime. D'après l'article 151 du Code CEMAC, « la saisie conservatoire empêche le départ du navire. ... »¹⁹⁶⁰. L'article 1^{er} paragraphe 2 de la Convention de 1952 à laquelle le Cameroun est partie, précise quant à la lui que le terme « saisie » signifie « immobilisation » du navire¹⁹⁶¹. En accord avec la doctrine, il est évident que ces expressions traduisent, en droit maritime, la notion plus générale d'indisponibilité visée à l'article 56 de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, texte applicable à toutes les saisies conservatoires. Selon cette disposition, « la saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur. Elle les rend indisponibles »¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁸ Selon le vocabulaire juridique de **Gérard Cornu**, la saisie conservatoire englobe, d'une manière générale, l'ensemble des saisies dont l'unique objet et l'unique effet sont de frapper d'indisponibilité le bien saisi, afin d'empêcher le débiteur de soustraire ce bien au gage de son créancier, et de faire pression sur lui afin qu'il s'exécute ; Voir, C.A. Douai (ch. 8, sec. 3), 18 avril 2014, navire United Miravalles : *DMF* n° 761, sept. 2014, note **Ph. Delebecque**, p. 726 à 732. Un navire saisi n'est pas juridiquement indisponible : il est simplement immobilisé.

¹⁹⁵⁹ Cette convention est entrée en vigueur le 14 sept. 2011 après avoir été ratifiée par 10 Etats conformément à son article 14 à savoir : Albanie, Algérie, Bénin, Bulgarie, Equateur, Estonie, Lettonie, Libéria, Espagne, et Syrie. Le processus de ratification a pris douze ans, reflétant ainsi la réception relativement peu enthousiaste que ce texte a reçue de la communauté maritime internationale.

¹⁹⁶⁰ « Lorsqu'elle reçoit notification de la décision autorisant la saisie, l'autorité maritime compétente émet l'interdiction d'appareiller et en assure l'application » : art. 145 du Code CEMAC ; voir aussi **Annabel Rossi**, *La saisie conservatoire de navire*, PUAM, 2006, n°27 et S.

¹⁹⁶¹ Dans le même sens, articles 1^{er} paragr. 2 de la Convention de 1999.

¹⁹⁶² **Annabel Rossi**, préc. n° 27.

De ce point de vue, la saisie conservatoire de navires est supposée accomplir une double fonction, préventive et comminatoire. Puisqu'elle peut être engagée sans titre exécutoire, la saisie conservatoire empêche, à titre préventif, la disparition du navire qui aurait pu prendre le large à tout moment alors que le débiteur ne s'est pas encore acquitté de sa dette vis-à-vis du créancier maritime. Il s'agit donc d'une simple mesure de sauvegarde, selon les termes de l'acte uniforme de l'OHADA (article 54), exercée dans l'attente d'un véritable titre exécutoire¹⁹⁶³. En outre, dans la mesure où la saisie conservatoire constitue un moyen de pression pouvant conduire à un règlement négocié, la saisie conservatoire apparaît aussi comme ayant une fonction comminatoire car, lorsqu'elle intervient, le débiteur maritime ne dispose que d'une alternative : payer la créance maritime qui n'est pourtant qu'hypothétique ou fournir une garantie afin de libérer son bien.

Toutefois, la saisie conservatoire repose sur un droit : « *allégation d'un droit ou d'une créance* » selon l'article 1^{er} paragraphe 1^{er} de la Convention de 1952¹⁹⁶⁴ ou « *créance maritime paraissant fondée dans son principe* » selon l'article 150 alinéa 2 du Code de la marine marchande de la CEMAC. En droit international comme en droit communautaire, le créancier maritime saisissant n'est pas tenu d'établir l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible¹⁹⁶⁵. Il s'ensuit que pour la jurisprudence, l'allégation d'une créance maritime suffit, le juge de la requête n'ayant pas à s'intéresser au fond de la cause¹⁹⁶⁶. Dans tous les cas, « *la saisie peut être pratiquée soit sur le navire auquel la créance se rapporte, soit sur tout autre navire appartenant à celui qui était, au moment où est née la créance maritime, propriétaire du navire auquel cette créance se rapporte* »¹⁹⁶⁷. Ainsi, le demandeur est habilité à saisir n'importe quel navire appartenant au débiteur, que ce dernier soit propriétaire ou seulement affréteur du navire auquel la créance se rapporte¹⁹⁶⁸. Dès lors, une analyse minutieuse des textes et de la jurisprudence permet d'établir que la procédure de saisie conservatoire de navires est rigoureusement encadrée tant en droit international qu'en droit communautaire. Cependant, la simplicité des

¹⁹⁶³ Les titres exécutoires sont énumérés à l'article 33 de l'acte uniforme et 157 du Code de la marine marchande de la CEMAC. Les deux listes sont absolument identiques.

¹⁹⁶⁴ L'allégation d'une créance, c'est-à-dire l'affirmation d'une créance signifie que les éléments fournis par le prétendu créancier doivent la rendre vraisemblable sans qu'elle ait besoin d'être formellement établie : CA Aix-en-Provence (2^e ch),- 3 oct. 2014 et 16 oct. 2014, *DMF* 2015, n° 766, note **Sébastien Lootgieter**.

¹⁹⁶⁵ Selon l'article 1^{er} de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, « Le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible peut être demandé par la procédure d'injonction de payer ». Dans ce cas, l'injonction est autorisée par ordonnance rendue au bas de la requête du demandeur.

¹⁹⁶⁶ Les créances pouvant donner lieu à la saisie sont limitativement énumérées à l'article 149 du nouveau Code CEMAC, lettre (a) à (u), et l'article 1^{er} lettre (a) à (q) de la Convention de 1952.

¹⁹⁶⁷ Articles 144 du Code CEMAC et 3 de la Convention de 1952.

¹⁹⁶⁸ C. A Douai, 8 févr. 1990, navire « Gallia » : *DMF* 1992, p. 359.

dispositions y afférentes ne permet pas toujours aux protagonistes d'aboutir à des solutions idoines. Loin d'être un long fleuve tranquille, le sinueux labyrinthe qui conduit à la saisie conservatoire des navires s'apparente plutôt à un chemin de croix parsemé d'embûches eu égard aux fastidieuses pérégrinations du créancier saisissant devant les autorités compétentes d'une part (I) et aux risques évidents d'abus d'autorité résultant des nombreuses possibilités offertes au débiteur saisi d'autre part (II).

I- LE RECOURS EN VUE DE LA SAISIE CONSERVATOIRE DES NAVIRES, SOURCE DE FASTIDIEUSES PEREGRINATIONS POUR LE CREANCIER DEVANT LES AUTORITES COMPETENTES

La saisie conservatoire des navires ne peut être pratiquée sans une autorisation préalable de l'autorité judiciaire compétente¹⁹⁶⁹. Cette règle, d'ordre public, est reprise tant par le Code Communautaire de la CEMAC qui précise que « *la saisie conservatoire est autorisée par ordonnance rendue sur requête par l'autorité judiciaire compétente après avis de l'autorité maritime compétente* » (art. 150 al. 1^{er}), que par l'article 4 de la Convention de Bruxelles de 1952 qui dispose en des termes presque identiques qu'« *un navire ne peut être saisi qu'avec l'autorisation d'un tribunal ou de toute autre autorité judiciaire compétente de l'Etat contractant dans lequel la saisie est pratiquée* »¹⁹⁷⁰. En droit camerounais, l'autorisation de saisie est accordée par le Président du Tribunal de Première Instance ou le magistrat du siège par lui désigné, qui est compétent pour « *rendre des ordonnances sur requête* » en vertu de l'article 15 paragraphe 2 de la loi du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire. Autrement dit, l'ordonnance sur requête (A) bien qu'incertaine pour le créancier, ouvre la voie à la mise en œuvre de l'autorisation de saisie (B).

A- L'ordonnance sur requête : procédure unilatérale et incertaine

La procédure de saisie conservatoire des navires est celle de la requête au bas de laquelle doit être inscrite l'autorisation qui constitue le titre nécessaire et suffisant pour pratiquer la saisie.

1- La requête contenant l'avis de l'autorité maritime compétente

La requête aux fins de saisie conservatoire de navires est entièrement préparée par le créancier saisissant ou, de préférence, par son conseil qui le fera en respectant les règles de l'art en la matière. Elle doit impérativement indiquer la créance pour garantie de laquelle la saisie est demandée, étant donné que la liste

¹⁹⁶⁹ Dans le cas d'une saisie conservatoire de droit commun, le créancier est dispensé de solliciter une telle autorisation dès lors qu'il est muni de l'un des titres exécutoires énumérés à l'article 33 de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Cette dérogation n'est pas permise en matière maritime, la jurisprudence comparée ayant considéré que toute saisie pratiquée sans ladite autorisation est nulle, même si le créancier détient un titre exécutoire : **Annabel Rossi**, op. cit. n° 257 ; com 1^{er} oct. 1997, navire « Secit Angola », *DMF* 1998, p. 17 Rapport **J. P. Rémy**, note **Ph. Delecbeque**.

¹⁹⁷⁰ L'article 2 paragra. 1 de la nouvelle Convention internationale de 1999 va dans le même sens en précisant qu'« un navire ne peut être saisi, ou libéré de cette saisie, que par décision d'un tribunal de l'Etat Partie dans lequel la saisie est pratiquée.

des créances maritimes est limitativement prévue par les articles 149 du Code Communautaire de la CEMAC et 1^{er} de la Convention de Bruxelles de 1952. Il s'ensuit que la question de savoir si une créance est maritime ou non préoccupe régulièrement les tribunaux.

Dans une espèce relativement récente¹⁹⁷¹, Dame Kim épouse Park Hee Suk, agissant sur la base de l'intervention de Monsieur Foyang Etienne, leur partenaire commun, avait consenti au sieur Matsamakis NIKOS, Armateur domicilié à Douala - Bonapriso, un prêt de 70.000.000 FCFA (soit environ 107.000 euros) destinés à l'achat du carburant et autres produits pour l'entretien et l'exploitation des navires appartenant à ce dernier. Pour garantir le remboursement de ladite somme, Monsieur Matsamakis avait remis à Dame Kim deux chèques Crédit Lyonnais de 55.000.000 FCFA (84.000 euros) et 15.000.000 FCFA (23.000 euros) tirés respectivement les 28 octobre 2005 et 13 janvier 2006, lesquels sont retournés impayés faute de provision. La question s'était alors posée au juge de savoir si le prêt consenti à un armateur pour l'achat du carburant et des autres produits nécessaires à l'entretien et à l'exploitation du navire pouvait être considéré comme une créance maritime. S'appuyant sur les dispositions pertinentes de l'article 119 paragraphe 8 du Code communautaire de la CEMAC de 2001 applicable en l'espèce, le juge des référés a déclaré qu'était parfaitement fondée, la saisie conservatoire d'un navire pratiquée par un prêteur de fonds ayant servi à armer les navires du débiteur stationnés et dépourvus de carburant.

Cette décision est intéressante à un double titre : *primo*, elle rappelle que la liste des créances maritimes est limitativement prévue par le Code communautaire et la Convention internationale, ce qui est conforme à l'esprit des textes ; *secundo*, le prêt consenti pour l'armement des navires est une créance maritime au sens de l'article 149 (K) du nouveau Code de la marine marchande, ce qui prouve que la position du législateur communautaire n'a pas varié sur la question.

Pour être efficace, la requête doit indiquer, non seulement les circonstances qui en menacent le recouvrement mais également le montant des sommes pour la garantie desquelles la saisie est sollicitée ainsi que la nature des biens sur lesquels elle porte. Dans l'espèce sus indiquée, le débiteur Matsamakis, de nationalité étrangère, venait de faire partir du territoire camerounais quatre de ses navires¹⁹⁷² et l'ultime chance dont disposait le créancier pour obtenir le paiement de sa créance était de faire pratiquer saisie conservatoire sur le cinquième et dernier navire appartenant au débiteur. La pertinence des arguments développés avait alors amené le juge des requêtes à autoriser ladite saisie¹⁹⁷³.

¹⁹⁷¹ Ordonnance de référé n° 483 du 23 août 2006 rendue par le Tribunal de Première Instance de Douala-Bonanjo, dans l'affaire Matsamakis NIKOS c/ Dame KIM épouse Park Hee Suk inédite.

¹⁹⁷² Le Caractère unilatéral de la requête est généralement justifié par le fait que le navire peut facilement quitter le port, ce qui a permis de mettre fin à l'idée d'imposer, compte tenu de la valeur du navire, la procédure du référé pour sa saisie : *JCL Transport*, Fasc. 1128, n° 34.

¹⁹⁷³ Ordonnance n° 1279 du 29 juin 2006 rendu par le Président du TPI de Douala – Bonanjo, inédite.

Cependant, l'autorisation de saisie conservatoire des navires est subordonnée, de façon constante, à l'avis de l'autorité maritime compétente qui est, d'après l'article 2 paragraphe 11 du Code communautaire, « *le Ministre chargé de la marine marchande ou le Directeur de la marine marchande ou tout autre fonctionnaire auquel le Ministre a délégué tout ou partie de ses pouvoirs* ». Cet avis qui n'a pour but que d'éclairer le juge sur la nature de la créance revêt un caractère consultatif et ne lie pas ce dernier selon l'article 148 du Code Communautaire¹⁹⁷⁴. Jusqu'au 15 juillet 2012, l'avis de l'autorité maritime était donné exclusivement par le Directeur des affaires maritimes et des voies navigables dont les services étaient installés dans la ville de Douala (Cameroun) et qui avait reçu à cet effet une délégation permanente de signature. Dans les faits, cette délégation permettait de respecter la rapidité inhérente à toute mesure conservatoire dont la condition majeure est constituée par l'existence de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance. Douala étant jusque là, la principale porte d'entrée et de sortie par voie maritime, la proximité entre le port et la Direction des affaires maritimes située à une encablure du Tribunal de Première Instance de Douala – Bonanjo permettait au créancier d'obtenir en une demi-journée une décision d'autorisation de saisie de navire dont le séjour est généralement bref à quai, étant donné que chaque jour passé en ce lieu peut générer jusqu'à sept millions de francs CFA (soit environ 10.700 euros) de surestaries pour navire.

Or, depuis le mois de juillet 2012, la situation a considérablement évolué puisque les services de la Direction des affaires maritimes et des voies navigables ont été transférés à Yaoundé, ce qui a fait naître deux difficultés majeures. La première est liée à la distance de deux cent quarante kilomètres qui sépare la ville de Douala de celle de Yaoundé. Tous les créanciers maritimes devront se plier à ce supplice d'environ huit heures de voyage, aller et retour, sans compter le temps du séjour, ce qui constitue un net recul par rapport à la situation antérieure. Il s'agit d'un effort supplémentaire qui coûte inutilement en temps, en argent (frais de voyage et de séjour) et en risque. La seconde difficulté est relative à la lenteur administrative engendrée par le fait qu'en dépit de ses multiples et harassantes occupations, le Ministre des transports, pour des raisons personnelles et non avouées, se saisit presque systématiquement, des dossiers relatifs à l'avis de l'autorité maritime compétente. L'attente est parfois longue pour le créancier et son conseil sans oublier l'influence diplomatique et politique qui s'exerce parfois sur le Ministre appelé à gérer les délicats équilibres géopolitiques et géostratégiques qui n'ont aucun lien direct avec le litige. Dans une affaire récente ayant fait l'objet d'une requête datée du 22 octobre 2013, le visa de l'autorité maritime a été donné par le Ministre des transports en personne, ce qui donne l'impression en l'espèce qu'il s'agissait d'un dossier complexe et délicat compte

¹⁹⁷⁴ G. Ngamkam, La saisie conservatoire de navires en droit communautaire de l'Afrique Centrale et en droit béninois, *Rev. dr. transp* n° 1, janv. 2014, étude 1.

tenu des enjeux financiers en présence¹⁹⁷⁵. Dans cette affaire, le visa qui avait été sollicité le 22 octobre 2013, n'a finalement été donné que le 1^{er} novembre 2013 soit neuf jours de longue et exténuante attente¹⁹⁷⁶.

Dans une autre affaire ayant opposé le sieur Matsamakakis à la Société Maerks et le navire Newport, l'avis sollicité le 15 novembre 2012 a permis d'obtenir une ordonnance de saisie quinze jours après avis tardif du Ministre des transports en personne¹⁹⁷⁷. Simple formalité administrative au départ pour le créancier, l'avis de l'autorité maritime, est finalement devenu un véritable obstacle à la saisie conservatoire des navires qui dépend, dans tous les cas, de la décision qui sera rendue par le juge des requêtes.

2- L'ordonnance autorisant la saisie conservatoire de navire

L'autorisation du juge est apposée au bas de la requête. Elle est accordée dès lors que le créancier justifie d'une créance maritime, le juge des requêtes devant s'en tenir aux droits apparents¹⁹⁷⁸. Il s'ensuit, qu'habituellement, le Président de la juridiction compétente doit se contenter des déclarations du créancier qui est tenu d'être convaincant quant à l'existence probable de ses droits vis-à-vis du débiteur. Dans tous les cas, sa tâche est largement facilitée par le caractère unilatéral des procédures d'ordonnance sur requête ainsi que par l'allègement corrélatif des éléments de preuve à apporter pour caractériser la créance maritime en droit communautaire CEMAC et surtout en droit international qui ne retient que la notion d'allégation de créance¹⁹⁷⁹.

Ainsi, en droit communautaire, l'article 150 paragraphe 2 dispose que l'autorisation de saisie peut être accordée par le juge « *dès lors qu'il est justifié d'une créance maritime paraissant fondée dans son principe* », ce qui exclut toute idée de créance certaine, liquide et exigible. Toutefois, ce principe de créance ne dispense pas le juge de procéder à une vérification au moins sommaire devant lui permettre de s'assurer que la créance alléguée a une existence au moins apparente « *sinon une mesure conservatoire n'aurait aucun sens et constituerait une immixtion* ».

¹⁹⁷⁵ Cette requête a fait l'objet d'une ordonnance n° 1328 du 05 nov 2013 dans une affaire société Quifeuou Cameroun c/Armement Waves Maritimes Company Ltd et le navire Ocean Beauty, inédite.

¹⁹⁷⁶ Dans une autre espèce, en dépit d'une décision d'autorisation de saisie, le navire Newport appartenant à la société Maerks a été appareillé suite à un fax du Ministre des transports et sur instructions du commandant du port, ce qui constitue une véritable atteinte aux droits du créancier.

¹⁹⁷⁷ Ordonnance n° 1543 du 30 nov. 2012 du Président du TPI de Douala – Bonanjo inédite.

¹⁹⁷⁸ Dans la Convention de Bruxelles de 1952, le créancier doit seulement pouvoir alléguer d'une créance maritime.

¹⁹⁷⁹ **Annabel Rossi**, op, cit, n° 247

intolérable dans le patrimoine d'autrui »¹⁹⁸⁰. L'analyse menée par le juge sur la base des dispositions du Code communautaire doit cependant rester simplifiée¹⁹⁸¹, contrairement à celle qui pourrait être faite en droit international qui se contente d'une simple allégation de créance¹⁹⁸². En droit international, aucune preuve n'est exigée du créancier sur la réalité de sa créance et aucune vérification ne devrait corrélativement être effectuée par le juge sur l'existence même apparente de la créance. La vérification portera le plus souvent sur le caractère maritime ou non de la créance. A ce stade du raisonnement, le créancier peut se montrer astucieux et opérer un choix stratégique. S'il ne dispose que d'une créance maritime au sens de l'article 150 paragraphe 2 du Code communautaire, il optera pour les dispositions de l'article 1^{er} paragraphe 1^{er} de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 sous l'empire de laquelle il n'est pas obligé de faire la démonstration de l'existence apparente de sa créance.

Cela dit, le juge saisi d'une requête aux fins de saisie conservatoire de navire se bornera à autoriser ou à refuser la saisie. Son rôle n'a jamais été, en cette matière, de se prononcer sur les droits respectifs des parties. Autrement dit, il doit certes apprécier les documents qui sont présentés par le créancier saisissant afin de s'aviser sur le point de savoir s'il doit ou non autoriser la saisie, mais cette appréciation doit être de moindre importance afin de ne pas préjudicier au fond de l'affaire auquel il lui est interdit de s'immiscer sous peine d'empiètement flagrant et intolérable sur les pouvoirs du juge du fond¹⁹⁸³. Le juge des requêtes est donc libre d'autoriser la saisie conservatoire du navire, sur la base d'une créance paraissant fondée dans son principe ou, en matière internationale, de sa simple allégation. Lorsqu'elle est accordée par le Président du Tribunal de Première Instance, juge des requêtes, l'autorisation de pratiquer saisie conservatoire du navire justifie l'entrée en scène de nouveaux acteurs pour sa mise en œuvre¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁸⁰ **R. Perrot** et **Ph. Théry**, *Procédures civiles d'exécution*, Paris Dalloz, 2000, p. 680, n° 759, ouvr. cité par **Annabel Rossi**, op. cit. p 191, n° 275.

¹⁹⁸¹ Il a par exemple été jugé en droit comparé que toute personne « [...] justifiant d'une apparence de créance peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire [...] » et que la Cour d'appel qui « pour rétracter l'ordonnance autorisant l'inscription et ordonner la mainlevée de la mesure [...] retient que pour obtenir une telle autorisation, il est nécessaire de détenir une créance fondée en son principe [...] a violé les textes... » : Cass. 8 juin 2000, *JurisData* n° 002436.

¹⁹⁸² Art. 1^{er} paragr. 1 de la convention de Bruxelles du 10 mai 1952. En droit international, tout comme en droit communautaire aucune preuve n'est exigé

¹⁹⁸³ Il est donc constant en droit communautaire et en droit international que le juge de la requête aux fins de saisie conservatoire de navire n'a pas à trancher la contestation à l'origine de la saisie (la question de l'existence de la créance), car ce problème est de la compétence du juge du fond qui sera appelé à se prononcer ultérieurement.

¹⁹⁸⁴ JCL Transport, *Navire, Saisie conservatoire*, Fasc 1128, 2007, n° 35 ; **G. Ngamkan**, art. précité, n° 13.

B- La mise en œuvre de l'autorisation de saisie : immixtions intempestives de l'autorité maritime

La mise en œuvre de l'autorisation de saisir fait intervenir, à un niveau élevé, l'huissier de justice, à la demande du créancier et l'autorité maritime compétente dont le rôle devient plus actif.

1- L'intervention mitigée de l'huissier de justice

A la demande du créancier, la saisie conservatoire est pratiquée entre les mains du capitaine du navire par un huissier de justice qui en dresse procès – verbal. En droit communautaire CEMAC, copie du procès – verbal dont le contenu est précisé à l'article 152 (2) doit être notifiée au commandant du port, à l'autorité maritime compétente, au consul de l'Etat du pavillon ou, à défaut, au consignataire du navire (art. 152 paragr. 1). Pour jouer parfaitement son rôle, le procès – verbal établi par l'huissier doit énoncer tous les éléments prévus aux paragraphes 2 et 3 de l'article 152¹⁹⁸⁵. Habituellement il est rappelé dans le même procès – verbal, à l'intention du débiteur saisi et de toute autre personne intéressée que, conformément à l'article 190 du Code pénal Camerounais, « *est puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 50.000 à 1.000.000 de francs CFA celui qui détourne, détruit ou dénonce des biens saisis ou placés sous séquestre* ».

Par ailleurs, si le navire saisi bat pavillon d'un Etat membre, le procès – verbal de saisie est inscrit sur le registre tenu par l'autorité maritime compétente et sur lequel le navire est immatriculé. Cette inscription est requise dans un délai de sept jours à compter de la date du procès – verbal. Ce délai est augmenté de vingt jours si le lieu de la saisie et le lieu où le registre des immatriculations est tenu ne sont pas situés dans le même Etat de la CEMAC. L'inscription de la saisie conservatoire du navire n'aurait cependant pas pour effet d'empêcher de l'hypothéquer ni de le vendre. Elle ne serait donc qu'informatrice, permettant ainsi à l'acquéreur éventuel d'être au courant de l'état juridique du bâtiment¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁸⁵ Voir par exemple le procès-verbal de saisie conservatoire du navire « Cos LUCKY » du 13 juillet 2012 dressé par Me Mbappou Etouké, Huissier de justice près la Cour d'Appel du Littoral et les Tribunaux de Douala dans l'affaire opposant la société Quifeuou Cameroun en abrégé SOQUICAM à l'armement COS LUCKY Shipping Maritime inc et le navire « COS LUCKY » ayant fait l'objet d'une ordonnance d'autorisation de saisie n° 857 du 13 juillet 2012 rendue par Monsieur le Président du Tribunal de Première Instance de Douala – Bonanjo ; Voir égl le procès – verbal de saisie conservatoire du navire « Effichiat I » du 3 juillet 2006, dressé par Me Yossa Djomakoua Evelyne Thérèse, Huissier de justice à Douala dans l'affaire appasant Dame Kim épouse Park Hee Suk à Monsieur Matsamakis NIKOS, armateur domicilié à Douala – Bonapriso et le navire « Effichiat I » ayant fait l'objet d'une ordonnance d'autorisation de saisie n° 1279 du 29 juin 2006 rendue par Monsieur le Président du Tribunal de Première Instance de Douala – Bonanjo.

¹⁹⁸⁶ Bien qu'isolé et contesté, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix – en – Provence du 25 févr. 1981, vedette Patrick – Victor : *DMF* 1982, p. 20, note **Rémond – Guilloud**, a statué que « l'absence de mention de la saisie conservatoire sur la fiche matricule du navire n'est assortie d'aucune sanction, mais le défaut d'inscription de celle – ci sur le registre des hypothèques comporte une sanction qui est

Aucune autre formalité n'est imposée et le procès – verbal n'a pas besoin d'être notifié à des personnes autres que celles indiquées à l'article 152 paragraphe 1 du Code communautaire. Toutefois, la notification du procès – verbal de saisie conservatoire selon les règles de l'art augure d'une suite fortement houleuse de la procédure en raison du rôle important qu'est appelée à jouer l'autorité maritime compétente.

2- L'intervention controversée de l'autorité maritime compétente

La mise en œuvre de la saisie conservatoire est surtout l'œuvre de l'autorité maritime qui est tenue, après avoir reçu notification de la décision judiciaire d'autorisation, d'émettre l'interdiction d'appareiller et de s'assurer, auprès de la capitainerie, qu'aucun départ du navire saisi n'a été programmé¹⁹⁸⁷. De même l'avis de l'autorité maritime doit préalablement être requis par le juge des référés, non seulement lorsqu'il est appelé à autoriser le départ du navire pour un ou plusieurs voyages à la suite d'une requête du débiteur ayant fourni une caution suffisante¹⁹⁸⁸, mais également avant de fixer le délai dans lequel le navire devra regagner le port de la saisie au cas où l'autorisation d'effectuer des voyages est accordée. En tout état de cause, l'autorité maritime est constituée gardien du navire saisi et en assume une obligation de moyens conformément aux dispositions de l'article 154 du Code. Cependant, dans l'affaire opposant le sieur Matsamakis Nicolas à la société Maersk Cameroun S.A, précitée, bien qu'ayant fait l'objet d'une saisie conservatoire à la suite de l'ordonnance n° 1543 de Monsieur le Président du Tribunal de Première Instance de Douala du 30 novembre 2012, le navire M/V Maersk Newport a quitté le port de Douala sans qu'aucune décision ou autre mesure ordonnant mainlevée n'ait été rendue, mais simplement sur la base d'une instruction par fax de monsieur le Ministre camerounais des transports exerçant abusivement ses prérogatives d'autorité maritime compétente¹⁹⁸⁹. Or, un navire soumis à une procédure de saisie conservatoire constitue une garantie spécialement réservée aux créanciers saisissants, et toute manœuvre tendant à le laisser s'échapper doit être pénalement sanctionnée¹⁹⁹⁰.

non pas la nullité de la saisie, mais son inopposabilité aux tiers, en particulier à l'acheteur du navire l'inopposabilité entraînant elle – même la mainlevée de la saisie conservatoire ».

¹⁹⁸⁷ Art. 145 du Code communautaire de la CEMAC. Voir par exemple la Décision n° 06199 D/MINT/SG/DAMVN du 03 juillet 2006 portant interdiction d'appareiller à l'encontre du navire « EFFICHIA I » appartenant à Monsieur Matsamakis NIKOS, armateur domicilié à Douala – Bonapriso au lieu dit hydrocarbures, domicile n° 253, notifiée par acte d'huissier daté du même jour.

¹⁹⁸⁸ Art. 146 du Code communautaire de la CEMAC.

¹⁹⁸⁹ Voir le procès – verbal de descente sur les lieux du 03 janv. 2013 ainsi que les réquisitions du Ministère public dans la même affaire du 25 fevr. 2013.

¹⁹⁹⁰ Il a par exemple été jugé qu'en donnant l'ordre à son employé, qui avait reçu notification de la décision de saisie conservatoire, de quitter le port alors même qu'il avait eu connaissance de cette

Il est évident que cette instruction a été donnée au mépris des dispositions de l'article 146 du Code communautaire en vertu duquel le juge des référés est seul habilité à autoriser le départ du navire pour un ou plusieurs voyages déterminés. Ce faisant, l'autorité maritime a outrepassé ses compétences qui, en l'espèce devaient se limiter à un avis consultatif. Cette attitude est d'autant plus blâmable que l'autorisation de voyage ne peut être obtenue que sur la base d'une garantie suffisante fournie par le débiteur, ce qui n'a pas été le cas dans cette espèce. De même si les parties intéressées ne parviennent pas à s'accorder sur l'importance et la forme de la garantie, sa nature et son montant, qui ne peut excéder la valeur du navire saisi, doivent être déterminés, non par l'autorité maritime mais par le juge des référés.

II- LA MAINLEVÉE, INSTITUTION PRIVILEGIEE DE REMISE EN CAUSE DE LA SAISIE CONSERVATOIRE DE NAVIRE PAR LE DEBITEUR

L'ordonnance autorisant la saisie conservatoire de navire n'a jamais pour fonction de trancher ne serait – que provisoirement les contestations relatives aux droits des parties¹⁹⁹¹. L'une des particularités de cet acte juridictionnel qui empêche le départ du navire est de pouvoir être remis en cause par le débiteur saisi. Cette possibilité lui est offerte afin qu'il puisse demander la mainlevée de la saisie conservatoire (A). Celle-ci coexiste avec une autre institution, parfois appelée «*mainlevée provisoire*» que le Code de la marine marchande de la CEMAC désigne de façon plus générale sous le vocable d'autorisation de voyages du navire saisi (B).

A- La mainlevée « définitive », suite probable et presque inévitable de la saisie conservatoire de navire

A propos de la mainlevée, René Rodière indiquait qu' «*un armateur sérieux la demande dès que la saisie conservatoire est exercée ; il n'attend pas que le tribunal soit saisi au fond*»¹⁹⁹². De là, précise-t-on, la pratique de l'autorisation d'assigner s'est généralisée aussi bien en droit compare¹⁹⁹³ qu'en droit camerounais¹⁹⁹⁴ et le

décision et que l'assignation au fond avait été délivrée la veille et refusée, le prévenu a commis l'infraction de détournement d'objet saisi sanctionnée par l'article 314-6 du Code pénal : CA Aix-en-Provence, 5^e ch. Corr., 17 févr. 2009, *Rev. dr. transp.*, n° 7, juill. 2009, comm. 152, note **M. Ndendé**.

¹⁹⁹¹ La question de l'autorité de chose jugée au principal est donc dépourvue de sens : V. **Annabel Rossi**, op. cit. n° 340.

¹⁹⁹² Traité général de droit maritime – Le navire : Dalloz 1980, n° 203.

¹⁹⁹³ T. com. Marseille, 16 nov. 1990 : *DMF* 1992, p. 129, **A. Arnaud** ; JCL Procédures Formulaires, Fasc. 10, *Navire et bateau – Mesures conservatoires*.

¹⁹⁹⁴ T.P.I. Douala – Bonanjo, ordonnance n° 1597 du 07 déc. 2012 autorisant l'Armement Maersk et le capitaine commandant le navire M/V «*Maersk Newport*» à assigner devant le juge des référés d'heure à heure, Monsieur Matsamakis et le Commandant du Port autonome de Douala.

ferme rappel que la mainlevée est un droit¹⁹⁹⁵. Prévues par le Code de la CEMAC, la mainlevée de la saisie conservatoire de navire peut prendre la forme d'une rétractation ou d'une mainlevée contre la fourniture d'une garantie.

1- La demande de rétractation, recours ordinaire du débiteur contre l'ordonnance de saisie conservatoire de navire

Elle est prévue par l'article 153 du Code de la marine marchande de la CEMAC qui dispose que « *le propriétaire du navire saisi ou son représentant peut, dès la notification de la saisie faite au capitaine se pourvoir devant le juge des référés, en rétractation de l'ordonnance de saisie...* ». Puisque la saisie conservatoire a été accordée par le juge des requêtes sans véritable débat contradictoire, le recours ainsi exercé par le débiteur permet de mettre en échec une décision exécutoire unilatérale. Son intervention a alors pour but de convaincre le juge des référés que l'autorisation de saisie conservatoire de navire mérite d'être retirée, soit en raison d'une mauvaise application du droit, soit par suite d'une appréciation erronée des faits.

Dans l'ordonnance N° 1543 rendu le 30 novembre 2012 par le Président du Tribunal de Première Instance de Douala – Bonanjo, juge des requêtes, que nous avons citée précédemment sans en décliner les faits, Monsieur Matsamakis Nicolas a été autorisé à pratiquer une saisie conservatoire sur le navire Newport appartenant à l'Armement Maerks. Agissant en vertu de l'ordonnance N° 1597 du 07 décembre 2012 et de l'exploit du 12 décembre 2012, l'Armement Maerks et le Capitaine Commandant le N/V Maerks Newport ont saisi le juge des référés du Tribunal de Première Instance de Douala – Bonanjo, d'une demande en rétractation de l'ordonnance N° 1543. Pour ordonner la rétractation de cette dernière et partant la mainlevée de la saisie conservatoire du navire Newport, le juge des référés a relevé que l'ordonnance 1543 avait été obtenue par une personne dépourvue de qualité¹⁹⁹⁶. Pour le juge des référés, la fin de non recevoir tirée du défaut de qualité est un moyen de défense au fond auquel ne s'applique pas l'article 97 alinéa 1 du Code de procédure civile et commerciale et qu'à ce titre, il peut être invoqué à tout stade de la procédure et même pour la première fois en appel¹⁹⁹⁷. Dès lors, il apparaît clairement que l'ordonnance de saisie conservatoire avait été accordée sur le fondement d'une mauvaise application du droit, ce qui justifiait la rétractation pure et simple d'une telle décision.

¹⁹⁹⁵ Cass. Com. 12 nov. 1996, n° 94-17-036 : *JurisData* n° 1996-004117 ; *JCPG* 1997, IV, n° 37, *DMF* 1997, p. 45, **Y. Tassel**. Si la mainlevée est refusée par le juge qui a autorisé la saisie, le juge saisi du fond semble avoir compétence pour ordonner la mainlevée de la saisie à tous les stades de la procédure : Cass. 2^e civ. 18 jan. 2001, p. 50, **P. Bonassies**,

¹⁹⁹⁶ Ordonnance des référés n° 422 du 15 mai 2013, inédite.

¹⁹⁹⁷ La jurisprudence de la Cour Suprême du Cameroun abonde dans le même sens puisqu'elle déclare que « le moyen tiré du défaut de qualité est une fin de non recevoir qui est liée au fond et constitue un moyen de défense. A ce titre, il ne saurait être compris dans l'examen des conditions de forme de recevabilité de l'action » : Arrêt n° 140 du 4 juin 1968, *Bull.* n° 18, p. 2078.

Par ailleurs, il apparaît aussi que la plupart des rétractions se fondent tantôt sur le fait que la créance sur laquelle elle a été autorisée n'est pas une créance maritime au sens des textes¹⁹⁹⁸, tantôt sur le fait que la créance n'apparaît plus suffisamment fondée en son principe, « *la faute alléguée apparaissant douteuse* »¹⁹⁹⁹. Cependant, bien qu'elle soit susceptible d'être contestée par les voies de recours ordinaires notamment devant le juge d'appel, la rétractation de l'ordonnance est lourde de conséquences parfois imparables pour le créancier car, dès lors que la saisie n'est plus effective (le navire ayant levé l'ancre dès la rétractation de l'ordonnance), le créancier, même en obtenant l'infirmité de l'ordonnance de rétractation, ne peut obtenir la constitution d'une garantie²⁰⁰⁰. Pour cette raison, la jurisprudence conclut qu'il est juste d'admettre que la restitution des sommes déposées comme suite de la saisie soit liée à l'instance au fond²⁰⁰¹.

2- La mainlevée contre fourniture d'une garantie, substitut exceptionnel à la mesure conservatoire

Le principe de la mainlevée de la saisie conservatoire ne pose aucune difficulté particulière quant à son existence. Il est prévu, aussi bien, par la Convention de Bruxelles actuellement applicable au Cameroun (articles 5 et 7 paragraphe 2)²⁰⁰² que par l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (article 62 et 63).

D'après l'article 63 de l'acte uniforme susvisé, la demande de mainlevée est portée devant la juridiction compétente qui a autorisé la mesure. Cette dernière est alors tenue d'accorder la mainlevée de la saisie lorsqu'une caution ou une garantie suffisantes auront été fournies, « *sauf dans le cas où la saisie est pratiquée en raison des créances maritimes* » relatives à la propriété ou la copropriété contestée d'un navire ou sa possession ou son exploitation, ou les droits aux produits d'exploitation d'un navire en copropriété²⁰⁰³. Dans ce cas, le juge peut permettre l'exploitation du navire par le possesseur, lorsque celui-ci aura fourni des garanties suffisantes, ou régler la gestion du navire pendant la durée de la saisie. La mainlevée urgente de la saisie se justifie en pareille circonstance par la gravité

¹⁹⁹⁸ CA Rouen 15 avril 1982 : *DMF* 1982, p. 744.

¹⁹⁹⁹ CA Rennes, 30 juill. 1975 : *DMF* 1976, p. 225-T. Com. Saint Nazaire, 19 sept. 1978 : *DMF* 1978, p. 734.

²⁰⁰⁰ CA Saint Denis de la Réunion, 29 sept. 1989 : *JurisData*, n° 1989 – 052530.

²⁰⁰¹ Cass. com., 2 mai 1989, n°87 – 14. 516 : *JurisData* n° 1989-001633; Bull. Civ. IV, n° 139.

²⁰⁰² La mainlevée de la saisie conservatoire navire est également prévue par l'article 4 alinéa de la Convention de 1999 sur la saisie conservatoire

²⁰⁰³ Art .1^{er} al. 1 (0) et (p) et 5 de la Convention de 1952.

de l'immobilisation du navire et de ses conséquences néfastes sur l'entreprise de l'armateur²⁰⁰⁴. Cette gravité permet aussi d'expliquer la jurisprudence selon laquelle la fourniture d'une caution²⁰⁰⁵, la constitution d'une consignation²⁰⁰⁶ ou la constitution du fonds de limitation²⁰⁰⁷, à la condition qu'il ait été constitué dans l'un des ports mentionnés à l'article 13 de la Convention de Londres de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritime, imposent au juge d'ordonner la mainlevée²⁰⁰⁸.

Toutefois, la garantie visée par les textes génère quelques questions délicates relatives à son montant et sa mise en œuvre. Selon l'article 5 de la Convention de 1952, la mainlevée ne peut être ordonnée que si le débiteur fournit une « *caution ou une garantie suffisante* ». Dans une ordonnance de référé n° 299 du 12 avril 2007, inédite, rendue dans l'affaire Salam International Transport and Trading Co. Ltd contre A/S Dan Bunkering Ltd, navire « Salam 4 », l'on a pu relever que lors d'une escale du navire Salam 4 au port de Douala (Cameroun) le 16 février 2007, la société A/S Dan a pratiqué une saisie conservatoire sur ce bâtiment de mer pour sûreté et paiement de la somme de 122 927 660 FCFA (soit environ 187.530 euros) en règlement d'une créance d'avitaillement (fourniture d'eau et de soutes). A suite de cette saisie, le Président du tribunal de première instance de Douala-Bonanjo a été saisi d'une requête en mainlevée de saisie moyennant fourniture d'une garantie par l'armateur du navire. Après avoir rappelé, conformément aux dispositions de l'article 5 de la Convention de 1952, qu'« *il revient au juge d'apprécier la suffisance de la garantie* » et constaté que « *les causes de la saisie contenues dans le procès-verbal du 16 février 2007 sont totalement couvertes par la caution* », le juge a ordonné mainlevée de ladite saisie.

Il résulte de ce raisonnement, logiquement approuvé par le commentateur de cette décision²⁰⁰⁹, qu'en ce qui concerne le montant la garantie, la réflexion peut s'appuyer sur deux critères de référence à savoir : la créance et la chose saisie. D'une part, il est légitime de penser que la garantie ne doit pas être

²⁰⁰⁴ C'est cette perspective qui permet d'expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation française qui a validé une substitution de navire, non demandée par le débiteur, en considérant qu'une telle mesure, opportune, maintenait intacts les avantages du saisissant (Cass. Com. 2 mai 1989, n° 87-14.517, *Bull. civ. IV*, n° 138 ; JCL Transport, *Navire et bateau - Mesures conservatoires*, mise à jour du 16 sept. 2014, n° 94.

²⁰⁰⁵ CA Poitiers 23 sept. 1992 : *JurisData* n° 1992-048820.

²⁰⁰⁶ T. Com. Nanterre, 9 mai 1994 : *JurisData* n°1994-043739.

²⁰⁰⁷ Cass Com. 23 nov. 1993, n° 91-17.258 : *JurisData* n° 1993-002332; *Bull. civ. IV*, n° 418; *DMF* 1994, p. 36

²⁰⁰⁸ Cass Com. 5 janv. 1999, n° 93-19.688 : *JurisData* n° 1999-0000-23; *DMF* 1999, p. 130, **A. Vialard**.

²⁰⁰⁹ **G. Ngamkan**, Actualité judiciaire : Quelques décisions significatives obtenues par le cabinet Ngamkan en matière de saisie conservatoire de navire, site internet dudit cabinet.

supérieure au montant de la créance. Dans l'affaire du Salam 4, le créancier saisissant avait modifié ses exigences à la hausse et réclamait, en contrepartie de la mainlevée de la saisie, la somme de 140 000 000 FCFA (soit environ 213.570 euros) au lieu de 122 927 660 FCFA indiquée dans la requête initiale. Cette prétention a été, purement et simplement, rejetée par le tribunal qui a néanmoins accordé la mainlevée de la saisie du navire. D'autre part, limiter le montant de la garantie à la valeur du bien saisi alors que manifestement la créance est supérieure à cette valeur « aboutit à priver la saisie de l'efficacité qui constitue sa raison d'être et à la détourner de son objet qui est de représenter pour le créancier un moyen de pression au besoin gênant, sur le débiteur défaillant »²⁰¹⁰. Puisque la garantie a pour objet de se substituer au navire saisi, il est évident que la règle de la proportionnalité est appelée à jouer un rôle important. Dans tous les cas, faute d'accord entre les parties sur l'importance de la caution ou de la garantie, la juridiction compétente en fixe la nature et le montant qui ne peut excéder la valeur du navire saisi (art. 146)²⁰¹¹.

B- La mainlevée « provisoire » ou autorisation de voyages, mesure transitoire tendant à la démobilisation du navire saisi

Souvent appelée «mainlevée provisoire » l'autorisation de voyage est prévue à l'article 146 du Code de la marine marchande ainsi qu'à l'article 5 de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952. Ces deux textes prévoient, non seulement, que le juge peut autoriser le départ du navire pour un ou plusieurs voyages déterminés, mais également, qu'une sanction exemplaire devrait être infligée au débiteur indélicat.

1- La procédure de la mainlevée provisoire

L'autorisation de départ doit être demandée au juge des référés, lequel bénéficie d'une compétence exclusive en la matière. Elle ne peut être accordée qu'après avis de l'autorité maritime. Cette procédure n'avait curieusement pas été respectée dans l'affaire du navire Newport appartenant à la société Maersk qui était sous le coup d'une saisie conservatoire dans les eaux portuaires Camerounaises (Douala – Cameroun), et qui avait appareillé à la suite d'un fax du Ministre des transports et sur instructions du Commandant du Port Autonome de Douala qui avait préalablement été constitué gardien du navire saisi. Ce dernier ne pouvait malheureusement pas justifier d'une décision du juge des référés, le fax de l'Autorité maritime ordonnant le départ du navire saisi étant

²⁰¹⁰ Cette solution a été retenue à l'occasion de la saisie des soutes (valeur 1444123 f) d'un navire dont l'affrèteur, et non le propriétaire, était redevable. La garantie proposée était, quant à elle, d'une valeur de 2.970.000 F : CA Rouen, 28 jan. 1992 : *JurisData* n° 1992-040657.

²⁰¹¹ Le lieu du paiement de la garantie ne semble pas poser de difficulté particulière puisqu'en cas de contestation, il s'agira naturellement et principalement, du lieu de la saisie du navire et accessoirement, du lieu de l'instance en mainlevée : CA Rouen, 30 juill. 1980 : *DMF* 198, p. 668 : article 146 – 2 du Code.

intervenue en violation des dispositions de l'article 146 du Code communautaire²⁰¹².

Sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1952, l'autorisation de voyage remplace la mainlevée de la saisie qui ne peut pas être obtenue lorsque la saisie est prononcée sur le fondement des créances maritimes des lettres (o) et (p) de l'article 3 de ladite convention. Quelque soit le régime applicable, le requérant ne peut obtenir l'autorisation de voyage que s'il fournit une garantie suffisante. Par ailleurs, les textes précisent qu'aucune demande d'autorisation introduite à cet effet ne peut être interprétée comme une reconnaissance de responsabilité, ni comme une renonciation à toute défense ou tout droit de limiter la responsabilité²⁰¹³. A la différence de la Convention de Bruxelles de 1952, le Code de la marine marchande de la CEMAC prévoit que toute personne ayant constitué une garantie en échange d'une autorisation de voyage peut à tout moment, demander au tribunal compétent, de « *réduire, modifier ou annuler cette garantie, notamment si elle rapporte la preuve que celle – ci était manifestement excessive au regard du montant réel de la créance ou n'était pas appropriée, ou était injustifiée parce que la créance était inexistante en réalité* »²⁰¹⁴.

2- La sanction du débiteur indélicat en cas de non retour du navire saisi

Le juge des référés qui accorde l'autorisation d'effectuer des voyages après avis consultatif de l'autorité maritime compétente, est tenu de fixer le délai dans lequel le navire devra regagner le port de la saisie. Il peut ultérieurement modifier ce délai pour tenir compte des circonstances et, le cas échéant, autoriser le navire à faire de nouveaux voyages. A l'expiration du délai fixé par le juge et en l'absence de toute demande de prorogation de voyage émanant de l'armateur, si le navire saisi n'a pas rejoint le port de la saisie, la somme déposée en garantie est acquise de plein droit aux créanciers, sauf le jeu de l'assurance en cas de sinistre couverts par la police²⁰¹⁵. Dans l'affaire du Salam 4, qui a fait l'objet de nombreuses passions et de commentaires, la société Salam, créancier saisissant, muni d'une attestation de non enrôlement délivrée le 17 août 2007 par le greffier en chef du tribunal de première instance de Douala-Bonanjo statuant en matière de référé d'heure à heure, a assigné en restitution de la garantie devant cette dernière qui a ordonné « *la restitution immédiate et sans condition* » de la somme de 122 927 660 FCFA transférée par l'armateur sur le compte greffe dudit tribunal, « *l'examen des pièces produites établissant la caducité de la saisie* ». Pour la

²⁰¹² TPI Douala –Bonanjo, ordonnance des référés n° 422 du 15 mai 2013, Aff. Armement Maersk et le capitaine commandant le navire Newport c/ Sieur Matsamakis Nicolas et le commandant du Port Autonome de Douala, Inédite.

²⁰¹³ Art. 5 al 3 de la Convention de Bruxelles de 1952; Art. 146 paragr. 3 du Code.

²⁰¹⁴ Art. 146 paragr. 4. Cet article reproduit en réalité les dispositions de l'article 4 paragr. 6 de la Convention de Genève de 1999.

²⁰¹⁵ E. du Pontavice, cité par Y. Tassel in JCL Transport, Fasc. 10 : *Navire et bateau – Mesures conservatoires*, 16 sept. 2014, n° 101.

jurisprudence, tant nationale que comparée, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation : une fois la carence du créancier saisissant établie, la mise en œuvre de la caducité est automatique²⁰¹⁶.

Toutefois une question intéressante se pose : qu'advierait-il si le navire saisi revenait après le paiement de la somme au créancier saisissant. Les textes en vigueur ne fournissent aucune réponse satisfaisante à cette préoccupation. L'on s'accorde néanmoins à relever que la règle peut reposer sur deux fondements : simplifier la tâche du créancier ou sanctionner l'attitude du débiteur selon une justification fournie par Emmanuel du Pontavice pour lequel la sanction « *joue à la manière d'une cause pénale* »²⁰¹⁷. La jurisprudence comparée a eu à se prononcer sur plusieurs points relatifs à la garantie. Elle a par exemple condamné une banque pour avoir payé trop rapidement par suite d'une erreur commise sur la nature juridique de la garantie donnée : garantie à première demande ou garantie sous condition d'un jugement²⁰¹⁸.

²⁰¹⁶ Douai, 17 sept 1992, navire « Régina », *DMF* 1993, 358.

²⁰¹⁷ **E; du Pontavice**, cite par **Y. Tassel** in *JCL Transport*, Fasc. 10 : *Navire et bateau – Mesures conservatoires*, 16 sept. 2014, n° 101.

²⁰¹⁸ CA Aix, 17 mai 1984, navire « Eva-Danielsen » : *DMF* 1986, p. 239. Cette Cour prend également un très grand soin à distinguer entre l'action aux fins d'obtenir la mainlevée contre consignation et l'action tendant à obtenir la rétractation pure et simple de l'ordonnance : CA Aix, 10 janv. 1986, navire « Namrata » : *DMF* 1987, p. 499. D'autres décisions, plus pointilleuses, distinguent la demande relative à l'exécution de la caution bancaire et l'appel interjeté contre le jugement qui a accueilli la demande du saisissant : T. com. Marseille, 23 févr. 1999, navire « May Prince » : *Rev. Scapel* 1999, p. 82 ; *DMF* H.S. n° 4, mars 2000, p. 36, obs. **P. Bonassies**.

LA RESPONSABILITE PENALE DES DIRIGEANTS SOCIAUX DU FAIT D'INFRACTIONS NON INTENTIONNELLES

Par
Alain Michel EBELE DIKOR²⁰¹⁹

*«Etre responsable
c'est assumer les
conséquences de ses
actes. »*,

**Jean-Paul
SARTRE,**

Le droit pénal des affaires de l'OHADA²⁰²⁰ est un droit atypique. Au-delà de son caractère dualiste, c'est également un droit essentiellement pluraliste. Ce dualisme se manifeste non seulement par le recours aux dispositions de l'AUDSCGIE pour ce qui est des incriminations, mais également par le recours aux législations nationales, pour ce qui est de la détermination des sanctions²⁰²¹. D'autres Actes uniformes consacrent des dispositions pénales. Il s'agit de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP)²⁰²², l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS)²⁰²³ et l'Acte uniforme portant droit commercial général (AUDCG)²⁰²⁴. La méthode du renvoi législatif ainsi consacrée laisse aux Etats-parties la possibilité de déterminer les peines en

²⁰¹⁹L'auteur est Docteur en Droit, actuellement Chargé de cours à la FSJP de l'Université de Douala, alaindikor@yahoo.fr.

²⁰²⁰ Il faut entendre par là l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Cette organisation a été créée le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Île-Maurice) à la faveur de la signature du traité l'instituant. Actuellement, l'OHADA compte 7 Etats membres et 9 Actes uniformes. Pour plus de détails sur l'organisation, voir POUGOUE (P.-G.), *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998 ; ISSA-SAYEGH (J.), « L'OHADA, instrument d'intégration juridique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1999, p. 237 ; « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme, UNIDROIT-Rome*, 1999-1, p. 5 ; KIRSCH (M.), « Historique de l'OHADA », *Recueil Penant*, 1998, p. 129 ; MODI KOKO BEBEY (H.-D.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit, www.juriscopie.org; TIGER (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique. OHADA*, Que sais-je ?, PUF, 1999.

²⁰²¹²⁰²¹ Certains Etats ont déjà pris des textes spécifiques relatifs aux sanctions pénales. Il s'agit du Sénégal (loi n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique), du Cameroun (loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA) et de la République centrafricaine (loi n° 10.001 du 6 janvier 2010 portant code pénal centrafricain).

²⁰²² Précisément en sens articles 229 et suivants (Banqueroute) et les infractions connexes telles la banqueroute simple (art.) et la banqueroute frauduleuse (art. 233) ; les autres infractions relevant de l'article 240 et suivants.

²⁰²³ Voir l'article 65 AUS. Cette incrimination était précédemment inscrite à l'article 68 de l'AUDCG. Elle porte sur les inscriptions frauduleuses ou mensongères de sûretés mobilières.

²⁰²⁴ Cf. AUDCG révisé, art. 140, anciennement article 108 ; AUDCG révisé, art. 69, anciennement art. 43.

matière pénale par l'entremise des parlements nationaux²⁰²⁵. Ceci a fait dire à certains auteurs qu'il s'agit d'« *une justice à deux vitesses* »²⁰²⁶ contraire au principe de la légalité criminelle²⁰²⁷. Le pluralisme du droit de l'OHADA quant à lui dérive de sa vocation à embrasser toutes les règles relatives aux incriminations. Les incriminations prévues en l'état actuel de ce droit sont contenues dans l'AUDSCGIE, l'AUPCAP, l'AUDS, et l'AUDCG. Nous limiterons notre démonstration aux incriminations contenues dans l'AUDSCGIE. Il est certes vrai que certaines infractions économiques telles les délits d'initiés, les délits boursiers, les délits relatifs aux valeurs mobilières notamment n'ont pas été pris en compte ; mais, en dehors de ces cas limités, de nombreuses infractions sont prévues par l'AUDSCGIE²⁰²⁸. Si par ailleurs, à la différence de certaines législations pénales nationales²⁰²⁹, l'AUDSCGIE n'a pas malheureusement consacré la responsabilité pénale des personnes morales, celle des personnes physiques dirigeantes des personnes morales a bel et bien été admise²⁰³⁰.

L'accent a d'abord été mis sur la question de la responsabilité civile des dirigeants sociaux²⁰³¹. Rarement on avait imaginé la mise en œuvre de leur responsabilité pénale, les dirigeants étant supposés agir au nom, pour le compte et dans l'intérêt de la société commerciale qu'ils servent, ainsi que ceux des associés. Le droit des sociétés de l'OHADA, tout comme plusieurs autres droits nationaux et régionaux, ne s'est pas limité à prévoir des

²⁰²⁵ En ce sens, voir MOUKALA-MOUKOKO (C.), *Les incriminations pénales définies dans les différents Actes uniformes*, Session de formation des Magistrats et auxiliaires de justice de l'ERSUMA tenue les 24 au 27 juillet 2012.

²⁰²⁶ En ce sens, voir MILINGO ELLONG (J. J.), « Les conflits de normes en matière de droits fondamentaux : le cas de l'OHADA et de l'Union africaine », (2014) 2 *B.D.E.*, disponible sur le site du Bulletin de Droit Economique de l'Université de Laval ; MAHOUE (M.), « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant* n° 846-2004, p. 87.

²⁰²⁷ MOUKALA-MOUKOKO (C.), *loc. cit.*

²⁰²⁸ Ces infractions sont prévues dans la Partie III (Dispositions pénales) de l'Acte. Les Etats peuvent soit maintenir les infractions plus ou moins volontairement omises, soit les créer.

²⁰²⁹ Art. 20 et 205 du Code pénal de la République centrafricaine, notamment.

²⁰³⁰ En ce sens, voir NTONO TSIMI (G.), *La responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais : esquisse d'une théorie générale*, mémoire DEA, FSJP-Université de Yaoundé II, octobre 2006. Bien avant cet Acte, d'autres textes tendaient déjà à la responsabilisation des dirigeants sociaux. L'on cite notamment le Code civil de 1804 (art. 1850 et 1856), le Code de commerce de 1807, la loi du 24 juillet 1867, la loi du 7 mars 1925, la loi du 14 août 1992 régissant les sociétés coopératives, la loi du 22 décembre 1992 régissant les sociétés publiques et parapubliques. Voir également Laurent Vovard, « La responsabilité pénale des personnes morales en matière d'infractions non intentionnelles », www.village-justice.com/articles/Illustration-mise-oeuvre,16574.html, consulté le 01/04/2014.

²⁰³¹ AKAM AKAM (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *RIDE*, vol. 21, 2007, p. 211 ; MESSAI (S.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, thèse Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, 784p ; MEUKE BERENGER (Y.), « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA », *Revue juridique tchadienne*, n° 12, p.1, Ohadata D-05-51 ; NEVRY (R.), « La révocation des dirigeants des sociétés commerciales : droit OHADA, droit français », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 84, 2007, p. 105 ; NGOUE WILLY (J.), « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », Ohadata D-05-52 ; COSSI SOSSA (D.), *La responsabilité des dirigeants de société et le nouveau droit de l'arbitrage interne et international*, Cotonou, CCIB, 1999.

dispositions régissant la responsabilité civile des dirigeants sociaux, il a en outre fixé celles des règles qui s'appliquent à leur responsabilité pénale, et plus précisément aux règles tenant à leur incrimination. Elles tiennent aussi bien à la constitution des sociétés (titre 1, articles 886-888), à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés (titre 2, art. 889-891), aux assemblées générales (titre 3, art. 892), aux modifications du capital des sociétés anonymes (titre 4, art. 893-896), au contrôle des sociétés (titre 5, art. 897-900), à la dissolution des sociétés (titre 6, art. 901), à la liquidation des sociétés (titre 7, art. 902-904), et en cas d'appel public à l'épargne (titre 8, art. 905).

La présente étude n'a pas vocation à s'étendre à la responsabilité pénale en cas de commission d'une infraction prévue par les droits nationaux des Etats membres²⁰³². Elle se limitera aux infractions prévues par le droit des sociétés de l'OHADA, dans les dispositions précitées. Elle n'a pas non plus vocation à saisir la responsabilité pénale des dirigeants sociaux pour des faits personnels en dehors de la qualité de dirigeants sociaux, mais plutôt pour ceux inhérents à l'exercice de leurs fonctions. Sauf un cas précis d'exonération, il ne s'agira pas non plus d'examiner les hypothèses très rares où le dirigeant chef d'entreprise peut engager sa responsabilité du fait des infractions commises par ses préposés. Ces infractions relatives au droit du travail et au droit pénal de l'environnement constituent pour l'essentiel des contraventions, alors que notre démonstration reposera sur les délits et les crimes commis involontairement par les dirigeants sociaux²⁰³³. La clarification des concepts qui posent le problème en étude constituera un préalable nécessaire à l'analyse, lequel permettra de circonscrire de manière précise le domaine de notre démonstration. Que faut-il en l'occurrence entendre par responsabilité pénale ou par infraction non intentionnelle ?

Sont pénalement responsables ceux qui ont l'obligation de répondre des infractions commises et de subir une peine correspondante fixée par le texte qui les réprime. Les dirigeants sociaux, qu'ils soient des dirigeants de

²⁰³² Pour quelques applications de ces infractions, voir notamment TCS, arrêt n° 022/CRIM/TCS du 30 août 2013, aff. MP et Etat du Cameroun (ADC) c. Ntongo Onguene Roger et Monti Ekani Gallus (détournement des deniers publics) ; TCS, arrêt n° 002/CRIM/TCS du 31 janvier 2013, aff. MP et Etat du Cameroun (Cameroon Civil Aviation Authority) c. Ntongo Onguene Roger et Fotso Yves Michel (détournement des deniers publics) ; CA Littoral, arrêt n° 44/CRIM du 18 juillet 2012, aff. MP et CNIC c/ Zacchaeus MUNGWE FORJINDAM et autres (coaction de détournement de deniers publics, intérêt dans un acte, complicité) ; CA Littoral, arrêt n° 38/CRIM du 11 juin 2009, aff. MP et PAD c/ Siyam Siewe Alphonse, Etonde Ekoto Eouard Nathanael, etc... (détournement de deniers publics, coaction de détournement de deniers publics, intérêt dans un acte, escroquerie foncière et complicité) ; CA Littoral, arrêt n° 72/CRIM du 30 nov. 2010, aff. MP et CUD c/ Mbassa Paul Michel, Mayinga Jacques, Etonde Ekoto et Djem Jean (détournement de deniers publics) ; CA Littoral, arrêt n° 18/CRIM du 10 mars 2009, aff. MP et Mairie de Njombe-Penja c/ Paul Eric Kingue et autres (faux et usage en écriture publique et authentique, détournement de deniers publics en coaction, concussion, faux dans un acte et complicité).

²⁰³³ Pour plus de développements sur la question, voir les Actes du colloque international ERSUMA/UE organisé les 19 et 20 mars 2015 à Douala sur *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA*.

droit, des dirigeants de fait, ou des dirigeants apparents ou occultes²⁰³⁴, n'échappent pas à la règle²⁰³⁵. Les dirigeants de droit, sur lesquels seront axés nos développements, sont des personnes physiques ou morales, ou encore des organes régulièrement désignés pour gérer la société et qui, à ce titre, assument légalement des fonctions de direction ou d'administration en son sein et l'engagent normalement à l'extérieur. Ont la qualité de dirigeants de droit : les gérants dans la société de personnes et dans la société à responsabilité limitée ; le conseil d'administration, le président-directeur général, le président du conseil d'administration, le directeur général dans la société anonyme et la société par action simplifiée à conseil d'administration ; l'administrateur général dans la société anonyme et la société par action simplifiée sans conseil d'administration.

La responsabilité pénale n'est pas un élément de l'infraction, mais l'effet de sa conséquence juridique. Plusieurs conditions sont donc requises pour qu'une personne, fût-elle dirigeant social, soit sanctionnée pénalement. Il faut en effet qu'une infraction soit imputable au dirigeant social²⁰³⁶ ; que ce dirigeant social ait commis une faute de gestion, de direction ou d'administration²⁰³⁷ ; et que cette faute résulte d'un acte injustifié²⁰³⁸. Les incriminations visées par l'AUDSCGIE sont en principe intentionnelles puisqu'elles supposent la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction. Elles reposent sur la volonté délibérée du dirigeant de société de poser un acte passible d'une sanction pénale. Le recours constant à l'adverbe « sciemment » marque l'attachement du législateur régional de l'OHADA au principe criminel de la nécessité d'une intention coupable. La plupart des infractions contenues dans l'AUDCG, l'AUS et l'AUPCAP sont intentionnelles, d'où leur exclusion de notre étude, laquelle ne se limitera qu'aux infractions contenues dans l'AUDSCGIE.

Epiloguer par conséquent sur les infractions non intentionnelles peut sembler *a priori* zélé, et *a posteriori* manquer d'objectif, l'intention criminelle étant, à côté des éléments matériels constitutifs de l'infraction, une condition

²⁰³⁴ Au sujet de ces dirigeants, il convient de préciser que l'AUDSCGIE ne vise expressément que les dirigeants de droit, contrairement à l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui concerne tous les dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait, apparents ou occultes.

²⁰³⁵ Pour plus de détails sur ce phénomène, voir Actes du colloque international ERSUMA/UE précité ; MILINGO ELLONG (J. J.), « De la responsabilité pénale des dirigeants sociaux dans l'espace communautaire de l'OHADA », contribution rédigée lors de l'Université d'été 2009 du Club Horizon OHADA tenu à l'Université d'Orléans, sur La bonne gouvernance, pp. 63-66, <http://www.ohada.com/content/newsletters/643/Dossier-Pedagogique.pdf>, MASCALA (C.), « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux », *JCP, La semaine juridique*, n°3, 2001, p. 22 ; MARLY (P.), « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux en matière financière », in l'Université d'été 2009 du Club Horizon OHADA, *op. cit.* ; NJOYA NKAMGA (B.), *Les dirigeants sociaux*, thèse, Université de Dschang, 2006-2007, p. 333 et s.

²⁰³⁶ C'est l'imputabilité.

²⁰³⁷ C'est la culpabilité.

²⁰³⁸ C'est la non-justification.

sine qua non de mise en œuvre de la responsabilité pénale. Elle est à l'infraction ce que la volonté est au contrat, la source des obligations par excellence. Dès les premières années du XIXe siècle, la Cour de cassation française avait affirmé et réaffirmé que certaines infractions sont des infractions matérielles²⁰³⁹ dans la mesure où il « *suffit que le fait soit matériellement constaté* » pour que le délinquant soit répréhensible, indépendamment de la démonstration par le ministère public d'une faute intentionnelle ou non intentionnelle à la charge de ce délinquant²⁰⁴⁰. Les contraventions et les délits-contraventions, c'est-à-dire les délits assimilés aux contraventions, en sont quelques illustrations patentes. C'est sans doute ce qu'a voulu reproduire le législateur de l'OHADA en consacrant les infractions non intentionnelles.

La société commerciale étant une entité indispensable au développement économique et social d'une société ou d'une communauté donnée, il est impératif de la protéger contre toutes atteintes plus ou moins volontaires susceptibles d'impacter sur son crédit, et précisément celles venant des dirigeants sociaux. Une telle démarche n'est ni impossible, ni inutile. Si elle participe indubitablement du renforcement de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux, elle aboutira certainement à un assainissement du monde des affaires ainsi qu'à une démocratisation de la gestion sociale des entreprises sous le prisme contemporain de l'exigence de la bonne gouvernance ou de la gouvernance d'entreprise.

Concrètement, les infractions non intentionnelles renvoient aux infractions survenues du fait de l'imprudence, de la négligence, du défaut d'adresse et de précaution, de la maladresse ou de l'inattention du dirigeant pénalement responsable. Elles sont indépendantes de l'intention de l'auteur et sont réprimées en raison de la seule violation des dispositions textuelles. L'AUDSCGIE de 1993 en avait dressé une liste allant de la constitution de la société à sa dissolution, en passant par son organisation et son fonctionnement. Dans le souci de protéger tous les intérêts en présence, notamment celui de la société, des associés et des tiers, le nouvel Acte uniforme révisé le 30 janvier 2014 et entré en vigueur le 5 mai 2014 est venu renforcer dans certains aspects la responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait de ces infractions.

L'idéal ne serait donc pas ici de se cantonner à une présentation schématique des hypothèses de responsabilité pénale des dirigeants sociaux pour chuter sur sa mise en œuvre et ses effets. Il s'agira plutôt, dans une perspective constructive et évolutive, de ressortir le dynamisme de la

²⁰³⁹ Cf. Crim., 22 février 1844, B., 59 ; Crim., 12 mai 1871, S., 1872.1.48 ; Crim., 16 juillet 1898, S., 1900.1.109 ; Crim., 22 novembre 1912, B., 570 ; Crim., 7 mars 1918, S., 1921.1.89.

²⁰⁴⁰ Cf. MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t.1, Paris, 5^e éd. Cujas 1984, ° 555, p.695.

responsabilité pénale des dirigeants, afin de proposer des éléments pouvant permettre à ceux-ci d'échapper à leur mise en œuvre à travers des formules plus ou moins textuelles. Au regard de l'extension des pouvoirs des dirigeants sociaux, leur responsabilité mérite également d'être renforcée. C'est reconnaître qu'en réalité, la responsabilité pénale des dirigeants sociaux est à la mesure de leurs pouvoirs²⁰⁴¹. La question centrale qui se pose est celle de l'effectivité de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait des infractions non intentionnelles. En filigrane, quelle serait l'étendue de cette responsabilité ? Mieux, son régime est-il identique à celui des infractions intentionnelles ?

Un constat s'impose. L'on observe en effet que si le législateur de l'OHADA a renforcé la responsabilité pénale des dirigeants sociaux, même en présence d'infractions non intentionnelles, il est certain que cette responsabilité demeure restreinte. Cette restriction est observable tant au niveau de la consécration de cette responsabilité qu'au niveau des hypothèses d'exonération. Concrètement, la responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles a été consacrée de façon timorée d'une part (I.) et, d'autre part, sa mise en œuvre peut toujours être évitée (II.).

I. Une consécration timorée de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles

Comme la responsabilité civile, la mise en œuvre de la responsabilité pénale suppose la réunion de plusieurs conditions : la faute, le dommage et le lien de causalité. Mais, contrairement à la responsabilité civile qui obéit à des méthodes précises, la responsabilité pénale s'opère de la même manière que le droit commun de la responsabilité. Lorsqu'une infraction est constatée, elle ne peut être mise en œuvre qu'au travers d'une action publique ou civile. L'infraction repose non seulement sur l'incrimination, mais également sur la sanction. En droit des affaires de l'OHADA, le législateur a non seulement limité les incriminations résultant d'infractions non intentionnelles (A.), mais également dispersé les sanctions attachées à ces incriminations (B.).

A. La limitation des incriminations

Incriminer c'est ériger un fait en infraction, c'est-à-dire en crime, en délit ou en contravention. En vertu de l'article 5 du traité constitutif de l'OHADA de 1993, « (1) Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent traité sont qualifiés "actes uniformes". (2) Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. (3) Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues. ». La troisième partie de l'AUDSCGIE a inclus de nombreuses

²⁰⁴¹ Sur ces pouvoirs, voir KUASSI (F.-K.), « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », Rev. Soc. 2013, p. 467.

dispositions d'incriminations concernant des infractions non intentionnelles. L'on constate à l'observation que leur champ d'application est très limité.

En effet, parmi les vingt et un dispositions pénales que comptent la partie 3 de l'AUDSCGIE, seules sept sont consacrées à la responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles. Bien qu'elles ne couvrent pas l'ensemble des domaines encadrés par cette partie, les incriminations prévues touchent tout de même à quatre domaines sensibles des sociétés commerciales.

La première incrimination est relative à la constitution des sociétés. Elle est prévue à l'article 886 dudit Acte. En vertu de cette disposition, « *Constitue une infraction pénale, le fait, pour les fondateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme d'émettre des actions avant l'immatriculation ou à n'importe quelle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée.* ». Deux hypothèses sont envisageables ici : celle où l'émission des actions est consécutive à une immatriculation frauduleuse ; et celle où cette émission intervient lorsque la société est irrégulièrement constituée. Si la première hypothèse suppose une intention coupable, la seconde concerne bel et bien une infraction non intentionnelle. L'irrégularité dans la constitution d'une société commerciale peut être volontaire ou non. Il s'agit d'un préalable à l'infraction, qui concerne l'inobservation de certaines règles relatives à la constitution des sociétés anonymes. Le non respect du nombre minimal d'actionnaires, le défaut de souscription intégrale du capital, les irrégularités dans la libération d'actions, le défaut de publication de la notice d'information s'agissant des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne en constituent quelques exemples.

Le législateur de l'OHADA ne requiert donc pas dans ce cas une intention frauduleuse, c'est la matérialité de la faute qui est nécessaire bien qu'elle soit présumée. Il s'agit des délits de fonction car le législateur a souhaité sanctionner certaines infractions commises par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Il les a alors limités à la société anonyme et à la société par actions simplifiées alors qu'il pouvait l'étendre à toutes les formes de sociétés²⁰⁴².

Pour échapper à la mise en œuvre de leur responsabilité pénale du fait de ces infractions non intentionnelles, il revient aux fondateurs, aux

²⁰⁴² Ce qui ne sous-entend pas une transposition systématique et automatique des infractions non intentionnelles des sociétés de capitaux aux sociétés des personnes, compte tenu des particularités de chaque type de société. Dans ce cas, le législateur peut prévoir une disposition suivant laquelle « *Constitue une infraction pénale, le fait, pour les fondateurs ou les gérants d'une société en nom collectif, d'une société en commandite simple d'émettre des parts avant l'immatriculation ou à n'importe quelle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée.* ».

présidents directeurs généraux, aux directeurs généraux, aux administrateurs généraux ou aux administrateurs généraux des sociétés anonymes de vérifier la régularité de la constitution de ladite société avant de procéder à l'émission de titres. L'immatriculation de la société constituant une étape essentielle à la vie de la société, celle qui lui confère notamment la personnalité juridique, il va de soi que certaines opérations d'importance telles que l'émission d'actions ne doivent être effectuées qu'en l'absence d'irrégularités dans sa constitution.

Les deuxièmes, les plus nombreuses, sont inhérentes à l'augmentation du capital. Elles sont prévues aux articles 893, 893-1 et 894 de l'AUDSCGIE. D'après l'article 893, encourent des sanctions pénales les dirigeants de SA ou de SAS qui émettent des actions ou des coupures d'actions avant l'établissement du certificat du dépositaire, en cas d'irrégularités des formalités préalables à l'augmentation du capital, la non libération intégrale du capital antérieurement souscrit ou de la prime d'émission, la non libération des actions nouvelles d'un quart au moins de leur valeur nominale au moment de la souscription, le non maintien des actions de numéraire sous forme nominative jusqu'à leur entière libération. On le voit bien, cette responsabilité ne concerne que les dirigeants de sociétés de capitaux.

L'article 894 de l'AUDSCGIE est également limitée aux sociétés de capitaux (SA et SAS)²⁰⁴³. Dans cette disposition, le législateur de l'OHADA entend protéger non seulement les actionnaires, mais également les obligataires. L'augmentation de capital peut se traduire par l'entrée de nouveaux actionnaires dans la société, lesquels viendront inéluctablement concurrencer les actionnaires anciens. Pour protéger ces derniers, le législateur de l'OHADA leur a accordé un droit préférentiel de souscription, et a étendu ce droit à certains obligataires, notamment ceux qui sont titulaires de bons de souscription.

En matière d'émission de titre avant la réforme, l'AUDSCGIE a laissé planer le doute sur l'émission irrégulière de parts sociales lors de l'augmentation du capital. Désormais, le législateur a renforcé la responsabilité des gérants de SARL²⁰⁴⁴ en prévoyant à l'article 893-1 dudit Acte que ceux-ci encourent une responsabilité pénale lorsqu'ils émettent des parts sans que ces nouvelles parts n'aient été libérées de la moitié au moins de

²⁰⁴³ « Encourent des sanctions pénales, les dirigeants sociaux qui, lors d'une augmentation de capital :

1°) n'auront pas fait bénéficier les actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, d'un droit préférentiel de souscription des actions de numéraire lorsque ce droit n'a pas été supprimé par l'assemblée générale et que les actionnaires n'y ont pas renoncé ;

2°) n'auront pas fait réserver aux actionnaires un délai de vingt jours au moins, à dater de l'ouverture de la souscription, sauf lorsque ce délai a été clos par anticipation ;

3°) n'auront pas attribué les actions rendues disponibles, faute d'un nombre suffisant de souscription à titre irréductible, aux actionnaires qui ont souscrit à titre réductible un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre irréductible, proportionnellement aux droits dont ils disposent ;

4°) n'auront pas réservé les droits des titulaires de bons de souscription. ».

²⁰⁴⁴ C'est-à-dire une société à responsabilité limitée.

leur valeur nominale au moment de la souscription. « *Cette exigence rappelle les nouvelles dispositions qui rendent désormais possibles la libération de la moitié au moins des parts représentant des apports en numéraire pour les sociétés à responsabilité limitée, contre la libération de la totalité avant leur entrée en vigueur* »²⁰⁴⁵. Comme pour les précédentes infractions, aucune intention criminelle n'est requise pour que l'infraction soit constituée. Celle-ci est la résultante de l'émission de parts nouvelles et vise à « *protéger les anciens associés et parer à toute éventualité d'émission irrégulière de parts sociales* »²⁰⁴⁶.

Les troisièmes tiennent au contrôle des sociétés et sont prévues à l'article 897 de l'AUDSCGIE. En vertu de cette disposition, « *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui n'ont pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société ou ne les ont pas convoqués aux assemblées générales.* ». Le contrôle des comptes sociaux est une obligation légale d'ordre public exercé soit par les associés, soit en principe par les commissaires aux comptes. Il est le gage de la fiabilité de l'information financière donnée aux différentes parties prenantes. Or, il peut arriver que les dirigeants sociaux fassent obstacle aux vérifications des commissaires aux comptes, ou refusent de leur communiquer des documents utiles. La sanction du défaut de désignation du commissaire aux comptes et ou celui de leur convocation à l'assemblée générale constitue un moyen nécessaire et efficace pour parer à cette situation.

Les quatrièmes enfin se rapportent à l'appel public à l'épargne. Elles sont régies par les articles 905 de l'AUDSCGIE²⁰⁴⁷. L'émission des valeurs mobilières doit respecter un certain formalisme, une certaine publicité, à défaut de quoi les dirigeants sociaux émetteurs peuvent engager leur responsabilité pénale. L'exigence du respect des règles de publicité préalablement à l'émission de valeurs mobilières vise à assurer une plus

²⁰⁴⁵ PriceWaterHouseCoopers, OHADA. *Principales innovations de l'Acte uniforme révisé du 30 janvier 2014*, 2014.

²⁰⁴⁶ *Op. cit.*

²⁰⁴⁷ « *Encourent une sanction pénale, les présidents, les administrateurs ou les directeurs généraux de société qui ont émis des valeurs mobilières offertes au public :*

1°) *Sans qu'une notice soit insérée dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, préalablement à toute mesure de publicité ;*

2°) *Sans que les prospectus et circulaires reproduisent les énonciations de la notice prévue au 1°) du présent article, et contiennent la mention de l'insertion de cette notice au journal habilité à recevoir les annonces légales avec référence au numéro dans lequel elle a été publiée ;*

3°) *Sans que les affiches et les annonces dans les journaux reproduisent les mêmes énonciations, ou tout au moins un extrait de ces énonciations avec référence à ladite notice, et indications du numéro du journal habilité à recevoir les annonces légales dans lequel elle a été publiée ;*

4°) *Sans que les affiches, les prospectus et les circulaires mentionnent la signature de la personne ou du représentant de la société dont l'offre émane et précisent si les valeurs offertes sont cotées ou non et, dans l'affirmative, à quelle bourse.*

La même sanction pénale sera applicable aux personnes qui auront servi d'intermédiaires à l'occasion de la cession de valeurs mobilières sans qu'aient été respectées les prescriptions du présent article. ».

complète information des porteurs de valeurs mobilières. Les dirigeants sociaux doivent en effet assurer une large publicité de la situation de la société qu'ils dirigent ainsi que les résultats de leur société pour une meilleure protection des épargnants. La recherche de protection des intérêts des épargnants et de l'épargne a sans doute été l'élément déclencheur des poursuites pénales dirigées contre les dirigeants de la Communauté Urbaine de Douala dans le cadre de l'emprunt obligataire de sept milliards lancé le mars 2005 au Douala Stock Exchange²⁰⁴⁸. Une fois de plus, cette exigence se limite aux sociétés par actions de l'OHADA. Cette limitation révèle la volonté du législateur de l'OHADA de ne pas étendre hors proportion la responsabilité des dirigeants sociaux du fait de leurs infractions non intentionnelle.

B. La dispersion des sanctions

La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés commerciales de l'OHADA peut être engagée du fait d'infractions non intentionnelles. L'AUDSCGIE a prévu de nombreuses incriminations, et les législateurs nationaux doivent prendre des sanctions y afférentes. A ce jour, seules trois Etats membres ont pris des textes dans ce sens : le Sénégal à travers la loi n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le Cameroun par le biais de loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA, et la République centrafricaine à travers la loi n° 10.001 du 6 janvier 2010 portant code pénal centrafricain.

Les sanctions découlant des infractions commises non intentionnellement par les dirigeants sociaux de l'OHADA sont prévues aux articles 8, 9 et suivants pour ce qui est de la loi sénégalaise, aux articles 11, 12, 15 et 23 en ce qui concerne la loi camerounaise, et aux articles 211, 217, 218, 221 et 229 du code pénal centrafricain. L'observation de ces dispositions révèle une totale dispersion des sanctions, toutes choses qui cadrent mal avec les impératifs poursuivis de sécurité, de fiabilité et d'efficacité.

S'agissant en l'occurrence de l'émission d'actions en cas d'irrégularités à l'occasion de la constitution de la société, prévue à l'article 886 de l'AUDSCGIE, la disparité des sanctions est patente. Par ordre croissant de gravité, la loi sénégalaise a retenu comme peine une amende de 100.000 à 1.000.000 FCFA ; la loi camerounaise a prévu une peine allant de 3 mois à 3 ans de prison et une amende de 500.000 à 5.000.000 FCFA ou l'une des deux peines seulement ; et la loi centrafricaine retient une peine d'emprisonnement

²⁰⁴⁸ En ce sens, voir TGI Wouri, jugement criminel du 12 octobre 2012, aff. MP et CUD Finance c/ Etondè Ekotto Edouard ; Paul Michel Lamine Mbassa, et autres.

de 1 à 5 ans et/ou une amende de 1.000.000 à 5.000.000 FCFA. L'on comprend que si le Sénégal ne retient qu'une peine d'amende, le Cameroun et la République centrafricaine sont assez répressifs dans la mesure où en plus d'une amende 5 fois plus élevée, ils retiennent des peines d'emprisonnement.

La dispersion des sanctions s'observe également au sujet des infractions inhérentes à l'augmentation du capital. Ces dernières, nous l'avons dit, sont prévues aux articles 893, 893-1 et 894 de l'AUDSCGIE.

En cas de violation de l'article 893, la sanction varie d'un pays à un autre. L'on observe alors que si au Sénégal, la sanction retenue est de 100.000 à 1.000.000 FCFA d'amende, et 1 mois à 1 an d'emprisonnement, au Cameroun cette sanction est plutôt de 3 mois à 3 ans d'emprisonnement et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 FCFA ou l'une des deux peines, tandis qu'elle qu'en République centrafricaine, elle est d'une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans, et/ou d'une amende de 1.000.000 à 5.000.000 FCFA.

Pour ce qui est de la violation de l'article 894, la loi sénégalaise prévoit une amende de 100.000 à 1.000.000 FCFA. Au Cameroun cette sanction est plutôt de 3 mois à 3 ans d'emprisonnement et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 FCFA ou l'une de ces deux peines seulement, tandis qu'elle qu'en République centrafricaine, elle est d'une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans, et/ou d'une amende de 1.000.000 à 5.000.000 FCFA.

L'article 893-1 étant nouveau, il conviendra aux Etats membres de prendre des mesures pour articuler ces lois aux nouvelles dispositions de l'AUDSCGIE.

La sanction de la violation de l'article 897 de l'AUDSCGIE relatif au défaut de désignation des commissaires aux comptes et de leur convocation aux assemblées générales diffère également d'un pays à un autre. Au Sénégal, la loi prévoit une amende de 100.000 à 1.000.000 FCFA, et 1 mois à 1 an d'emprisonnement, ou l'une de ces deux peines seulement. Au Cameroun, la peine retenue est de 2 à 5 ans d'emprisonnement, et une amende de 500.000 à 5.000.000 FCF, ou l'une de ces deux peines. En République centrafricaine enfin, les dirigeants responsables encourent une peine d'emprisonnement de 6 mois à deux ans et/ou d'une amende de 500.000 à 2.000.000 FCFA.

Cette disparité de la sanction s'observe également en cas de violation de l'article 905 sur l'émission des valeurs mobilières en méconnaissance des exigences de publicité. Au Sénégal, la peine retenue est une amende de 200.000 à 2.000.000 FCFA. Au Cameroun, il faut compter 3 mois à 3 ans d'emprisonnement, et une amende de 100.000 FCFA, ou de l'une de ces deux peines seulement ; et en République centrafricaine, il s'agit d'une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans, et/ou d'une amende de 1.000.000 à 5.000.000 FCFA.

Une telle disparité appelle nécessairement une harmonisation au regard des objectifs que s'est assignée l'OHADA. Contrairement aux dires de certains auteurs, si l'harmonisation du régime de responsabilité des dirigeants sociaux de l'OHADA porte un sérieux coup au principe de la légalité criminelle, il est fort contestable – l'OHADA étant l'œuvre des Etats – de penser, sinon en théorie, que la souveraineté de ces Etats volera en éclat²⁰⁴⁹. Il est des domaines où les Etats ont abandonné leurs missions régaliennes entre les mains des particuliers sans que ces domaines n'affectent la souveraineté. Il n'est pas impossible, l'OHADA étant une affaire des Etats, que le droit pénal des affaires soit entièrement confié à l'OHADA, lequel procédera soit de préférence par l'insertion des sanctions identiques dans l'AUDSCGIE, soit exceptionnellement par l'adoption d'un Acte uniforme, qu'il faudra revoir chaque fois qu'un Acte est révisé. Mais, la responsabilité pénale étant sérieuse pour les dirigeants de sociétés et pour les sociétés elles-mêmes, il convient de prendre les mesures permettant au mieux de les en exonérer. C'est ce qu'il convient désormais d'appréhender.

II. L'évitement de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait des infractions non intentionnelles

Le dirigeant social auteur d'une infraction non intentionnelle doit en assumer les conséquences en versant une amende et/ou en supportant une peine privative de liberté dont le quantum est prévu par un texte. Il arrive parfois que ce dirigeant commette des faits qui, matériellement, constituent une infraction, et qu'il ne tombe pas sous le coup de la loi répressive. C'est généralement le cas en présence des causes de non-imputabilité²⁰⁵⁰ ou des faits justificatifs²⁰⁵¹. L'AUDSCGIE n'a pas tenu compte de ces différentes hypothèses qui ressortissent de la compétence du législateur national.

Il arrive également que, sans qu'il ait l'intention de commettre l'infraction, le dirigeant social répréhensible s'exonère de sa responsabilité. Les hypothèses d'évitement de la responsabilité pénale dans ce cas, bien que peu courantes, n'en sont pas moins présentes. Certaines sont volontaires parce qu'elles émanent de la volonté des dirigeants sociaux, chefs d'entreprise.

²⁰⁴⁹ En réalité, on ne peut pas reprocher à un législateur national souverain de retenir des sanctions pénales différentes des autres législateurs nationaux. On ne peut pas non plus systématiquement reprocher à l'OHADA d'avoir refusé de s'engouffrer dans la détermination des sanctions. Les écarts économiques et autres entre les économies des Etats membres confortent davantage cette posture dans un souci d'adaptabilité et d'efficacité. Mais, l'impératif d'intégration économique constitue une raison suffisante pour pallier ces divergentes inter-étatiques. A défaut d'harmonisation de la législation pénale, le législateur de l'OHADA aurait tout au moins pu, que de faire preuve de bon sens, prévoir des règles de conflits de lois au cas où plusieurs textes nationaux applicables seraient en conflit. Dans ce sens, le lieu de la commission de l'infraction devrait être retenu, et conditionner la sanction applicable.

²⁰⁵⁰ L'on peut notamment citer : le délabrement mental, la contrainte irrésistible et l'erreur sur le droit.

²⁰⁵¹ Il s'agit de l'ordre de la loi, la légitime défense, l'état de nécessité et le consentement de la victime.

Elles découlent alors de la délégation du pouvoir patronal (A.). D'autres en revanche sont involontaires parce qu'elles dérivent de l'écoulement du temps, qu'ils soient chefs d'entreprise ou organe de la société. La prescription constitue dans ce cas un exemple de choix (B.).

A. *L'évitement de la responsabilité par la délégation de pouvoir*

En matière pénale, la délégation de pouvoir ou de compétence est l'un des multiples mécanismes exonérateurs de responsabilité par lequel un dirigeant social apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller à la bonne observation des dispositions en vigueur, avec pour effet de transférer sa responsabilité au délégataire. Cette longue définition contient les conditions et les effets du mécanisme de délégation de pouvoir. En France, la délégation des pouvoirs a été consacrée dès la fin du XIXe siècle, mais ce n'est que progressivement que la jurisprudence va dégager les contours de ce mécanisme que le législateur s'était refusé à consacrer jusqu'à la loi du 13 mai 1996.

En droit pénal de l'espace OHADA, le législateur n'a pas encore consacré le mécanisme de la délégation du pouvoir. Plusieurs dispositions de l'AUDSCGIE fixent des règles relatives à l'empêchement des dirigeants sociaux, qu'il ne faut pas confondre avec le mécanisme de la délégation des pouvoirs, lequel opère en cas d'empêchement ou non. Limitées aux sociétés anonymes, alors que la délégation peut jouer dans toute forme de société²⁰⁵², ces dispositions prévoient qu'en cas d'empêchement temporaire²⁰⁵³ du président directeur général (art. 468), du président du conseil d'administration (art. 491), de l'administrateur général (art. 508)²⁰⁵⁴, le conseil d'administration peut déléguer, pendant la durée qu'il fixe, un autre administrateur ou directeur général dans ces fonctions. En cas d'empêchement de l'administrateur général, ses fonctions sont exercées par l'administrateur général adjoint ou par toute personne que l'assemblée générale ordinaire des actionnaires juge bon de désigner.

La situation est identique s'agissant du juge national ou régional de l'espace OHADA, qui, malgré la pratique réelle du pouvoir de délégation, n'a pas à notre connaissance consacré ce mécanisme. C'est l'un des juges du monde qui recourt très peu à son pouvoir normateur. Pourtant, comme l'observent Jacques BORRICAND et Anne-Marie SIMON, « *le seul mécanisme exonérateur efficace est la délégation de pouvoir à un subordonné* »²⁰⁵⁵. Il

²⁰⁵² A l'exception bien entendu de celles où le dirigeant social a les moyens de tout contrôler seul.

²⁰⁵³ L'idée d'empêchement définitif étant très éloignée des rives de la délégation des pouvoirs.

²⁰⁵⁴ L'article 728 fixe les règles similaires en cas d'empêchement du commissaire aux comptes.

²⁰⁵⁵ *Droit pénal. Procédure pénale*, éd. Sirey, 1998, p. 130.

serait donc intéressant pour ces jurislatoeurs de s'inspirer des solutions ayant déjà fait leur preuve sous d'autres cieux, pour les adapter à leur environnement juridique. Un tel encadrement aura d'ailleurs l'avantage de l'isoler des mécanismes qui lui ressemblent.

En fait, la délégation suppose pour sa validité un certain nombre de conditions²⁰⁵⁶. D'après la jurisprudence française de 1993, le dirigeant social « a délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des prescriptions réglementaires ». C'est dire premièrement que le principe de la délégation suppose l'existence d'une subordination salariale entre le délégant et le délégataire²⁰⁵⁷. Dans les cas d'empêchement prévus par le droit OHADA, il ne s'agit pas d'une hypothèse de subordination. Il faut encore deuxièmement que le délégataire qui accepte la délégation ait été désigné par le délégant. Or, dans la plupart des cas d'empêchement prévus par l'OHADA, le dirigeant est désigné par le conseil d'administration, les statuts ou l'assemblée générale ordinaire. Troisièmement par ailleurs, en choisissant son délégataire, le délégué doit s'assurer que celui-ci dispose des compétences techniques requises et de l'autorité suffisante pour remplir une tâche ou la faire remplir par les employés placés sous son autorité. Quatrièmement enfin, le délégué doit mettre à la disposition du délégataire les moyens suffisants à la réalisation de la mission déléguée. Elle n'est pas un « abandon de pouvoir », c'est la raison pour laquelle il importe de la limiter temporellement dans un domaine précis. Sa preuve pouvant se faire par tous moyens, elle incombera à celui qui l'invoque. Une délégation qui ne remplit pas ces conditions produira difficilement, de manière pleine et entière, toute son efficacité, celle d'une « mesure de saine gestion de l'entreprise »²⁰⁵⁸.

L'hypothèse d'une subdélégation de pouvoirs peut être envisagée en droit de l'OHADA. Mais, en l'état actuel des mentalités, et de la cascade des responsabilités que ce mécanisme pourrait entraîner, il semble plus sécurisant de le déconseiller. Encore que la prescription, comme la délégation, constituer un moyen d'évitement de la responsabilité des dirigeants sociaux.

B. L'évitement de la responsabilité par la prescription de l'action

²⁰⁵⁶ Les solutions retenues ici sont celles qui ont été retenues par la Cour de cassation françaises dans pas moins de cinq arrêts rendus le 11 mars 1993.

²⁰⁵⁷ L'hypothèse de la délégation est néanmoins envisageable dans les sociétés de groupe où le membre de la société filiale, le délégataire, est placé sous une autorité hiérarchique et non sous une subordination salariale.

²⁰⁵⁸ Christophe LANDAT, « La prévention du risque pénal du dirigeant d'entreprise : la délégation de pouvoirs », www.village-justice.com/articles/prevention-risque-penal-dirigeant,7412.html, consulté le 01/04/2014. Adde Paul BUISSON, « Comment se protéger contre le risque pénal lorsque l'on est dirigeant d'entreprise ? », www.village-justice.com/articles/protection-risque-penal,6917.html, consulté le 01/04/2014.

Comme le procès, l'action en justice s'inscrit dans le temps. Les personnes victimes d'une infraction commise plus ou moins intentionnellement par les dirigeants sociaux doivent agir dans un temps déterminé²⁰⁵⁹. Le défaut d'agir au-delà d'un certain temps entraîne l'extinction de l'action et rend de ce fait toute poursuite impossible. C'est la prescription de l'action en matière pénale²⁰⁶⁰.

Contrairement à la prescription de l'action des dirigeants sociaux en matière civile, qui obéit à un régime de responsabilité abrégé²⁰⁶¹, l'action en responsabilité pénale des dirigeants sociaux semble plus rigoureuse, bien qu'elle ne s'inscrive pas forcément dans la même logique que le régime de responsabilité de droit commun. Au Cameroun par exemple, en droit commun de la responsabilité pénale, l'action publique se prescrit par 10 ans pour les crimes, 3 ans pour les délits et 1 an pour les contraventions. Les infractions prévues par le droit OHADA ne sont pas d'ordre contraventionnel. C'est ce qui justifie aussi l'exclusion des infractions commises non intentionnellement par les dirigeants sociaux en leur qualité de chef d'entreprise qui pour la plupart sont des contraventions, et relèvent du domaine du droit du travail ou de l'environnement. L'action civile en revanche, en ce qu'elle tend à la réparation du dommage causé par une infraction, se prescrit selon qu'elle est exercée devant la juridiction répressive ou civile. Lorsqu'elle est exercée devant la juridiction répression, elle se prescrit selon les règles de l'action publique, c'est-à-dire 10 ans pour les crimes, 3 ans pour les délits et 1 an pour les contraventions. Lorsqu'elle en en revanche mise en œuvre devant la juridiction civile, elle se prescrit selon les règles du Code civil, c'est-à-dire en principe 30 ans.

Au pénal en effet, il faut se rendre compte pour le regretter, le législateur « ohadien » n'a malheureusement pas harmonisé le régime de la prescription des actions en responsabilité pouvant être dirigées contre les dirigeants sociaux. S'il a en effet prévu les délais de prescription de l'action lorsque les faits dommageables sont qualifiés de crimes, il est resté silencieux lorsque ces faits constituent des délits.

Qu'il s'agisse des infractions commises lors de la constitution de la société, de son fonctionnement et de sa dissolution, l'AUDSCGIE a retenu un régime unitaire de 10 ans lorsque le fait dommageable est qualifié de crime.

²⁰⁵⁹ Lequel ne doit pas être confondu avec le temps dans lequel s'inscrit le déroulement du procès.

²⁰⁶⁰ Elle se distingue de la prescription de la peine. Toute peine qui n'a pas été mise à exécution dans le délai de 20 ans pour les crimes, 5 ans pour les délits, et 3 ans pour les contraventions ne peut plus être subie.

²⁰⁶¹ En effet, pour limiter dans le temps la responsabilité civile qui pèse sur les dirigeants sociaux, le délai de prescription abrégé de trois ans a été retenu dans tous les (alors qu'il est de 10 ans en droit commun de la responsabilité), à l'exception de deux hypothèses : 5 ans pour les actions contre les associés non liquidateurs ou leurs conjoints survivants, héritiers ou ayants-causes ; et de 6 mois pour les actions en nullité d'une fusion. en ce sens, voir les articles 77, 80, 164, 165, 170, 221, 222,251, 256, 316, 332, 346, 445, 727, 739, 743 de l'AUDSCGIE.

C'est notamment le cas de l'action individuelle (art. 164 al. 2), l'action sociale (art. 170 al. 2), l'action individuelle ou sociale contre le gérant (art. 332), contre les administrateurs ou l'administrateur général (art. 743)²⁰⁶².

Dans le silence de l'AUDSCGIE en matière de délits, il est fort probable que le délai de prescription de l'action de droit commun soit retenu ; toutes choses qui risquent de créer des disparités dans la mise en œuvre cette responsabilité. En droit pénal camerounais précisément, ce délai est de 3 ans.

Dans tous les cas, la prescription qu'elle soit de 3 ou de 10 ans court à compter du jour où le délit ou le crime est apparu, de sa révélation s'il a été dissimulé, et a pu être constaté dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique ou civile.

Cette harmonisation du régime des actions en responsabilité participe sinon d'un souci d'efficacité dans leur mise en œuvre, du moins dans la recherche d'une meilleure sauvegarde des intérêts de toutes les parties en présence. Une telle démarche mériterait tout de même d'être revisitée, s'agissant précisément du point de départ du délai de prescription de l'action. En application de l'AUDSCGIE, le point de départ de ce délai est le fait dommageable ou sa révélation. Comme dans l'exercice du pouvoir politique en Afrique, la tendance à la perpétuation des dirigeants sociaux dans la gestion, la direction et l'administration des affaires sociales est avérée. Cela présente de retarder ou d'annihiler complètement l'exercice de cette action. En effet, il y a le risque que par des manœuvres plus ou moins directes, le fait dommageable ou sa révélation ne se fasse pas, sinon que longtemps après que le dirigeant social ait quitté la société.

Il convient donc, si tant il est vrai que l'action en responsabilité permet d'assainir le monde des affaires et que la prescription concourt à la même finalité en lavant les souffrances endurées, il est tout à fait convenable de prévoir que cette révélation jouera même si les dirigeants sociaux pénalement responsables ne sont plus en fonction dans la société. Et ce ne sera que justice car comme le disait Portalis dans son discours préliminaire du Code civil, « *La lecture des lois pénales d'un peuple peut donner une juste idée de sa morale publique et de ses mœurs privées* ».

²⁰⁶² Sur les d'autres actions en responsabilité, voir les articles 221 (contre le liquidateur), 727 (contre le commissaire aux comptes).

« L'assurabilité du risque de développement dans l'espace CIMA ? »

Par BEKADA EBENE Christiane Nicole

Assistante à la faculté des sciences juridiques et politiques
Université de Douala

Le développement technologique et scientifique du monde contemporain revêt de plus en plus un caractère progressif considérablement accentué. Cette vitesse qui s'accroît du jour au jour se voit dans tous les domaines qui touchent la vie du consommateur. Ainsi le domaine industriel n'a pas fait l'exception, car divers produits sont fabriqués et mis sur le marché pour être consommés par le public sous la seule condition d'en payer le prix convenu²⁰⁶³. En effet, la mise en circulation de ces produits ne va pas sans risques, certains défauts peuvent être découverts plus tard, surtout lorsque ceux-ci ont été prouvés grâce à un progrès de connaissances très avancé. Il est alors évident que ces défauts soient la cause, d'une manière ou d'une autre, d'éventuels. Ce qui implique la nécessité de réparation des dommages subis par les victimes du fait des produits défectueux. D'ailleurs, dans la plupart des pays africains en voie de développement, l'on assiste régulièrement au retrait des produits sur le marché pour des raisons d'insécurité²⁰⁶⁴.

Par produit défectueux, on entend « *tout meuble naturel ou industriel, brut ou manufacturé, même incorporé dans un autre meuble ou immeuble qui n'offre pas la sécurité à la quelle on peut légalement s'attendre* »²⁰⁶⁵. Selon l'article 1386 du code civil français, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Pour une certaine doctrine²⁰⁶⁶, le produit est défectueux lorsqu'il n'est pas conforme à l'attente légitime de celui auquel il est fourni en exécution d'un contrat, parce qu'il n'a pas les qualités convenues ou qu'il n'est pas apte à l'usage auquel on le destine.

De toutes ces définitions, l'on peut retenir qu'un produit défectueux est celui qui est impropre à la consommation. La défectuosité d'un produit peut être actuelle ou future. Elle est actuelle lorsqu'il est possible de la déceler dès la fabrication du produit. Ici, l'origine du défaut se situe toujours en cours d'exploitation de l'entreprise. Il peut s'agir « *d'une erreur, une maladresse ou de la négligence commise à l'occasion d'une opération intellectuelle ou technique lors de la conception, de la fabrication, du conditionnement ou de la distribution du produit* »²⁰⁶⁷. Cette défectuosité peut recouvrir différentes situations, notamment le vice

²⁰⁶³ A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais*, UNR, Butare, 2005, p. 277.

²⁰⁶⁴ Dans le domaine de la santé, l'utilisation de certains médicaments a été proscrite malgré la réticence des médecins et des patients. C'est le cas du flavoquine, de l'artequin, du quinimax et bien d'autres encore. En matière d'alimentation, l'on assiste récemment au retrait de certaines pattes alimentaire sur le marché camerounais. Ces exemples se multiplient au fil du temps.

²⁰⁶⁵ Article 2.c de la convention de Strasbourg adopté le 27 janvier 1977 par le conseil de l'Europe sur la responsabilité du fait des produits défectueux en cas de lésion corporelle ou de décès.

²⁰⁶⁶ Th. BOURGOGNIE et Aluii, *Droit de la consommation en mouvement*, Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1998, p. 71.

²⁰⁶⁷ G. COURTIEUX, RCA, fasc. 581-40, Editions du Juris-Classeur, 25 juillet 2004.

propre qui constitue un défaut interne, préexistant à la remise du produit, et le rendant impropre à l'usage auquel on le destine²⁰⁶⁸ ; des cas de malfaçon dans l'emballage ou le mauvais conditionnement²⁰⁶⁹ ; des mauvaises conditions de stockage²⁰⁷⁰ ou même des erreurs d'étiquetage au niveau de la distribution du produit²⁰⁷¹.

En revanche, la défectuosité est future lorsqu'elle n'est pas décelable au moment de la conception ou de la mise en circulation du produit. Celle-ci correspond exactement à la notion de risque de développement.

Le risque de développement est défini comme l'ensemble des « dommages qui proviennent d'une cause qui ne pouvait être ni prévue, ni évitée compte tenu de l'état de la science au moment où il a été mis en circulation »²⁰⁷². Il s'agit en réalité du risque de dommage dont la cause résulterait de l'insuffisance du développement de la science ou de la technique au moment où le produit a été mis en circulation²⁰⁷³. Il est constitué par l'éventualité de voir sur des dommages causés par un produit après sa mise en circulation, du fait d'un défaut qui lui est inhérent, et qui, au moment de sa mise en circulation, était indécélable, insoupçonnable, imprévisible, voire inévitable, car l'état des connaissances scientifiques et techniques, à ce moment, ne permettait pas de l'identifier²⁰⁷⁴. En d'autres termes, ce n'est pas vraiment la défectuosité qui est future, mais sa découverte. C'est le développement de techniques nouvelles qui permettra de déceler ce qui, avant elles, était indécélable²⁰⁷⁵. Ainsi, le vice que des investigations exceptionnelles auraient permis de découvrir, n'est pas simplement « indécélable », mais un vice qu'il est matériellement impossible pour le fabricant de connaître, car les techniques existantes sont insuffisantes²⁰⁷⁶. Il pèse donc sur le producteur le risque d'un développement de l'état des connaissances pouvant révéler un défaut jusqu'alors ignoré.

En réalité, le risque de développement ne devrait pas être confondu avec certaines notions voisines, notamment le risque produit. En effet, bien que les deux notions soient toutes deux des risques de produits, il ya lieu de retenir qu' avec

²⁰⁶⁸ Il peut s'agir à titre d'exemple d'une erreur de conception. Cependant, cette dernière doit être suivie d'une réalisation matérielle du produit car dans le cas contraire, elle relèverait de la responsabilité civile dite professionnelle. Peut également être reconnu comme vice propre une malfaçon, comme par exemple le mauvais réglage d'une machine qui endommagerait le produit fabriqué, ou encore une insuffisance de contrôle.

²⁰⁶⁹ A titre d'exemple, affaire britannique *Donoghue (ou Mc Alister) v Stevenson*, All. England report 1, 1932, Court of Appeal 562 : un consommateur avait subi un choc traumatisant en découvrant que sa bouteille de ginger beer contenait les restes décomposés d'un escargot, conf. H - J - D MUHODARI, *Problématique de risque de développement des produits défectueux en tant que cause d'exonération du producteur en droit comparé*, Mémoire Master II, Université adventiste de Kigali, 2007, p 15.

²⁰⁷⁰ C'est le cas du non respect des températures, notamment pour les denrées alimentaires.

²⁰⁷¹ Sur ce point, voir : F. CHAUMET, *Assurance de responsabilité de l'entreprise*, 4ème édition, l'Argus de l'Assurance, 2008, p. 269.

²⁰⁷² Rapport explicatif de la convention de Strasbourg.

²⁰⁷³ M. GOYENS, *La Directive 85/374/CEE, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux : dix ans après*, Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, inédit, 1996, p. 204.

²⁰⁷⁴ P. OUDOT, « Le risque de développement - Contribution au maintien du droit à la réparation », éditions universitaires de Dijon – E. U. D, 2005, p 10.

²⁰⁷⁵ J – M. LAMERE, « Vers une réforme de l'assurance de responsabilité civile en France », *Risques* n°52, déc. 2002, p.1 et s.

²⁰⁷⁶ Pour l'appréciation de l'état scientifique des connaissances, voir CHAUMET F, *op. cit.* p. 241.

le risque produit, l'état de la science au moment de l'introduction du produit sur le marché permet d'identifier le vice que ce dernier est susceptible de présenter, et donc, de mesurer le risque lié à l'utilisation du produit, tandis que, pour le risque de développement, il est impossible de le prévoir, de le déceler et de le mesurer. Tout ceci pose un problème sérieux de couverture de ce risque par une assurance, étant donné qu'un risque assurable est caractérisé par la précision de l'estimation de sa loi de probabilité, et donc par la possibilité de le traiter comme un coût prévisible pouvant donner lieu à une mise en réserves financières²⁰⁷⁷

Par ailleurs, le risque de développement présente plusieurs caractéristiques. Certaines sont liées au défaut ou à la défectuosité du produit, d'autres, par contre, se rattachent à son assurabilité²⁰⁷⁸.

S'agissant des premières, le risque de développement est tout d'abord un risque résultant d'un défaut inhérent, parce que lié au produit même. Ainsi, il ne s'agirait pas du risque de développement, si le défaut du produit était postérieur à sa fabrication ou à sa mise en circulation. Ensuite, ce risque provient d'un défaut indécélable et insoupçonnable, car le producteur²⁰⁷⁹ doit se trouver dans l'impossibilité de découvrir le défaut contenu dans son produit, compte tenu de l'incapacité des connaissances techniques et scientifiques actuelles à en révéler la défectuosité. Enfin, c'est un risque pratiquement difficile de prévoir et d'en éviter la réalisation. En fait, il est impossible de déterminer et de quantifier le défaut lors de la mise sur le marché d'un produit. Ce qui rend difficile toute évaluation prévisionnelle, l'assureur n'ayant aucune base statistique lui permettant d'évaluer le coût éventuel d'un sinistre, surtout s'il s'agit d'un dommage sériel comme l'ont montré les affaires du sang contaminé, de l'amiante²⁰⁸⁰, de la vache folle²⁰⁸¹, de l'hépatite C²⁰⁸², pour ne citer que celles-là.

Concernant les secondes, le risque de développement présente quatre caractéristiques qui rendent problématique son assurabilité. De prime abord, ce risque

²⁰⁷⁷ S. HUSSON, « La responsabilité du fait du médicament », *Juripole*, pp 1 et s. http://ww.juripole.fr/memoires/prive/Sandrine_Husson/index.html, consulté, le 26/04/2015.

²⁰⁷⁸ H - J - D MUHODARI, op. cit. , p 19.

²⁰⁷⁹ Selon l'article 1505 de l'avant projet du code civil camerounais, est producteur, toute personne physique ou morale qui, par son activité, obtient ou fabrique un produit susceptible d'être mis à la disposition. Défini comme tel, le producteur s'assimile au fabricant.

²⁰⁸⁰ Le scandale de l'amiante désigne la prise de conscience française dans les années 1970 et 1990 du problème sanitaire causé par l'amiante. Sur ce point, voir : Collectif syndical, *Danger ! Amiante*, éd. Maspero, 1977. ; R. LENGLET, *L'affaire de l'amiante*, éd. La découverte, 1996.

²⁰⁸¹ La crise de la vache folle est une crise sanitaire, puis socio – économique caractérisée par l'effondrement de la consommation de viande bovine dans les années 1990 quand les consommateurs se sont inquiétés de la transmission de l'encéphalopathie spongiforme bovine à l'homme via l'ingestion de ce type de viande. Sur cette affaire, voir : R. MER, « Vache folle : les médias sous pression », *Dossier de l'environnement*, INRA, vol. 28, 2004, pp. 111 ; A. SOUSA, « Le problème des farines animales », *Doctissimo*, consulté le 29 mars 2015 ; A. SCHNEIDER, « ESB : « le temps de l'angoisse », *Journal des accidents des catastrophes*, vol. 15 ; C. DUCROT, « Epidémiologie de la tremblante et de l'encéphalopathie spongiforme bovine en France », *Productions Animales*, INRA, vol. , hors série, 2004, pp. 67 et s.

²⁰⁸² D. DIEBOLT, « Médicaments dangereux », *M2 Droit des Biotechs/ Santé*, 18 novembre 2005, <http://www.webzinemaker.com/admi/m6/page.php3?num-web=41572&rubr=3&id=281445>, consulté, le 26/04/2015.

concerne essentiellement des atteintes à la santé. Certes, on peut imaginer des incertitudes de développement à conséquences matérielles, mais le problème du risque de développement, tel qu'il a été posé par les auteurs de la Convention du Conseil de l'Europe et de la directive de 1985, réside dans la menace que certains produits peuvent faire peser sur la vie ou la santé des hommes²⁰⁸³. Ensuite, c'est un risque de masse qui présente un caractère catastrophique en raison du nombre de victimes et de la nature des dommages causés²⁰⁸⁴. Il ne s'agit pas d'un vice atteignant une série ou un lot, mais d'une conséquence de conception pouvant atteindre des centaines ou des milliers de personnes.

Par ailleurs, le risque de développement se traduit par un changement d'évaluation dans le rapport cout/bénéfice d'un produit. Ainsi, la réalisation de ce risque fait découvrir que les avantages vérifiés sont liés à des désavantages dont on n'était pas en mesure d'établir l'existence ni l'ampleur, et qui apparaissent comme supérieurs aux avantages obtenus. Le risque de développement transforme donc l'évaluation jusqu'alors, faite sur un produit : le bien devient un mal, et le mal trouve un responsable identifiable²⁰⁸⁵. Le produit a été mis en circulation en raison des propriétés positives qu'il présentait, par exemple, le médicament pour ses qualités préventives ou curatives. Mais son fabricant, au lieu d'en tirer un bénéfice, il en tire plutôt une perte.

Enfin, le risque de développement apparaît généralement après plusieurs années²⁰⁸⁶. Ceci s'explique par le fait qu'il soit détecté grâce à l'évolution scientifique et technologique, et très souvent ladite évolution ne se fait pas spontanément, la science évolue au fil des ans, ce qui rend difficile son assurance, car, on ne sait quand la science sera capable de détecter et découvrir le défaut.

Le risque de développement apparaît, au vu de toutes ces caractéristiques, comme un risque difficilement assurable. Cependant cette difficile assurabilité ne signifie nullement l'impossibilité d'assurer ce risque. Une partie de la doctrine en est favorable²⁰⁸⁷. Certains systèmes juridiques l'ont même déjà intégré dans la sphère de l'assurable²⁰⁸⁸. Partant de ce constat, l'on est en droit de se demander si le marché d'assurance communautaire CIMA peut aussi intégrer le risque

²⁰⁸³ D.-DIEBOLT, « Médicaments et produits dangereux pour la santé », *op. cit.* pp1 et s.

²⁰⁸⁴ Ce qui s'est produit au Japon en 1970 où 10000 japonais, furent atteints de la maladie appelée « SMON », lorsque la société suisse CIBA a commercialisé différents médicaments contenant la substance active dénommée clioquinol. Voir, L. KRÄMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 273). Il ne s'agit pas d'un vice atteignant une série ou un lot, mais d'une conséquence de conception pouvant atteindre des centaines ou des milliers de personnes.

²⁰⁸⁵ S. HUSSON, « La responsabilité du fait du médicament », *op. cit.* pp. 1 et s.

²⁰⁸⁶ Partant du cas de la société suisse CIBA, qui, depuis 1900 commercialisait les médicaments mais ce n'est qu'en 1983 que la presse internationale a signalé que les produits en question devraient être retirés du marché. Voir, L. KRÄMER, *op. cit.*, p. 273.

²⁰⁸⁷ Sur ce point, voir A. BOUIX, *Le risque de développement: responsabilité et indemnisation*, Presses Universitaires d'AIX MARSEILLES éd. 1995 p 59 ; C. DELPOUX, « Le risque de développement », *Risque* n°12, octobre – décembre 1992, éd. Cahiers de l'assurance ; F. EWALD, « La véritable nature du risque de développement et sa garantie », *Risques* n° 14, avril – juin 1993, innovation, assurance, responsabilité, éd. Cahiers de l'assurance, p. 9 et s.

²⁰⁸⁸ C'est le cas du Luxembourg, de la Finlande et de la Norvège...

de développement dans la matière assurable y existante. En d'autres termes, peut-on assurer le risque de développement dans l'espace CIMA ?

La question trouve tout son intérêt quand on sait que l'espace CIMA est en majorité composé des pays en voie de développement qui sont généralement des dépotoirs des produits contrefaits et non contrôlés, exposant régulièrement la santé et la vie des populations. Cet espace communautaire connaît aussi un marché d'assurance qui souffre de plusieurs maux²⁰⁸⁹, notamment un champ assez limité de la matière assurable.

De ce fait la réflexion sur l'assurabilité du risque de développement serait d'un triple intérêt. Sur le plan juridique, elle attirerait l'attention du législateur sur la nécessité de légiférer sur le risque de développement qui semble être une notion encore méconnue dans notre contexte. Sur le plan économique, elle aiderait à élargir la matière assurable exploitée dans la zone CIMA en suscitant une augmentation des parts de marché. Sur le plan social, elle susciterait le renforcement de la protection des consommateurs et une bonne prise en charge des victimes.

A la réflexion, il apparaît plausible d'affirmer que le risque de développement peut être assurable dans l'espace CIMA. Cependant, cette assurabilité doit observer certaines conditions (I) et surtout justifier des fondements, aussi bien théoriques, que pratiques (II)

I. LES CONDITIONS D'ASSURABILITE DU RISQUE DE DEVELOPPEMENT DANS L'ESPACE CIMA

La notion de risque de développement est désormais constante dans l'actualité. Elle gagne de plus en plus du terrain, tant avec l'émergence forte du droit de la responsabilité environnementale, qui élargit la question de la réparation corporelle à la réparation des dommages à l'environnement, qu'avec le déploiement du principe de précaution dans le droit positif. Cependant, il est à déplorer que la plupart des systèmes juridiques africains, pourtant fort interpellés par les préoccupations environnementales, méconnaissent encore le risque de développement. Or, pour que ce risque soit assurable dans l'espace CIMA, il faut d'abord qu'il soit intégré dans les différents systèmes juridiques de ladite zone (A) et qu'ensuite, sa nature juridique soit déterminée (B).

A. L'intégration du risque de développement dans les systèmes juridiques de l'espace CIMA

La nécessité d'intégrer le risque de développement dans les législations révèle l'importance des lieux d'inscriptions du droit. Ceux-ci varient selon les objectifs poursuivis par les situations juridiques. Ainsi, si la doctrine peut contribuer à d'importantes réformes, ces réformes ne peuvent être effectives que si la loi les entérine. Dès lors, il appartient au législateur de veiller à une remise à jour permanente du corpus réglementaire afin de pallier certains vides juridiques. L'ensemble des législations de la zone CIMA gagnerait ainsi à légiférer sur la

²⁰⁸⁹ En dehors du nombre réduit des parts de marché, le marché d'assurance de la CIMA connaît aussi un faible taux du chiffre d'affaire, un faible rendement, un rejet de l'assurance par les populations etc....

question du risque de développement aussi bien au niveau des droits nationaux (1), qu'au sein même du droit CIMA(2).

1) Dans les droits nationaux

La plupart des législations africaines sont aujourd'hui obsolètes. Certaines se contentent encore de l'héritage législatif colonial²⁰⁹⁰. D'autres essayent de s'adapter à l'évolution des sociétés et des instruments juridiques²⁰⁹¹. Mais cet effort reste perfectible dans la mesure où de nombreux domaines sont encore ignorés du droit local. C'est le cas de la responsabilité du fait des produits défectueux, en général, et du risque de développement, en particulier. L'urgence d'une législation en la matière ne fait plus aucun doute, dans un contexte où les mutations de la responsabilité civile tant dans sa notion²⁰⁹², que dans son régime²⁰⁹³ appellent à des refontes certaines. L'Afrique et surtout, les pays de l'espace CIMA ne peuvent plus continuer à nier ce besoin à l'heure où la majorité d'entre eux aspirent à l'émergence, voire au développement, et que les questions environnementales interpellent de plus en plus leurs gouvernements.

En réalité, il est déplorable de constater qu'au moment où la notion de risque de développement est, soit résolue, soit en débat dans d'autres systèmes juridiques, la plupart des pays africains méconnaissent encore ladite notion. Or, si le droit est un instrument de lecture du monde, le souci de modernisation des outils juridiques devrait être une priorité pour l'Afrique, qui se veut compétitive sur le plan international. En tout état de cause, il ya un réel besoin à intégrer le risque de développement dans les droits nationaux africains. Cette intégration pourrait se faire soit par l'insertion de la notion dans des textes existants, soit par l'édiction de nouveaux textes.

La première modalité interpelle des systèmes comme le Cameroun, qui admet déjà la responsabilité du fait des produits défectueux aussi bien de *lege lata*, que de *lege feranda*. Ainsi par exemple, la loi-cadre n°2011/012 du 06 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun pourrait connaître des amendements en insérant la notion de risque de développement, soit dans la rubrique de la protection économique et technologique du consommateur, soit dans celle portant sur la sécurité physique et la protection de l'environnement. De même, l'avant projet du code civil camerounais dans ses articles 1502 et suivants, qui fixe les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux et, qui consacre notamment la responsabilité de plein droit du producteur et énumère les cas dans lesquels celui-ci pourrait être exonéré, pourrait

²⁰⁹⁰ C'est le cas par exemple de la cote d'ivoire, du Sénégal et bien d'autres, qui ignore encore la responsabilité civile du fait des produits défectueux dans leur législation, conf. Code des obligations civiles sénégalais ; code civil français applicable en cote d'ivoire.

²⁰⁹¹ C'est le cas du Cameroun qui de plus en plus légifère sur ce type de responsabilité, tant de *lege lata* (conf : common law ; loi de 2006 sur la protection du consommateur), que de *lege feranda* (conf. Les art. 1502 et 1517 de l'avant projet du code civil camerounais).

²⁰⁹² Voir, C. N BEKADA, l'assurance à l'épreuve des mutations de la responsabilité civile, thèse de doctorat, université de Yaoundé II/Soa, 2015, pp. 17 et s.

²⁰⁹³ *Ibidem*, pp. 174 et s.

intégrer la notion de risque de développement, non pas comme cause d'exonération, mais plutôt comme une exception aux causes exonératoires prévues.

La seconde modalité intéresse des pays qui ignorent encore totalement dans leurs droits locaux, la responsabilité du fait des produits défectueux. C'est le cas du Sénégal dont le nouveau code des obligations civiles et commerciales ignore totalement la responsabilité du fait des produits défectueux et par conséquent la notion du risque de développement. C'est aussi le cas des pays comme la cote d'ivoire et bien d'autres encore, qui sur ce plan, se contentent encore de l'héritage colonial.

Tout compte fait, quelque soit la modalité adoptée, la législation en la matière est nécessaire, tant sur le plan interne, que sur le plan communautaire.

2) Dans le droit CIMA

Le risque de développement ne saurait être commercialisé dans l'espace de la conférence interafricaine du marché des assurances, s'il est méconnu par la législation de cette zone. Le texte CIMA devrait donc intégrer cette notion, non seulement pour accroître les parts de marchés²⁰⁹⁴, mais encore pour renforcer le domaine de l'assurance de responsabilité civile dans l'espace CIMA.

S'agissant de la perspective d'accroissement des parts de marchés, le marché d'assurance CIMA a régulièrement fait face au reproche du nombre très réduit des produits commercialisés au sein dudit marché²⁰⁹⁵. Cette étroitesse des parts de marchés est généralement la cause de plusieurs maux comme, la sous-tarification, la multiplication des charges de fonctionnement, la délocalisation des grands risques et bien d'autres encore²⁰⁹⁶. Ces maux entraînent à leur tour la faiblesse du chiffre d'affaire, le ralentissement du secteur, voire la régularité des liquidations des entreprises d'assurance. Cet état de choses appelle depuis longtemps à une extension du domaine d'assurabilité du marché CIMA. La réglementation sur la micro-assurance²⁰⁹⁷ est un début de solutions à ce problème. Mais, elle n'est pas suffisante²⁰⁹⁸. Le marché d'assurance devrait davantage aller à la recherche d'autres

²⁰⁹⁴ En économie, la part de marché est un indicateur clé qui permet de préciser l'importance d'un produit, d'une marque ou d'une société sur son marché pour une période donnée. Elle se calcule par le ratio : ventes de la marque / ventes totales sur le marché. Les ventes peuvent être exprimées en valeur monétaire ou en volumes de produits vendus.

²⁰⁹⁵ Sur ce point, voir C.N. BEKADA EBENE, *La liquidation des sociétés d'assurance dans l'espace CIMA*, mémoire de DEA, université de Yaoundé II/ Soa, 2010, pp 20 et s

²⁰⁹⁶ Adolphe OUEDRAOGO, rapport général du séminaire tenu par la FANAF sur le thème « faiblesses actuelles des compagnies d'assurances et moyens susceptibles d'être mobilisés pour leur consolidation pérenne » tenu à Libreville le 19 février 2008. pp. 1 et s.

²⁰⁹⁷ La pratique des opérations de micro-assurance dans la zone CIMA est désormais réglementée par l'adoption, le 05 avril 2012 à Paris (République Française), du règlement n° 0003/CIMA/PCMA/PCE/2012 portant organisation des opérations de micro-assurance dans les Etats membres de la CIMA.

²⁰⁹⁸ En effet, la micro-assurance s'intéresse comme son nom l'indique, aux petits risques et ne saurait entraîner la couverture des grands risques comme le risque de développement.

produits, notamment le risque de développement, qui a l'avantage d'être auréolé, à la fois des aspects environnementaux et technologiques.

Concernant la perspective de renforcement de l'assurance de responsabilité civile dans l'espace CIMA, il ya lieu de noter que le marché de l'assurance africaine connaît une certaine aversion de ce type d'assurance, pourtant le domaine des assurances obligatoires est fortement marqué par l'assurance de responsabilité civile. Toutefois, il faut reconnaître que cette aversion est justifiée par le régime de cette assurance suffisamment influencée par les règles du droit de la responsabilité civile²⁰⁹⁹. Ainsi, la réception du risque de développement par le droit CIMA serait une avancée certaine qui viendrait renforcer l'importance de cette assurance au sein du marché. Cette réception pourrait être faite soit par un texte additif dans le code CIMA, notamment dans la rubrique des assurances de responsabilité civile. Pour permettre une assurabilité efficace de ce produit, le risque de développement devrait être enregistré parmi les assurances obligatoires. Dès lors, chaque fabricant ou chaque producteur devrait obligatoirement souscrire une assurance de responsabilité pour risque de développement, afin de couvrir les risques susceptibles d'être causés par des vices cachés et indécélables des produits fabriqués au moment de leur mise en circulation.

En tout état de cause, l'intégration du risque de développement dans les systèmes juridiques de l'espace CIMA est, certes incontournable pour son assurabilité, mais elle en demeure une condition insuffisante, car la détermination de la nature juridique de ce risque reste également un préalable à son assurabilité dans l'espace CIMA.

B. La détermination de la nature juridique du risque de développement

Si l'intégration de la notion du risque de développement dans les systèmes juridiques de l'espace CIMA est un préalable incontournable pour son assurabilité, la détermination de sa nature juridique constitue aussi une condition nécessaire pour que ce risque soit commercialisé au sein du marché des assurances CIMA. A cet effet, le choix de l'exclusion du risque de développement comme cause d'exonération de responsabilité civile (1) et son admission comme cause d'engagement de responsabilité civile (2) poursuivrait mieux ce objectif.

²⁰⁹⁹ L'assurance de responsabilité civile subit de fortes influences du droit de la responsabilité civile, elle devrait par exemple s'adapter à toutes les mutations de ce droit et à la grande ampleur des indemnisations découlant du régime du droit de la responsabilité civile.

1) L'exclusion du risque de développement comme cause d'exonération de responsabilité civile

L'apparition de risques nouveaux, la multiplication des catastrophes amènent à s'interroger sur des situations où l'événement dommageable a lieu alors même que tout a été fait pour l'éviter et qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'auteur du dommage en l'état des connaissances scientifiques et techniques. Partant, certains considèrent le risque de développement comme une cause d'exonération de responsabilité civile.

L'exclusion de la responsabilité du producteur en cas de risque de développement repose sur l'argument souvent avancé qu'il est inéquitable de rendre le producteur responsable lorsque l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit, l'empêchait de découvrir l'existence du défaut²¹⁰⁰. Cette exclusion ouvre donc au producteur de larges possibilités d'échapper à sa responsabilité, dès lors qu'il lui appartient d'établir un fait négatif à savoir : le défaut indécélable²¹⁰¹. L'exonération pour risque de développement pourrait s'articuler autour de plusieurs raisons, tant juridiques, qu'économiques.

Sur le plan juridique, l'on pourrait de prime abord fonder cette exonération sur l'existence d'un vide législatif en la matière²¹⁰². De plus, la jurisprudence a abordé la question indirectement à travers d'autres notions que celles du risque de développement et y a apporté des réponses divergentes²¹⁰³. En effet, un courant majoritaire et constant depuis les années 70 retient la responsabilité du professionnel pour les défauts de ses produits, alors même qu'il ne peut les déceler, tant à l'égard de ses contractants, qu'à l'égard des tiers²¹⁰⁴. Mais, à l'inverse, la cour de cassation française²¹⁰⁵ considère que le producteur n'est pas responsable lorsque le dommage est imputable, non à un vice de la chose, mais à un danger que celle-ci présente et dont il ne pouvait avoir connaissance. La question du risque de développement n'est donc pas d'ores et déjà touchée en droit interne français²¹⁰⁶ et même dans la plupart des pays membres de la CIMA.

De même, l'on pourrait reprocher à ce régime de responsabilité, le caractère intenable des obligations qui en découlent. En effet, il serait judicieux que la

²¹⁰⁰ Voir, L. KRÄMER, *op. cit.*, p. 271.

²¹⁰¹ *Ibidem*

²¹⁰² C'est le cas au Cameroun où la [loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun](#) parle de la responsabilité du producteur du fait des produits défectueux, mais n'évoque dans aucune disposition le risque de développement.

²¹⁰³ Français Ewald, *op.cit.*, pp. 9 et s

²¹⁰⁴ Sur ce point, voir : A. BOUIX, *Le risque de développement: responsabilité et indemnisation*, Presses Universitaires d'AIX MARSEILLES éd. 1995 p 59 ; C. DELPOUX, « Le risque de développement », *Risque* n°12, octobre – décembre 1992, éd. Cahiers de l'assurance ; F. EWALD, « La véritable nature du risque de développement et sa garantie », P. OUDOT, « Le risque de développement - Contribution au maintien du droit à la réparation », éditions universitaires de Dijon – E. U. D, 2005, p 10. *Risques* n° 14, avril – juin 1993, innovation, assurance, responsabilité, éd. Cahiers de l'assurance, p. 9 et s. FEVRAL (I.), *Les limites de la responsabilité environnementale*, mémoire, 2009, université de NICE SOPHIA-ANTIPOLIS, 100 pages, BAGNEKI (E.A.), *La responsabilité du fait des produits défectueux en droit camerounais*, mémoire DEA Université de DOUALA année 2003-2004, 70 pages.

²¹⁰⁵ Cass. Civ 1^{ère}, 6 avril 1986, Dal 1987, chr. P0.73, obs. Huet.

²¹⁰⁶ Car la question reste encore abordée dans le seul cadre communautaire à travers la *Directive européenne 85/374/CEE, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*.

question du risque de développement, avant d'être posée au niveau du caractère exonératoire, doit être envisagée à celui du contenu de l'obligation de sécurité - résultat incombant au producteur ou au fournisseur d'un produit. Le droit ne devrait donc pas édicter des obligations intenables, en obligeant le producteur à supporter des risques dont il n'avait pas la moindre possibilité de contrôle et d'action en l'état des connaissances scientifiques.

Par ailleurs, si le régime de responsabilité sans faute du producteur offre l'avantage de dispenser la victime d'avoir à rapporter la preuve d'une faute personnelle du producteur, pour mettre en jeu sa responsabilité en cas de dommage corporel dû à un défaut de sécurité de son produit, l'octroi de cette prérogative devrait suffire à protéger les consommateurs, sans pourtant se figer derrière le risque de développement, qui résulte de l'ignorance du défaut du produit par son fabricant.

De plus, même si la responsabilité pour risque de développement est parfois justifiée par la théorie du risque - distribution²¹⁰⁷, la justification ne devrait pas être la sanction de l'obligation à l'impossible, mais l'idée d'une possibilité de mutualiser les risques encourus par les utilisateurs en se servant de la responsabilité. Ce serait donc détourner la responsabilité de sa finalité essentielle, qui devrait n'être que la sanction d'une obligation non exécutée ou mal exécutée. Cette conception, affirme une certaine doctrine n'est pas admissible sur le terrain juridique où les institutions doivent remplir leurs fonctions et non celles relevant d'autres mécanismes²¹⁰⁸. Dès lors, le producteur ne devrait pas répondre des dommages issus d'un risque de développement, ce d'autant plus que son exonération trouve des justifications même sur le plan économique.

Sur le plan économique, deux principales raisons pourraient être avancées. En premier lieu, on peut mettre à l'actif de l'exonération, la lourde charge économique qui incomberait au fabricant en cas de responsabilité. En effet, même si la possibilité d'inclure le risque de développement parmi les cas de responsabilité du producteur, offre une protection incontestable à la victime, celle-ci suppose une lourde charge économique pour le producteur. Fort de ce point, le patronat espagnol s'est opposé à ce choix, car, les chefs d'entreprise disaient qu'une telle option supposerait une paralysie de la recherche scientifique et technique concernant la fabrication de leurs produits²¹⁰⁹. Dans la même perspective, la directive française du 25 juillet 1985 préconisait sans l'imposer de retenir cette cause d'exonération, du fait des incidences économiques, que son exclusion aurait sur les opérateurs économiques des pays membres de l'Union européenne. La plupart des Etats européens²¹¹⁰ ayant

²¹⁰⁷ Voir, U. BECK, *la société du risque*, Munich, 1986, les échos. P. 1 et s ; D. KESSLER, « Ulrich BECK et la théorie du risque », <https://www.FFSA/risques.nsf/b724C3eb326a8defc12572290050915b>, consulté le 29 novembre 2015 à 11h58 ; J. V. ANDERSON et D. SORNETTE, « have your cake and eat it too : increasing returns while lowering large risk ! », *Journal of risk finance*, 2(3) 2001, pp. 70 et s ; D. ZAJDENWEBER, « Economie des extrêmes », Paris, Flammarion, 2000 ; D. SORNETTE, « complexity, catastrophes and physics, physics » *world 12 (N12)*, 1999, pp. 57 et s.

²¹⁰⁸ C. DELPOUX, « Le risque de développement », *Risques* n° 12 octobre - décembre 1992, éd. Cahiers de l'assurance, pp. 5 et s.

²¹⁰⁹ Loi n° 22/1994 du 6 juillet 1994 sur la responsabilité du fait des produits en droit espagnol, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0402:FR:NOT>, consulté, le 02/05/2015

²¹¹⁰ C'est le cas de la France, la Belgique...

intégré cette directive ont effectivement admis le risque de développement comme cause d'exonération, à l'exception du Luxembourg, de la Finlande et de la Norvège²¹¹¹.

En second lieu, la responsabilité du fabricant pour risque de développement pourrait être un obstacle à la compétitivité et au progrès industriel sur le marché. En effet, l'admission de cette responsabilité dans les systèmes juridiques des pays membres de la CIMA pourrait mettre son industrie dans une situation défavorable par rapport à leurs concurrents des pays, qui ont fait du risque de développement un cas d'exonération. Cela entraînerait un recul des industries nationales²¹¹² et un risque de délocalisation des entreprises, car il serait particulièrement aisé pour les entreprises de mettre les produits sur le marché dans les pays à législation plus favorable par l'intermédiaire de leurs sociétés localement implantées.

De plus l'hypothèse du risque de développement placerait l'innovation sous le signe de la méfiance et du soupçon, non seulement pour le consommateur, mais aussi pour l'industrie toujours susceptible de se voir reprocher, après coup, d'avoir mis en circulation le produit qui s'est révélé défectueux. L'industriel ne prendra donc la décision d'innover que dans la mesure où il sait pouvoir contracter une assurance économiquement supportable et qui le garantira contre les conséquences du risque pris. Or, le risque de développement étant un risque qui demeure difficilement assurable²¹¹³, il met potentiellement toute entreprise innovante en faillite, dans la mesure où il concentre la responsabilité sur le patrimoine unique de l'industriel.

De ce qui précède, il apparaît de façon évidente que la qualification du risque de développement comme cause de responsabilité est porteuse des germes aussi bien d'une instabilité économique, que d'une insécurité juridique pour le producteur. Toutefois, ces arguments évoqués à la faveur de l'exonération du producteur trouvent leurs limites, tant le besoin social d'admettre ce risque parmi les causes de responsabilité civile se fait de plus en plus ressentir.

2) L'admission du risque de développement comme cause d'engagement de la responsabilité civile

Bien que les raisons avancées pour soutenir l'exonération du fabricant du fait du risque de développement soient légitimes, il semble, que la qualification de ce risque en une cause de responsabilité relève d'une exigence actuelle. En effet, l'avènement des transformations sociétales exige une refonte du concept de responsabilité civile qui ne doit plus seulement être appréhendée au passé, mais aussi au présent et au future. Partant, la considération du risque de développement comme

²¹¹¹ A. M. NGAGI, *op.cit.*, p. 315.

²¹¹² J.-P. PIZZIO, *Droit des consommateurs : sécurité, concurrence, publicité droit français et droit communautaire*, éd. Bruylant, Story-Scientia, centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1987, p. 48.

²¹¹³ Car l'opération d'assurance ne doit porter que sur des risques aléatoires, bien déterminés et statistiquement assurables. Donc, l'assurance responsabilité civile ne peut pas couvrir des dommages, qu'aucune donnée statistique ne peut évaluer.

cause de responsabilité trouve bien des justifications et emporte certaines conséquences.

M. FAUCHON, sur la question de risque de développement, a assimilé l'exonération du producteur à une irresponsabilité²¹¹⁴. Cela signifie *a contrario* que ce dernier doit indemniser la victime d'un risque de développement. Cette affirmation repose sur plusieurs raisons qui semblent toutes aussi logiques que légitimes.

De prime abord, l'exonération pour risque de développement réduirait la protection des victimes. Cette situation serait difficilement justifiable, alors que le développement économique devrait tendre à une meilleure maîtrise des dangers de tous ordres et *a fortiori* de ceux qu'il génère²¹¹⁵. En effet, le producteur doit répondre à tous dommages causés par le défaut de son produit. L'obligation de sécurité, qui pèse sur tout fabricant ou vendeur d'un produit, apparaît donc tout à fait essentielle²¹¹⁶. Si le produit ne répond pas à la qualité qu'on peut légitimement s'attendre, cela devrait engager la responsabilité du producteur, qui a l'obligation de ne mettre sur le marché que les produits sûrs. L'irresponsabilité du producteur au titre de risque de développement ferait ainsi jouer aux victimes, une fonction de révélatrices sans être indemnisées. Une telle solution est moralement inacceptable, voire scandaleuse²¹¹⁷.

L'on peut ensuite avancer l'argument selon lequel l'exonération pour risque de développement n'est pas conforme au schéma de l'exonération d'une responsabilité objective²¹¹⁸ pour cause étrangère, extérieure ou présumé du responsable, car le vice du produit, par sa nature même, n'est pas extérieur au produit, même lorsque son existence est imprévisible et ses effets, irrésistibles²¹¹⁹.

De plus, la consécration d'une responsabilité pour vice caché, qu'elle en soit la cause, fait du risque de développement, un élément constitutif de cette responsabilité. Dès lors, la prise en charge des victimes pour risque de développement revient à stopper toute évolution de la jurisprudence en la matière et constitue une régression du droit positif²¹²⁰. En effet, en tant que responsable des

²¹¹⁴ M. FAUCHON, « Responsabilité du fabricant », <http://www.fasken.com/fr/products/-23k>, consulté, le 13/05/2015.

²¹¹⁵ X, « Le risque de développement dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux », R.G.D.C., Centre de droit de la consommation, Université de Louvain Belgique http://www.drt.ucl.ac.be/cdc/data/publications/verdure/produits_defectueux.pdf consulté, le 02/05/2015

²¹¹⁶ Conf. B. FAGES, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 4^e éd. 2013 ; F. TERRE, ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *droit civil : Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^e éd. 2013 ; C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, GUALINO, 11^e éd. 2014 ; Assemblée Nationale, « Quelle sécurité pour les consommateurs européens? » PDF, 2000, <http://www.assemblee-nationale.fr/europe/colloques/consommateurs.pdf>, consulté, le 02/05/2015.

²¹¹⁷ F. X. TESTU et J. H. MOITRY, « La responsabilité du fait des produits défectueux », <http://www.testu-avocats.com/docs/French%20Product%20Liabi2006A5.pdf>, _defectueux.pdf consulté, le 02/05/2015.

²¹¹⁸ Sur les causes d'exonération de responsabilité, voir : P-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992 ; F. LEMAIRE, « La force majeure : un événement irrésistible », in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, n°6, nov-déc 1999, pp. 1723 et s ; L. BLOCH, « Force majeure : le calme après l'ouragan ? », in *Responsabilité civile et Assurances*, n°6, juin 2006, Etude 8.

²¹¹⁹ Yvonne Lambert-Faivre, « Risque et assurances des entreprises », *Précis Dalloz* 3^{ème} éd 1991.

²¹²⁰ P. FAUCHON, Sénat 9 décembre 1992 Jo, 10 décembre 1992.

produits mis en circulation, le producteur doit s'assurer que ces derniers sont aptes, non seulement à l'usage pour lequel ils sont destinés, mais également pour la sécurité qu'ils représentent. Pour l'article 1386.1 du code civil français, le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens. De même, l'avant projet du code civil camerounais en son article 1507 prévoit que « *Le producteur est responsable de plein droit du dommage causé par un défaut de son produit* ». Ces dispositions témoignent de ce que le fabricant n'est tenu de mettre sur le marché que des produits sûrs. Dès lors, sur le fondement de la garantie des vices cachés, il ne sert à rien que le vendeur professionnel établisse qu'il pouvait légitimement ignorer le défaut, ou, mieux encore, qu'il lui fût impossible de le déceler.

Pour la Cour de cassation française, il importe peu que le vendeur ait invoqué un document de nature à établir sa bonne foi, (...) et que le contrat de vente n'avait pas mis à sa charge les techniques de contrôle qui avaient été généralement nécessaires pour déceler le vice²¹²¹. Ainsi, le vendeur professionnel, par son obligation de délivrance, doit livrer un produit exempt de défaut. S'il n'exécute pas cette obligation, il sera assimilé au vendeur qui connaissait le vice²¹²². L'obligation de délivrer un produit dépourvu de défaut contient une obligation de sécurité²¹²³. La livraison d'un produit défectueux suffit alors à établir la faute du fabricant ou du distributeur²¹²⁴.

En outre, la responsabilité du producteur pour risque de développement pourrait aussi se justifier par la théorie du « *risque – distribution* ». Selon cette dernière, le producteur est la personne la plus apte à répartir le risque entre ses consommateurs, puisqu'il peut incorporer le prix de la sécurité dans le produit. Il serait alors illogique d'accorder l'exonération au producteur au détriment des consommateurs, alors qu'il est celui qui, non seulement, détient un pouvoir économique conséquent par rapport aux consommateurs, pour supporter la charge du risque de développement, mais aussi, devrait connaître la défectuosité du produit²¹²⁵ dont il est le responsable. En plus, puisqu'il profite des bénéfices de son produit, il serait normal qu'il supporte le risque dérivant de celui-ci. Le législateur devrait par conséquent se soucier des intérêts des consommateurs en leur offrant plus de protection. C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle, la Belgique, le Danemark, la

²¹²¹ Cass. Com. 27.nov. 1972, Bull. Civ. , IV, n° 266. p. 282.

²¹²² J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, 1983, L.G.D.J, n°258.

²¹²³ C'est-à-dire un produit qui ne présente pas la sécurité à laquelle l'acheteur peut légitimement s'attendre, compte tenu notamment de sa nature et de son usage normal ou un défaut qui le rend inapte à l'usage pour lequel il a été vendu et acheté.

²¹²⁴ G. VINEY, « La responsabilité des fabricants et distributeurs ». Ce qui semble dire *a priori* que la France aurait la possibilité de maintenir la responsabilité du producteur même lorsque celui-ci prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler le défaut, http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/responsabilite_du_fabricant_de_medicaments.htm-23k, consulté, le 13/05/2015.

²¹²⁵ L.MAYAUX et P. BICHOT, « Les brûlots juridiques de l'assurance », *P.D.F.*, <http://www.amrae.fr/docs/MR/rencotres/Strausbourg-2003/actes/a11doccommun.pdf>, consulté, le 03/05/2015

Grèce, la France, l'Irlande et le Luxembourg, ont opté pour l'exclusion de l'exonération pour risque de développement²¹²⁶.

Bien plus, la nécessité de réparer les dommages justifie suffisamment cette responsabilité. En effet, il semble illogique d'exonérer le responsable du dommage sous prétexte qu'il est de bonne foi. Ainsi, une personne est responsable des dommages causés à autrui, non seulement par son fait personnel, mais également par le fait d'autrui dont elle est responsable ou du fait de la chose dont elle a sous sa garde²¹²⁷. Ceci, dans le souci de protéger la victime, afin de lui offrir une réparation auprès du responsable.

Bien plus encore, la non-exonération est un excellent argument de promotion commerciale à l'étranger pour la garantie de la sécurité des produits. De ce fait, elle ne saurait être un frein à l'innovation, car la France qui en a choisi, innove même plus que certains pays comme l'Angleterre qui ont opté pour l'exonération²¹²⁸. Il ne saurait donc y avoir une relation entre la prise en compte du risque de développement et l'innovation, d'autant plus que l'assurance responsabilité civile qui peut en être produite, serait capable de couvrir les conséquences du risque de développement, comme elle l'a démontré jusqu'à présent²¹²⁹.

En résumé, l'on peut retenir que l'assurabilité du risque de développement dans l'espace Cima nécessite des préalables. Il faut d'abord que les systèmes juridiques de cet espace intègrent cette notion et qu'ensuite, qu'ils l'admettent comme une cause de responsabilité civile. Toutefois, ces conditions, certes indispensables, n'auraient d'effet que si la possibilité d'assurer le risque de développement dans le marché de l'assurance africaine entraîne des conséquences, surtout positives pour ce marché.

II. LES FONDEMENTS DE L'ASSURABILITE DU RISQUE DE DEVELOPPEMENT DANS L'ESPACE CIMA

La responsabilité du producteur pour risque de développement peut avoir certaines conséquences négatives. Aussi, peut-elle entraîner une augmentation des coûts de production, dans la mesure où elle impliquerait la mise en œuvre des moyens supplémentaires dans la fabrication et la distribution des produits. Elle peut également entraîner un accroissement des charges d'indemnisation des victimes des dommages résultant des produits atteints d'une défectuosité à la fois actuelle et future.

Malgré ces effets gênants, cette responsabilité pourrait consacrer une amélioration significative du droit objectif, ainsi que des droits subjectifs impliqués. Elle conduirait alors inéluctablement au renforcement de la prévention dans la fabrication et la mise sur le marché des produits²¹³⁰ ; à la consolidation de la

²¹²⁶ Voir, H. J. D. MUHODARI, Problématique de risque de développement des produits défectueux en tant que cause d'exonération du producteur en droit comparé, Université adventiste de Kigali, 2007.

²¹²⁷ Conf. Article 1384 alinéa 1^{er} du code civil applicable au Cameroun.

²¹²⁸ Voir, H. J. D. MUHODARI, Problématique de risque de développement des produits défectueux en tant que cause d'exonération du producteur en droit comparé, *op. cit.* pp. 5 et s.

²¹²⁹ P. FAUCHON, *op.cit.* pp. 1 et s.

²¹³⁰ En effet, conscient du fait qu'il pourrait être tenu pour responsable des dommages provenant des produits défectueux qu'il aura fabriqués et mis sur le marché, alors même que cette défectuosité ne pouvait

protection des droits des victimes²¹³¹ et ceux des consommateurs²¹³². En effet, protéger le consommateur, c'est aussi s'occuper du système commercial interne pour ce qui concerne son organisation²¹³³. La volonté délibérée d'exporter les produits défectueux vers les pays du Tiers Monde se justifiant par le fait que les marchés internes des pays cibles sont réputés être des marchés « *libres* » sans réglementation dans le domaine relatif à la protection du consommateur, restreindre la liberté « *excessive* » de ces marchés, pourrait être une démarche importante pour la protection du consommateur dans ces pays. Et cela passe nécessairement par une législation capable de protéger des droits des consommateurs en renforçant les obligations des producteurs.

La responsabilité du producteur rendrait surtout possible l'assurance pour risque de développement. En effet, l'intention de l'assurance implique que l'assureur doive répondre aux besoins de couverture du producteur contre les risques majeurs, exceptionnels, ou inconnus²¹³⁴, comme le risque de développement, qu'il ne peut assumer qu'à certaines conditions²¹³⁵. Ainsi la caractéristique de l'assurance est de ne porter que sur des événements aléatoires, c'est-à-dire dont la survenance n'est pas certaine. L'assureur n'accepte de souscrire de risque que dans la mesure où il est à même d'en résorber l'aléa au niveau de la mutualité²¹³⁶. Une société d'assurance mutualise les risques que les agents économiques assurés ont voulu transférer sur elle, moyennant le paiement d'une cotisation.

L'opération d'assurance se caractérise alors par la nécessaire estimation *a priori*, au moment de la perception des cotisations, du coût global ultérieur lorsque les événements aléatoires sur lesquels l'assureur s'est engagé se seront produits. Pour

être ni connue, ni évitée, le producteur prendrait plus de précaution dans la procédure de création, de conservation et de distribution desdits produits. Ainsi, le fait que la défectuosité ne puisse pas être révélée ne devrait pas empêcher que l'on prenne des mesures destinées à prévenir des dommages graves et irréversibles.

²¹³¹ À l'heure où la plupart des systèmes juridiques militent pour une indemnisation sans faille des victimes, consacrer l'exonération du producteur ramènerait forcément à contre courant avec cet impératif qui vise à protéger des personnes sans défense frappées par le coup du sort. Si les victimes des catastrophes comme celle de l'amiante, la vache folle, le sang contaminé et bien d'autres ont pu bien être indemnisées en France, il n'est pas impossible que dans les systèmes juridiques des pays membres de la CIMA, la responsabilité des fabricants puissent ne pas être reconnue. Ainsi, serait-il mal venu de penser que l'on puisse ignorer une telle responsabilité dans les pays où les personnes sont plus vulnérables, alors même qu'elle est maintenue dans les pays plus développés où les individus vivent dans des conditions meilleurs, comme la France.

²¹³² En effet, l'exonération pour risque de développement est largement défavorable aux consommateurs. Elle ne devrait donc pas être privilégiée dans les systèmes juridiques africains marqués par la présence des industries faibles et la régulière importation des produits défectueux. La réglementation desdits produits devrait donc être stricte pour donner une protection suffisante aux consommateurs. Ainsi, maintenir la responsabilité du producteur en cas de risque de développement serait une meilleure solution pour les pays du Tiers Monde, car les pays qui consacrent l'exonération du producteur, le font pour protéger leurs industries sur le marché international.

²¹³³ Sh. A. ADJITA, *Contribution à la protection juridique du consommateur dans les pays en voie de développement : cas de l'Afrique*, Thèse de doctorat, UACF, inédit, 1996, p. 245

²¹³⁴ Même si les assureurs tendent de plus en plus, fréquemment à exclure ce type de risque de leur garantie. Comme ça a été le cas dans l'affaire de sang contaminé.

²¹³⁵ P. PEUGEOT, « Qu'est ce qu'un dispositif de responsabilité ? », *Risques* n° 10, avril - juin 1992, cahiers de l'assurance, p.10 et s.

²¹³⁶ Coût des risques survenus, réparti et compensé entre tous les autres.

effectuer cette estimation, l'assureur détermine, à partir des statistiques des risques réalisés, une fréquence moyenne et un coût moyen du segment des risques mutualisés. Ce qui implique une expérience statistique du risque exigeant une prise en compte de deux phénomènes : l'anti sélection²¹³⁷ et le hasard moral²¹³⁸.

Dès lors, le financement du risque par le jeu de la mutualisation est rendu difficile ou trop risqué d'abord, lorsque le risque est insuffisamment aléatoire ; ensuite, quand le risque est d'une ampleur catastrophique potentiel, au regard de la faculté contributive des assurés à la mutualité ; et enfin, lorsqu'il y a maîtrise insuffisante des risques liés aux nouvelles technologies, faute d'expérience dans l'analyse du risque et d'outil statistique exploitable.

De ce qui précède, il appert que le risque de développement est aléatoire, parce que même si la défektivité, qui en est la cause, existe au moment où le produit est mis en circulation, l'on ne sait jamais vraiment quand les connaissances scientifiques et techniques seront assez évoluées pour le détecter. En revanche, ce risque, non seulement, révèle une ampleur catastrophique, mais aussi, rentre dans la catégorie des risques insuffisamment maîtrisés par les assureurs.

Fort d'une telle réalité la question qui mérite d'être posée est celle de savoir si l'assureur africain du marché CIMA est capable d'assurer le risque de développement, lorsqu'on sait que cet espace marchand connaît encore beaucoup de difficultés et redoute encore assez l'assurance de responsabilité civile. Cependant, si l'histoire²¹³⁹ a pu montrer que les assureurs ont su prendre des risques difficilement assurables voire inassurables²¹⁴⁰ quand les conditions de mutualisation du risque étaient restaurées²¹⁴¹, il apparaît bien possible que, l'assureur du marché CIMA soit capable d'assurer le risque de développement.

En tout état de cause, assurer le risque de développement dans la zone CIMA est bien possible à partir du moment où ce dernier devient une cause de responsabilité du producteur. Ce d'autant plus que Cette possibilité trouve des fondements tant sur le plan juridique (A), que sur le plan pratique (B).

A) Les fondements théoriques ou juridiques

Les fondements juridiques de l'assurabilité du risque de développement relève d'une nécessité théorique de ce phénomène dans le marché de l'assurance africaine en général et en particulier de l'assurance CIMA. Cette nécessité théorique est justifiée tant par le souci de consolidation des institutions de responsabilité civile et d'assurance (1), que par l'ambition d'atteinte des finalités de droit (2).

²¹³⁷ En cas d'anti sélection, la mutualité des assurés est essentiellement constituée par des risques lourds (sinistralité supérieure à la moyenne), les risques "normaux" n'ayant que peu d'intérêt à s'assurer parce que leur risque est faible ou bien ils estiment leur cotisation trop élevée du fait de la présence majoritaire de risques lourds. Le prix de l'assurance devient alors économiquement trop élevé. Le phénomène d'anti sélection se renforce si bien que seuls les risques lourds restent dans la mutualité, ce qui provoque mécaniquement une aggravation de la sinistralité.

²¹³⁸ Le hasard moral est lié au fait qu'un agent économique, une fois assuré, peut modifier son comportement et ainsi influencer négativement sur la mutualité.

²¹³⁹ C. BELLENGER, *Histoire de l'assurance de dommages en France*, thèse, Panthéon-Assas, 27 juin 2011.

²¹⁴⁰ Notamment, les risques nucléaires, les catastrophes naturelles

²¹⁴¹ Notamment, l'existence de plafonds de garantie ou d'une large assise de la population assurée

1) La consolidation des institutions de responsabilité civile et d'assurance dans l'espace CIMA.

Comme toute assurance, l'assurance de responsabilité civile après livraison, couvre nécessairement un risque, qui n'est pas le produit en lui-même, mais sa défectuosité. En effet, l'assurance responsabilité civile du fait des produits livrés ne joue que lorsque le produit livré est défectueux. Cependant, lorsque la défectuosité du produit est prévisible ou connue l'assurabilité du produit est une évidence. Mais, lorsque la défectuosité n'est ni prévisible, ni connue, comme c'est le cas du risque de développement, l'assurabilité du produit devient difficile et tout le débat sur la possibilité d'assurer un tel risque prend son sens.

En réalité, il demeure important de signaler que l'assurabilité du risque de développement dans l'espace CIMA pourrait s'expliquer par le souci de consolider les institutions de responsabilité civile et d'assurance. Ainsi, admettre l'inassurabilité du risque de développement reviendrait à dépouiller la responsabilité civile de tout son sens. En effet, la responsabilité civile est une obligation légale, qui trouve sa source dans l'article 1382 du code civil²¹⁴² selon lequel : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». La lecture de cette disposition laisse paraître clairement que la fonction principale de la responsabilité civile est la réparation. Or, refuser l'assurabilité du risque de développement, susceptible d'entraîner des dommages irréversibles, transfrontaliers et sériels serait admettre que l'on puisse subir un dommage sans pour autant prétendre à la réparation des conséquences de ce dernier. La réparation serait quasiment inexistante dans de pareilles circonstances dans la mesure où les dommages résultant du risque de développement ne sauraient être efficacement réparés en dehors des mécanismes d'assurance, compte tenu de leur gravité et de leur ampleur.

A cet effet, Yves JOUHAUD²¹⁴³ a eu raison d'affirmer qu'« *une société ne peut vivre et se développer que s'il existe des règles de responsabilité qui doivent être déterminées et se révéler efficaces et fiables au regard de leur finalité. Et ces règles ne peuvent être efficaces et fiables que s'il existe une assurance à la clef, qui est elle-même efficace et fiable* ». Responsabilité et assurance sont donc étroitement imbriquées, elles constituent un couple nécessaire. En effet, l'indemnisation de la victime serait rarement effective si elle était supportée par le seul patrimoine du responsable. L'assurance fait ainsi « *figure de bonne fée* »²¹⁴⁴ de la responsabilité civile et en augmente l'efficacité. Peut-être a-t-elle d'ailleurs donné l'illusion d'un pouvoir infini, puisqu'il n'est pas, aujourd'hui, de dommages d'ampleur minime ou dramatique dont on n'attende de réparation par les assureurs de dommages. Toutes choses qui témoignent de ce que l'inassurabilité du risque de développement ne saurait être admise car, elle remettrait en cause la fonction de réparation de la responsabilité et anéantirait son efficacité.

²¹⁴² Code civil français applicable au Cameroun.

²¹⁴³ Y. JOUHAUD, *op. cit.* p. 10.

²¹⁴⁴ Voir *ibidem*, p. 11.

Dès lors, l'assurabilité du risque de développement renforcerait l'assurance de responsabilité civile dans l'espace CIMA, où les assureurs ont encore une profonde aversion des risques de responsabilité civile. De plus, la nécessité d'assurer le risque de développement dans l'espace CIMA viserait à atteindre des finalités de droit.

2) L'atteinte des finalités de droit

L'admission de la couverture assurantielle du risque de développement aiderait à préserver non seulement l'équité et la justice, mais aussi la stabilité et la sécurité sociales. En effet, le droit pour être efficace, doit poursuivre cumulativement diverses finalités. Ces finalités, de façon ramassée sont regroupées en deux catégories : les finalités idéales développées par les tenants du droit naturel qui découlent de l'observation de la nature²¹⁴⁵ ; et les finalités matérielles qui résultent majoritairement de la conception positiviste du droit²¹⁴⁶. Pour les premières, le droit doit reposer sur l'idéal de justice, qui permettrait d'aboutir à l'utile, afin de mieux organiser la société.

Concernant l'idéal de justice, le courant naturaliste²¹⁴⁷ pense que la recherche de la justice doit primer sur le respect de la légalité. Ainsi, le droit ne doit pas organiser la société à tous les prix, mais il doit le faire en respectant les lois de la nature. Certains auteurs pensent à cet effet que « *La règle de droit positif se confond avec la règle morale* »²¹⁴⁸, car comme l'affirme le doyen RIPPERT, « *Le droit se ressource dans la sève morale* »²¹⁴⁹. Dans le cas d'espèce, la justice voudrait que l'on favorise la condition des victimes des dommages résultant du risque de développement, qui le plus souvent, se retrouvent dans un état de vulnérabilité et d'indignité. Cette action passerait alors par l'admission d'une couverture d'assurance de ce risque, puisque le producteur ne saurait faire face aux conséquences qui en résultent avec le seul patrimoine de l'entreprise productrice, au risque de la voir fermer ses portes. La justice doit donc être considérée comme une des fins premières du droit. La notion de justice peut refléter le juste, l'équitable et même l'égalité. Elle implique l'existence d'un ordre supérieur qui assure le triomphe des intérêts les plus respectables.

Quant à l'utile, il désigne généralement ce qui permet de servir le plus grand nombre de personnes. C'est dans ce sens qu'un courant philosophique initié par Jérémy BENTHAM²¹⁵⁰ admet que l'utile est le principe de toutes les valeurs dans le domaine de la connaissance, comme dans celui de l'action. L'assurance doit donc pouvoir être un outil mis à la disposition de la société pour rendre service à tous les

²¹⁴⁵ Cette école est l'œuvre des auteurs comme : PLATON, MONTESQUIEU, Saint Augustin, Saint Thomas DAQUIN, Emmanuel LEVY, Emmanuel KANT, GROTIUS, et bien d'autres.

²¹⁴⁶ Cette conception du droit résulte de la pensée des auteurs, notamment : HEGUEL, HANS KELSEN, Paul AMSELECK et bien d'autres.

²¹⁴⁷ Développé par certains auteurs, E. Kant, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, traduction V. DELBOS, Delagrave, éd. 1983, p. 1 et s.

²¹⁴⁸ C'est globalement la pensée des auteurs comme DABIN, ROUBIER et RIPPERT.

²¹⁴⁹ G. RIPPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 261 et s.

²¹⁵⁰ J. BENTHAM., *introduction aux principes de la morale et de la législation*, 1789, pp. 1 et s..

hommes, sans aucune distinction. Dans ce sens, elle constituera un moyen utile et remplira par conséquent l'une des finalités du droit.

Les finalités matérielles,²¹⁵¹ quant à elles, se résument de manière non exhaustive en la sécurité des personnes et des biens, la stabilité des situations juridiques, l'organisation de l'économie, le progrès social, la réalisation d'un système politique, l'harmonisation de la vie en société. L'inassurabilité du risque de développement ne saurait donc permettre au droit de la responsabilité civile et au droit de l'assurance d'intégrer ces finalités, puisqu'elle ne contribue qu'à léser les intérêts tous aussi légitimes de certaines victimes. Ce qui pourrait alors renforcer l'insécurité juridique, voire l'instabilité sociale. Le progrès social en prendrait aussi un coup, car ce refus d'assurer les grands risques, qui pourrait s'assimiler à la démission des entreprises d'assurance, contribue à maintenir le marché assurantiel CIMA à la traîne, avec ses tares et ses insuffisances.

Il ressort de toutes ces observations que, l'exigence de l'assurabilité du risque de développement reste incontournable dans le marché assurantiel CIMA, ce d'autant plus qu'elle trouve des fondements, non pas seulement sur le plan théorique, mais aussi sur le plan pratique.

B) Les fondements pratiques

Qu'est-ce qui, sur le plan pratique, pourrait justifier l'assurance des dommages provenant du risque de développement dans l'espace communautaire CIMA ? La réponse à cette question révèle le rôle important de l'assurance en Afrique. En effet, le secteur mondial de l'assurance occupe une position clé permettant d'aider les individus, les communautés et les entreprises à comprendre, gérer et limiter les risques tout en protégeant leurs actifs. Des marchés florissants soutiennent des communautés vivantes et inversement. La fourniture de produits, de services et d'expertise en matière d'assurance est un ingrédient fondamental pour accompagner le développement économique et la croissance de la société.

Ainsi, à mesure que les défis communs environnementaux, technologiques et de développement durable se clarifient, le secteur d'assurance remplit un rôle essentiel, afin d'aider les hommes à mieux appréhender le futur et à lui faire face avec courage. Ces défis sont notamment, le changement climatique, l'épuisement des ressources, la dégradation environnementale, la dérive technologique, et toutes les myriades d'autres problématiques qui menacent l'humanité. Pour ce faire, il propose une analyse de risque approfondie et un système de pré-alerte. Il devient ainsi possible de faire des choix mieux informés, de développer l'activité économique, puis de créer et soutenir des moyens d'existence durable.

Serait-il alors indiqué de soustraire certains risques du domaine de l'assurance, juste parce que, ceux-ci ne rempliraient pas les caractères classiques du risque assurable²¹⁵² ? Il en résulte alors une réponse négative. De manière plus concrète, couvrir le risque de développement serait justifié par la double nécessité de

²¹⁵¹ Elles sont soutenues par le courant positiviste.

²¹⁵² Ces conditions peuvent être d'ordre légal, moral, économique, statistique, politique, juridique, technique, conf. J. LANDEL, *op. cit.* p.55.

renforcer le rôle socio-économique de l'assureur africain (1), et d'aider à instaurer une meilleure prise en charge financière des victimes (2).

1) Le renforcement des capacités techniques des professionnels d'assurance en Afrique.

L'un des problèmes majeurs du marché de l'assurance CIMA est l'étroitesse de la matière assurable. En effet, le marché connaît un grand nombre d'assureurs qui se partagent un nombre réduit des parts de marchés. Cette situation s'explique d'abord par le fait que certains domaines d'activités restent encore non légiférés par les systèmes juridiques des pays membres de la CIMA, comme c'est le cas du risque de développement²¹⁵³. Elle s'explique ensuite par la relative inertie des assureurs qui, au lieu d'élargir leur assiette assurable, en créant de nouvelles parts de marchés, se cantonnent tout simplement à discuter le nombre réduit existant pour fournir leurs portefeuilles. Cet état de choses conduit à des pratiques vicieuses comme la sous tarification et débouche même parfois à la liquidation des compagnies d'assurance²¹⁵⁴.

De ce qui précède, l'on peut déduire que l'assurabilité du risque de développement dans le marché communautaire de l'assurance serait d'une utilité multiple. D'abord, elle élargirait le domaine de l'assurance, car elle en consisterait une part de marché qui viendrait s'ajouter à celles déjà existantes. Le rendement serait positif, le chiffre d'affaire augmenterait et le marché se développerait.

Ensuite, la couverture du risque de développement dans l'espace CIMA permettrait à l'assureur africain d'assumer sa mission de conseil, car cette couverture assurantielle pourrait permettre au fabricant de bénéficier de conseils en matière de prévention. En effet, avant la souscription de la police d'assurance, une évaluation du risque est réalisée : l'assuré met à la disposition de l'assureur un ensemble d'informations générales ou spécifiques à travers un questionnaire dûment remplis, ainsi qu'un certain nombre d'éléments techniques. L'assureur procède alors à l'analyse de ces informations. Il peut alors formuler des recommandations pour aider le producteur à mieux prévenir et cerner les risques de dommages liés à son activité et, par conséquent, l'aider à définir sa politique de prévention en matière de responsabilité civile.

En outre, assurer le risque de développement dans l'espace CIMA permettra de définir le niveau de l'implication des assureurs en termes financiers. Ce qui conduira à un travail d'exploration du risque et de tarification. Ainsi l'on envisagera la fixation des plafonds de garantie et des limites dans le temps, notamment en prévoyant les clauses réclamation ou de limite de la constatation du fait générateur²¹⁵⁵. Ces mesures demanderaient donc une bonne étude actuarielle, qui

²¹⁵³ Au Cameroun par exemple, la loi-cadre portant protection du consommateur consacre le principe de réparation des dommages subis par les consommateurs, mais ne fait référence en aucun cas du risque de développement.

²¹⁵⁴ Voir *supra*, p. 10.

²¹⁵⁵ Ces clauses sont aussi dénommées les « claims made », elles sont des clauses qu'on insère dans les contrats d'assurance responsabilité civile, et précisent que la garantie déclenchée par la réclamation du tiers. De ce fait, l'assureur ne couvre pas les réclamations concernant les faits survenus avant la souscription du contrat, sauf s'il est prévu une clause de reprise du passé inconnu, et celles présentées après

exigerait une bonne maîtrise de toutes les données nécessaires par les actuaires. L'exigence d'un tel niveau de maîtrise technique ne ferait que renforcer les capacités des professionnels d'assurance, car même si l'expertise actuarielle est acquise, il faut aussi que les producteurs et les distributeurs de l'assurance soient capables de bien maîtriser les conditions générales et spécifiques d'assurabilité du risque de développement.

Ces conditions devront être définies afin d'éviter que la profession soit exposée à de nouvelles « crises » de la responsabilité civile. Comme pour tous les sinistres sériels impliquant des indemnisations de victimes corporelles, la position défensive de la profession est rapidement battue en brèche par la société civile, relayée par les pouvoirs publics. L'on considère ainsi les assureurs et les réassureurs comme des « *deep pockets* » dans lesquelles les juges et les victimes se sentent autorisés à puiser. L'histoire récente de la responsabilité civile médicale de certains systèmes juridiques comme la France a d'ailleurs bien montré l'extrême difficulté qu'il y a à justifier des provisions importantes pour des sinistres sériels²¹⁵⁶, en même temps que l'appétit des acteurs de la société civile pour la recherche de responsables²¹⁵⁷.

Enfin, l'assureur est généralement considéré comme un partenaire dans la gestion des sinistres, conformément aux stipulations contractuelles. Dans le cas du risque de développement, il sera aux côtés du fabricant, dès que ce dernier lui aura déclaré le sinistre. Ce partenariat est fondamental, notamment dans la phase clef que représente l'évaluation des dommages et dans la formation des propositions des mesures de réparation. Ainsi, l'assureur désignera un expert ayant pour mission de constater, de décrire, d'évaluer les dommages et d'en déterminer les causes.

Toutefois, il ne suffit pas que l'assurabilité soit possible, son effectivité doit aussi être envisagée. Ce qui convoque alors l'instauration d'une meilleure prise en charge des victimes du risque de développement.

2) L'instauration d'une meilleure prise en charge financière de l'indemnisation des victimes.

La question envisagée ici, est celle de savoir comment l'assureur du marché CIMA qui connaît encore beaucoup de difficultés structurelles et conjoncturelles pourra-t-il indemniser efficacement les victimes du risque de développement, quand on sait que ce risque relève généralement d'une ampleur exceptionnelle ? La réponse à cette question vise à déterminer les modalités de la prise en charge financière de l'indemnisation.

Partant, l'assureur pourra soit garantir un tel risque seul, soit recourir aux mécanismes alternatifs de financement. En effet, souscrire une garantie responsabilité civile pour risque de développement permettrait au fabricant, en

sa résiliation, sauf en cas de souscription d'une garantie subséquente, conf. J.LANDEL, *Lexique des termes d'assurance*, 6^e éd. L'argus, 2010, p.105.

²¹⁵⁶ Voir *supra*, p. 4.

²¹⁵⁷ M. NKOUENDJIN YOTDA, « Un mort qui rapporte 198 millions : les compagnies d'assurances en péril ? », in *Revue Penant*, n° 788 - 789 de Juillet à Décembre 1985, pp. 219 et s.

qualité d'assuré, de transférer une partie de son nouveau risque entre les mains de l'assureur. En l'occurrence, ce dernier prendra alors en charge les frais de prévention et de réparation des dommages incombant au fabricant au titre de sa responsabilité civile. A cet effet, il pourra être recommandé au producteur de contacter son assureur dès la mise en œuvre des premières mesures, afin qu'il s'assure auprès de lui que les premiers frais seront bien couverts. Sous réserve du libellé exact des contrats d'assurance et de la mise en œuvre correcte et effective des actions de prévention et ou de réparation, ces frais peuvent couvrir le coût de l'évaluation des dommages, les mesures de prévention et de réparation, les frais d'étude exposés pour arbitrer entre différentes options d'actions de réparation des dommages, les frais administratifs, judiciaires et les frais d'exécution, les coûts de collecte des données, les frais généraux et les coûts de surveillance et de suivi.

La solution assurantielle permet donc au fabricant de se prémunir contre les conséquences pécuniaires liées aux opérations de prévention et de réparation dudit dommage, en transférant une partie de ce risque à l'assureur. Toutes choses qui seraient impossibles si la couverture assurantielle de ces risques était refusée au fabricant d'un produit qui doit assumer les conséquences dommageables de ce dernier. L'activité du producteur pourrait alors être asphyxiée par les charges résultant du coût de la prévention et ou de la réparation de ces risques. Plus grave encore, les victimes pourraient se retrouver sans indemnisation, ni réparation, puisque le seul patrimoine du fabricant ne pourrait pas supporter le coût de toutes ces charges.

En outre, pour une plus grande efficacité de la prise en charge des sinistres, l'assureur pourra faire recours aux mécanismes alternatifs de financement, notamment la coassurance²¹⁵⁸ et la réassurance²¹⁵⁹. La coassurance désigne une division horizontale du risque. Elle permet à l'assureur de partager les conséquences d'un risque qui pourrait s'avérer graves avec d'autres assureurs qui reçoivent aussi une partie de la prime versée par l'assuré. La réassurance, quant à elle, est une division verticale du risque. Elle permet à l'assureur de transférer à un autre assureur, appelé réassureur, tout ou une partie du risque, moyennant paiement d'une prime. Ces deux mécanismes sont d'autant plus indiqués qu'ils génèrent de plus en plus des techniques plus performantes et plus efficaces. Ainsi, se développent la coassurance communautaire²¹⁶⁰ qui reste très indiquée pour des dommages de nature transfrontalières, des mécanismes de titrisation, ainsi que les techniques de

²¹⁵⁸ J. LANDEL, *Lexique des termes d'assurance*, l'Argus, 2010, 6^e éd., p.110.

²¹⁵⁹ Ibidem, p. 437.

²¹⁶⁰ En effet, la nécessité de trouver des sociétés d'assurance susceptibles de leur accorder des pleins d'assurance de plus en plus importants, conduit les entreprises à rechercher des assureurs au-delà de leur frontière nationale. Ainsi, dans les marchés européens par exemple, les entreprises d'assurance interviennent pour obtenir une couverture plus complète de leurs risques si le marché national ne suffit pas.

réassurance modernes comme la réassurance financière²¹⁶¹ et la réassurance captive²¹⁶².

Bien plus, la prise en charge financière de l'indemnisation des victimes du risque de développement serait meilleure si l'on va au-delà de la recherche des solutions assurantielles, pour se tourner vers d'autres moyens, notamment l'intervention des pouvoirs publics. En effet il pèse sur l'Etat, une obligation de sécurité publique. Ainsi, chaque fois que cette sécurité n'est pas garantie, ce dernier doit en répondre d'une manière ou d'une autre.

Dans, le cas spécifique de la prise en charge des victimes du risque de développement, qui entraînent généralement des dommages de grande ampleur, les pouvoirs publics pourraient soit engager le budget de l'Etat²¹⁶³, soit créer des fonds d'indemnisation qui faciliteraient une telle indemnisation²¹⁶⁴. Ces fonds pourraient donc être financés, soit par les fabricants, soit par les acteurs de la société civile²¹⁶⁵, soit par les assureurs²¹⁶⁶. La seconde démarche serait la plus efficace, car elle permettrait à tous les acteurs de la chaîne de consommation et de production de s'investir dans la maîtrise de la notion assez floue et délicate, qu'est le risque de développement.

Au terme de cette analyse, il ressort que le discours sur l'inassurabilité du risque de développement est un discours de faiblesse dans une société où l'aversion au risque croît. Les barrières qu'il croit ériger sont toujours surmontables, et la lettre de la loi cède toujours devant les nécessités sociétales. Ainsi, l'exonération du producteur ne saurait être envisagée ici. Ce serait se détourner de la réalité juridique et

²¹⁶¹ La réassurance dite financière ou « *finite* » désigne une forme de réassurance « *en vertu de laquelle la perte maximale potentielle du réassureur, découlant d'un transfert significatif à la fois des risques liés à la souscription et des risques liés à l'échéance des paiements, excède à concurrence d'un montant important mais limité, les primes dues par la cédante sur toute la durée du contrat* », conf. J.LANDEL, op. cit.438.

²¹⁶² La réassurance captive désigne une société de réassurance qui est créée par un ou plusieurs groupes industriels ou commerciaux dans le but de couvrir les risques supportés par l'ensemble du groupe et de récupérer ainsi les produits financiers issus des sommes consacrées à cette couverture. Ainsi, Les sociétés captives, créées vers 1920 aux Etats-Unis se sont d'abord développées outre atlantique vers les années 1960, puis en Europe vers les années 1970. Il y aurait environ 4000 à 4500 captives dans le monde. En France, 65% environ des sociétés du CAC, 40 possèdent une structure captive. Sur cette question M. Charbonnier, une nouvelle génération des captive, Trib. ass., juillet – août 2002 – 32, cité par J. LANDEL, op.cit., pp.87 - 88.

²¹⁶³ Dans ces cas, les indemnités versées aux victimes seront des montants forfaitaires et seront directement imputés au budget de l'entité administrative concerné et rattachée principalement à l'Etat, ou plus rarement à d'autres collectivités territoriales. Ce budget serait financé par la masse fiscale des contribuables, donc par le corps social tout entier.

²¹⁶⁴ Sur la nature plurielle des fonds d'indemnisation créés en France, conf. J. KNETSCH, *op.cit.* pp. 5 et s.

²¹⁶⁵ Notamment, les ONG, l'église, les associations, certains personnalités et le patronnât.

²¹⁶⁶ Tel est le cas pour le FGAO (art. L.421 – 4 et R. 421-27, 1 à 3 (Assur.) et le fonds de garantie des assurés (art. R 423-13 (Assur). Il est également à noter que le fith a été mis en place en 1991 grâce aux 183 millions d'euros versés par les assureurs (cf. FITH, rapport annuel d'activités 2001-2002, p.20).

factuelle de l'évolution sociétale. De plus, L'inassurabilité, brandie par la profession, n'a guère de fondement technique, sinon la difficulté de tarification, qui semble toujours surmontable, si l'on fait, en cela, confiance à l'efficacité de la science actuarielle²¹⁶⁷.

Dès lors, il faut donc commencer à réfléchir aux « *risques inassurables* » dont l'assurabilité, de *facto* et de *jure*, devient une exigence du fait de la pression sociale. En effet, il convient de constater que le risque de développement est l'affaire des assureurs, des producteurs et des consommateurs. Ce qui implique qu'il ne s'agit plus d'opposer les intérêts des parties en cause, mais de redéfinir et concilier les droits et devoirs de chacun. Pour ce faire, l'on convient avec Aurore BOUIX²¹⁶⁸ que, le producteur doit rester responsable en cas de risque de développement, car consacrer son irresponsabilité, contribuerait à enraciner une insécurité à l'égard des consommateurs et des victimes des produits défectueux. En effet, c'est le producteur qui est à la source du danger puisqu'il prend la décision de mettre un produit en circulation. Ainsi, pour réduire au maximum les risques de survenance d'un défaut, il faut inciter ce dernier à gérer ses risques le plus économiquement possible, à les minimiser par une forte action de prévention, à en assumer, en propre, une partie non négligeable²¹⁶⁹ et à intervenir le plus tôt possible, une fois le dommage détecté²¹⁷⁰.

Toutefois, il faut des limites préétablies à l'indemnisation des victimes éventuelles. Ces limites pourront être dans le temps²¹⁷¹ et dans le montant²¹⁷² de l'indemnisation, car plus longue est la période demandée aux assureurs, moins importante est la capacité, qu'ils peuvent proposer. Aussi doit-on créer un fonds d'indemnisation, afin de parachever la garantie des victimes en cas d'absence d'assurance du responsable, d'insuffisance de l'indemnité d'assurance, ou en cas de drame national d'une ampleur imprévisible et touchant l'opinion publique.

Pour que ces solutions n'entraînent pas la déresponsabilisation des consommateurs qui n'en sont pas moins responsables, parce qu'ils exigent des produits de plus en plus perfectionnés, mais n'acceptent plus d'envisager d'avoir à supporter les risques inhérents à ces nouveaux produits, il conviendra au législateur de fixer, en considération des paramètres en cause, des règles de responsabilité efficaces et fiables, permettant de réaliser une répartition équitable des risques dans la société de demain.

²¹⁶⁷ P. THOUROT, « Le risque de développement », Scor Paper, n°11, p.6.

²¹⁶⁸ A. BOUIX, *op.cit.* p.15.

²¹⁶⁹ Notamment les risques proprement liés à son métier qui sont identifiables, parfaitement maîtrisables par lui et supportables financièrement.

²¹⁷⁰ Notamment par des mesures de retrait de produits de la circulation.

²¹⁷¹ On pourrait par exemple instituer des délais de prescriptions plus courtes. La directive du 25/07/1985 prévoit ainsi un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le plaignant a ou aurait en connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur (art.10).

²¹⁷² Notamment grâce à des plafonds d'indemnisation. Art. 16 de la directive du 25/07/1985.

PRATIQUE PROFESSIONNELLE

Le vœu de pauvreté des religieux en RDC: une embûche à l'exécution des décisions judiciaires conformément à l'acte uniforme sur les voies d'exécution ?

Par **LELO PHUATI Evariste**

Assistant à l'Université Président Joseph Kasa Vubu en RD. Congo/Boma
Avocat au Barreau de Matadi et Formateur en Droit OHADA

INTRODUCTION

L'homme dans l'état de nature vivait selon son gré, sans être soumis à une quelconque règle. La justice était alors une question purement privée : chacun s'efforçait de se faire justice²¹⁷³. Mais depuis la création de l'Etat, la société vouée à l'état de nature a connu une profonde transformation : le monopole de la mission de rendre justice a été confié exclusivement à l'Etat comme l'un des attributs de sa souveraineté.

Depuis lors, nul ne peut se rendre justice²¹⁷⁴. Toute personne physique ou morale s'estimant être victime d'un préjudice doit s'adresser aux institutions judiciaires légalement établies pour chercher à obtenir réparation²¹⁷⁵. Celles-ci selon une procédure appropriée rendent des décisions appelées jugements ou arrêts selon qu'elles sont rendues par des Tribunaux ou des Cours. Les décisions ainsi rendues doivent en fin de compte être exécutées.

En effet, l'exécution des décisions judiciaires est même **l'essence de l'activité du juge et gage de l'Etat de droit**. En réalité, « la finalité de toute décision judiciaire ou arbitrale, avant dire droit ou définitive, c'est d'être exécutée par les parties. Sinon, le recours à la justice étatique ou même arbitrale n'aurait aucun sens si la décision qui est rendue ne peut être exécutée volontairement ou par force »²¹⁷⁶. Joseph DJOGBENOU abonde dans le même sens lorsqu'il soutient que : « ...le droit serait sans intérêt pratique et son enseignement vain s'il n'est envisagé par la loi les mécanismes de son appropriation effective, de sa consommation »²¹⁷⁷.

Les règles à suivre pour exécuter une décision judiciaire diffèrent selon que la condamnation prononcée porte sur la personne ou sur les biens du condamné.

Concernant l'exécution sur les biens, l'article 245 de la loi congolaise dite foncière pose un principe fondamental en ces termes : « Tous les biens du débiteur, présents et

²¹⁷³ A. NTUMBA LUABA, *Droit constitutionnel général*, Presses Universitaires Africaines, Kinshasa, 2007, p.22.

²¹⁷⁴ La légitime défense qui est appliquée en RDC comme principe général du droit permet néanmoins à toute personne victime d'une agression injuste de se faire justice mais sous certaines conditions.

²¹⁷⁵ Le code de procédure civile congolaise prévoit par ailleurs la possibilité pour les parties de se référer à des arbitres privés pour le règlement de leurs litiges. C'est aussi le cas de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999.

²¹⁷⁶ KABASELE N. et MUDIANAMBU An., « Désignation des arbitres dans une sentence arbitrale », in Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie, 15^{ème} année N°031VOLI, Janvier-Juin 2011, p.46.

²¹⁷⁷ J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée. Droit Ohada*, 2^{ème} édition, Centre de Recherche et l'Etude en Droit et Institutions Judiciaires en Afrique, Cotonou, 2011, pp.13-14.

à venir sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légales de préférence ».

En vertu de cette disposition, toute décision judiciaire prononçant une condamnation pécuniaire crée un droit de créance au profit de son bénéficiaire et doit en principe être exécutée de gré ou de force sur le patrimoine du condamné²¹⁷⁸, notamment par la saisie de ses biens. C'est donc sur l'actif du patrimoine de toute personne que s'exécutent les condamnations pécuniaires prononcées à sa charge.

Par ailleurs, l'exécution effective des décisions judiciaires a certes un rôle important dans la sécurisation juridique et judiciaire des affaires et, par ricochet, dans l'attraction des investissements dont l'Afrique a besoin pour son développement durable. En réalité, l'exécution des décisions judiciaires est notamment un facteur de création d'un climat propice aux affaires. Conscient de cette évidence, les pères fondateurs de l'OHADA ont prévu un acte uniforme spécifique sur cette question. Il s'agit précisément de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution du 10 avril 1998. Et, l'article 336 de cet Acte prévoit une disposition finale rédigée à des termes « sévères²¹⁷⁹ ». Nous y lisons ce qui suit : « Les présent acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties ». L'article 28 alinéa 1^{er} du même Acte est on peu plus explicite sur cette question lorsqu'il dispose qu' : « A défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, **quelle que soit la nature de sa créance**, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter son obligation à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits »²¹⁸⁰.

²¹⁷⁸ Une telle décision peut également être exécutée sur le patrimoine des héritiers du défunt s'ils n'ont pas renoncé à la succession.

²¹⁷⁹ Le caractère sévère de cette disposition finale réside dans le fait que « le législateur ohadien » y soutient que l'acte uniforme n'abroge pas seulement les dispositions internes des Etats membres qui lui sont contraires ; mais il abroge plutôt toutes les dispositions en vigueur dans les Etats Membres de l'OHADA qui traitent la question relative aux procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. Il va de soi que la formulation de cette disposition finale est fondamentalement différente des dispositions finales d'autres actes uniformes qui, elles ne prévoient que l'abrogation des dispositions internes contraires.

²¹⁸⁰ Nous estimons que c'est avec raison que MASUANGI MBUMBA soutient que même la partie civile bénéficiaire des dommages et intérêts prononcées par une juridiction répressive en sa faveur doit se conformer à l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution pour les recouvrer (Cf. J. MBUANGI MBUMBA, *Des questions controversées de procédures civile et pénale devant les juridictions congolaises de droit commun*, Editions Presses de la Funa, Kinshasa, 2014, p.98). Appolinaire SABA est également du même avis lorsqu'il écrit que : « Cet instrument (l'Acte uniforme du 10 Avril 1998) est désormais utilisé dans tous les Etats signataires du traité de l'OHADA et abroge toutes les procédures comparables existant dans l'espace OHADA avant son entrée en vigueur (Cf. SABA A., *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales. Droit de l'OHADA et pratiques européennes*, Global Finance Securities, Paris, 2011, p.3. Joseph DJOGBENOU abonde pratiquement dans le même sens en soutenant que : « Les procédures d'exécutions en Droit OHADA sont ouvertes « quelle que soit la nature de la créance. Peu importe l'origine de la créance ou, plutôt sa nature, sociale, commerciale, civile, fiscale etc. ; l'exécution forcée a lieu de référence et dans les matières visées par le législateur OHADA, conformément aux règles posées par l'Acte Uniforme » (Cf. J. DJOGBENOU, *Op.cit.*, p. 19). Ces arguments contredisent de manière évidente certains praticiens du droit en RDC qui estiment à tort que l'Acte uniforme du 10 avril 1998 ne régit que les créances de nature commerciale.

Il est donc clair que les auteurs de cet Acte uniforme ont voulu qu'il soit le seul à être appliqué dans le domaine des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution dans l'espace OHADA. Telle est également la position de la Cour Commune et d'Arbitrage qui a arrêté que : « L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution contient aussi bien des lois de fond que de procédure qui, en la matière ont seules vocation s'appliquer dans les Etats parties »²¹⁸¹.

Cependant, en dépit de cette évidence, l'efficacité cet Acte uniforme peut être sujet à caution lorsqu'il doit être appliqué en exécution d'une décision judiciaire ayant prononcé une condamnation pécuniaire contre un religieux en République Démocratique du Congo au regard de son vœu de pauvreté.

En effet, l'on sait qu'en faisant le vœu de pauvreté, les religieux renoncent à leurs biens présents et/ ou à venir (y comprise leur vocation ou aptitude à être propriétaire) au profit de leurs instituts ou congrégations. Les biens qui peuvent normalement leur revenir sont acquis de droit par leurs instituts religieux²¹⁸². Ils deviennent incapables de jouir pleinement du droit de propriété selon le droit canonique²¹⁸³.

Ce qui précède, nous amène légitimement à nous poser la question de savoir comment peut-on appliquer l'Acte uniforme du 10 avril 1998 contre les religieux en exécution des condamnations pécuniaires prononcées à leur charge lorsqu'on sait qu'au regard de leur vœu de pauvreté, ils ne peuvent en principe être propriétaires ?

Telle est la question essentielle autour de laquelle nous allons réfléchir.

Dans notre démarche, nous analyserons le vœu de pauvreté des religieux(I) avant de parler des condamnations pécuniaires en Droit congolais(II). Nous terminerons par la problématique de l'application effective de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution contre les religieux en RDC au regard de leur vœu de pauvreté(III).

I. Le vœu de pauvreté des religieux

Pour mieux comprendre le sens et les effets du vœu de pauvreté selon le droit canonique, nous commencerons par une brève notion des instituts religieux et des religieux.

A. Notions sur les Instituts religieux et les religieux

1. Les instituts religieux

L'institut religieux est une société (fondée au sein de l'Eglise catholique romaine) dans laquelle les membres prononcent, selon le droit propre, des vœux publics perpétuels ou temporaires à renouveler à leur échéance, et mènent en commun la vie de fraternité²¹⁸⁴.

Il faut relever qu'il existe en République Démocratique du Congo plusieurs instituts religieux qui sont désignés de diverses manières : Congrégation, Couvent, Monastère, Communauté, etc. Cependant, de façon globale, il y a une distinction entre les instituts religieux de droit pontifical et ceux de droit diocésain. Les premiers sont

²¹⁸¹ CCJA, arrêt n°012/2002 du 18 avr.2002, Total Fina c/ Société COTRACOM, GD-CCJA, p.588.

²¹⁸² Canon 668§1.

²¹⁸³ Canon 668§5.

²¹⁸⁴ Canon 607§2.

ceux qui dépendent du Pape. Ce dernier doit en approuver les actes fondateurs. Ces instituts sont généralement installés dans plusieurs Etats. Les seconds sont ceux qui dépendent de l'Evêque. Il doit également en approuver les actes fondateurs. Leur champ de travail se limite au diocèse.

Historiquement, l'initiative de création des instituts religieux a toujours été l'œuvre des individus (homme et femme) inspirés²¹⁸⁵. Lorsqu'ils sont créés, les instituts religieux ne font pas partie de la hiérarchie de l'Eglise. Ils sont autonomes. C'est ainsi que sous réserve des dispositions générales prévues dans le code de droit canonique de 1983, ils sont régis par un droit propre qui tient compte de leur nature particulière²¹⁸⁶. Ce droit est généralement consigné dans un document appelé Constitution ou Code Fondamental.

2. Les religieux

Nous donnerons une définition sur ce qu'il faille entendre par religieux avant d'évoquer les conditions requises pour être admis dans un institut religieux.

a) Définition

Les religieux sont des membres d'un institut religieux qui ont émis des vœux temporaires ou perpétuels selon le droit propre. Ces membres sont communément appelés frères, sœurs, pères, moines... Ils ne sont pas à confondre avec les clercs.

Selon le droit canonique, les religieux sont des hommes et femmes qui se sont consacrés à l'Eglise d'une manière particulière²¹⁸⁷. SERIAUX ajoute que les religieux sont des personnes qui ont dédié entièrement leur vie au service de Dieu²¹⁸⁸. Pour cette raison, ils font les vœux de pauvreté, de chasteté et d'obéissance.

b) L'admission dans les instituts religieux

L'admission d'un individu dans un institut religieux commence généralement par le noviciat. Les novices sont soumis à une formation spécifique avant de devenir religieux et font des vœux temporaires et ensuite des vœux perpétuels.

Selon le canon 641, le pouvoir d'admettre les candidats au noviciat appartient aux supérieurs compétents selon le droit propre de chaque institut. Toutefois, certaines conditions sont fixées en se basant notamment sur l'âge, l'état de santé, le tempérament, les qualités et la maturité.

B. Le vœu de pauvreté : son fondement et ses effets sur le patrimoine du religieux

Les religieux font le vœu de pauvreté. Ce vœu ne saura manquer d'incidences sur le patrimoine des religieux.

²¹⁸⁵ E. LELO PHUATI, *Les règles canoniques des successions face au Droit positif congolais*, Mémoire de licence, UKV, 2007-2008. p.48.(inédit)

²¹⁸⁶ Comité canonique des religieux, *Directoire canonique de vie consacrée et sociétés de vie apostolique*, Cerf, Paris, 1986, p.25.

²¹⁸⁷ Canon 587§1.

²¹⁸⁸ A. SERIAUX, *Le droit canonique*, PUF, Paris, 1997, p.399 et ss.

Nous analyserons donc le fondement du vœu de pauvreté et ses incidences sur le patrimoine du religieux.

1. La signification et le fondement du vœu de pauvreté

Le vœu de pauvreté signifie l'acceptation par les religieux d'être pauvres et de mener une vie de pauvreté. Pour cette raison, ils sont tenus d'intérioriser et d'exprimer l'esprit de pauvreté. Ils doivent donc dépendre de leurs supérieurs même pour l'acquisition et l'usage de leurs biens propres²¹⁸⁹. Le fondement de ce vœu se trouve dans le christianisme. En effet, le droit canonique renseigne que les religieux font le vœu de pauvreté en imitant le Christ qui s'était fait pauvre à cause des hommes alors qu'il était riche²¹⁹⁰.

3. Les effets et les conséquences du vœu de pauvreté sur le patrimoine du religieux

Nous pouvons dégager trois effets essentiels :

a) La cession de la gestion des biens propres

La cession dont il est question ici ne concerne que les novices admis dans des instituts religieux où les membres sont autorisés à être propriétaires de leurs biens acquis avant les vœux perpétuels. Le canon 668 §1 dispose à ce sujet : « Avant leur première profession, les membres céderont l'administration de leurs biens à qui ils voudront et, à moins que les constitutions n'en décident autrement, disposeront librement de l'usage de leurs biens et leur usufruit... ». En effet, les novices avant d'émettre leurs vœux temporaires sont tenus de céder l'administration de leurs biens à une personne de leur choix.

Cette cession résulte du vœu de pauvreté. Elle intervient avant même que les novices ne deviennent des religieux, c'est-à-dire, avant l'émission des vœux. A titre illustratif, les novices admis dans la congrégation des Frères de Saint Joseph du Diocèse de Boma²¹⁹¹ procèdent à cette cession (voir article 44 de leurs constitutions).

b) L'incapacité d'acquérir des biens après les vœux perpétuels

Cette incapacité concerne les instituts religieux dans lesquels les membres sont tenus de renoncer à leurs biens avenir, c'est-à-dire, ceux acquis après les vœux perpétuels par un travail personnel ou au titre de l'institut et ceux qui leur proviennent de quelque autre source : pensions, subventions, rentes... Ces biens sont acquis de droit par l'institut ou la congrégation.

Il se constate dans la pratique que, dans la plupart de cas, ces religieux ne disposent pas de biens de grande valeur²¹⁹². En RDC, cette situation s'explique

²¹⁸⁹ *Concile œcuménique Vatican II*, Constitutions, Décrets, Déclarations, Messages, Centurion, Paris, 1967, p.482.

²¹⁹⁰ *Concile œcuménique Vatican II*, Constitutions, Décrets, Déclarations, Messages, Centurion, Paris, 1967, p.482.

²¹⁹¹ Boma est une ville située à l'ouest de la République Démocratique du Congo, plus précisément dans la province du Bas-Congo.

²¹⁹² Nous pouvons dès lors comprendre pourquoi les testaments des religieux membres de ces instituts ne portent que sur les biens acquis avant les vœux perpétuels si, bien sûr, de tels biens existent.

essentiellement par le fait que l'âge d'admission au noviciat coïncide généralement avec celui de la fin d'études secondaires (études de baccalauréat dans d'autres pays). Il y a alors lieu de se demander ce que peut avoir un jeune diplômé congolais comme biens de grande valeur.

Parmi les instituts religieux qui sont régis par ces règles dans notre pays, nous pouvons citer les congrégations des Frères de Saint Joseph de Boma, des Sœurs Servantes de Marie, des Pères Passionnistes.

Après les vœux perpétuels, les religieux de ces instituts renoncent donc à la capacité d'acquérir. Toutefois, nous précisons que cette incapacité de jouissance n'est que partielle car les religieux concernés restent tout de même propriétaires des biens acquis avant les vœux perpétuels au cas où ils existeraient.

c) L'incapacité totale ou la renonciation au droit de propriété

En raison de la nature propre à certains instituts religieux, les religieux qui y sont membres renoncent totalement au droit de propriété. Cette renonciation s'étend à leurs biens présents et à venir. En faisant le vœu de pauvreté, ils perdent la capacité d'acquérir des biens. Autrement dit, ils deviennent incapables de jouir du droit de propriété au regard du droit canonique.

Le canon 668 §5 déclare à ce sujet : « Le profès (religieux), qui aura, en raison de la nature de son institut, renoncé totalement à ses biens perd la capacité d'acquérir et de posséder²¹⁹³, c'est pourquoi il pose invalablement les actes contraires au vœu de pauvreté. Les biens qui lui adviennent après cette renonciation reviennent donc à l'institut selon le droit propre ». Les Sœurs de la congrégation de Saint Vincent de Paul Servantes des Pauvres, par exemple, procèdent à la renonciation totale. De ce fait, le droit canonique les considère incapables de jouir du droit de propriété.

Cette précision sur les instituts religieux, les religieux et le vœu de pauvreté nous permet d'aborder les sortes des condamnations de nature pécuniaire qui peuvent être prononcées en Droit Congolais tout en se penchant sur la question de leur exécution au regard du droit OHADA.

II. Les condamnations pécuniaires en Droit congolais et leur exécution au regard de l'AUPSRVE

Nous donnerons une notion sur les condamnations pécuniaires, leur nature et leur exécution au regard l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution.

A. Notion

Les condamnations pécuniaires sont parmi les mesures auxquelles les juridictions congolaises peuvent recourir pour sanctionner les violations des lois et des obligations.

Nous entendons par condamnation pécuniaire, toute condamnation de nature pécuniaire qu'une juridiction prononce contre une personne à titre de remboursement

²¹⁹³ Ici, par posséder il faut comprendre être propriétaire.

ou de réparation d'un préjudice ou encore à titre de frais occasionnés par une instance judiciaire à laquelle elle a succombé totalement ou partiellement.

B. La nature des condamnations pécuniaires

En Droit congolais, les condamnations pécuniaires peuvent notamment être prononcées par une juridiction pénale, civile, administrative ou arbitrale.

1. Les condamnations pécuniaires prononcées par les juridictions civiles

Par juridictions civiles, on entend celles qui sont légalement compétentes pour connaître des affaires de droit privé, c'est-à-dire les affaires où ne se trouvent en jeu que les intérêts particuliers²¹⁹⁴. Nous assimilons par extension les matières du travail et commerciales aux matières civiles.

A ce niveau, la juridiction civile peut prononcer les condamnations pécuniaires suivantes :

- le payement d'une créance pure et simple²¹⁹⁵ ;
- le payement des dommages et intérêts²¹⁹⁶, et
- le payement des frais de justice.

2. Les condamnations pécuniaires prononcées par les juridictions répressives

Par juridictions répressives, il faut entendre celles qui sont légalement compétentes pour connaître des faits infractionnels et de prononcer les peines prévues par la loi. La procédure devant ces juridictions est inquisitoriale²¹⁹⁷.

Ces juridictions peuvent prononcer les condamnations pécuniaires suivantes :

- payement d'une créance soit à titre de remboursement ou de restitution ;
- le payement des dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts peuvent être prononcés d'office²¹⁹⁸ ou à la requête de la victime qui a saisi la juridiction par citation directe ou qui s'est constituée partie civile²¹⁹⁹ ;
- les amendes judiciaires. L'article 5 du Code pénal congolais livre Ier retient la peine d'amende parmi les peines applicables aux infractions en République Démocratique du Congo. Il s'agit donc là d'une condamnation pécuniaire. Toutefois, le juge dans sa décision peut prévoir que la peine d'amende sera remplacée par une peine de servitude pénale subsidiaire qui ne doit jamais dépasser six mois²²⁰⁰ au cas où elle (l'amende) n'est pas payée dans le délai ;
- les frais de justice.

3. Les condamnations civiles prononcées par les juridictions administratives

La juridiction administrative est celle qui est compétente pour statuer sur les matières administratives. Conformément à l'article 149²²⁰¹ du Code d'Organisation

²¹⁹⁴ H. LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, PUF, Paris, 1964, p.7.

²¹⁹⁵ C'est le cas d'une juridiction qui ordonne la restitution ou le remboursement d'une créance principale.

²¹⁹⁶ Ils peuvent être compensatoires ou moratoires.

²¹⁹⁷ La procédure inquisitoriale se caractérise par le rôle actif joué par le juge dans la recherche de la vérité.

²¹⁹⁸ Cf. article 108 de la loi organique portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

²¹⁹⁹ Article 69 du Code de procédure pénale congolais.

²²⁰⁰ Article 12 et 13 du Code Pénal Congolais Livre premier.

²²⁰¹ Il faut préciser que cette disposition reste en vigueur en dépit de la promulgation de la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire. C'est ce qui ressort de l'article 154 de cette loi qui dispose ce qui suit : « En attendant l'installation des juridictions de l'ordre administratif la Cour Suprême de Justice et la Cour d'Appel exercent les attributions dévolues respectivement au Conseil d'Etat et à la Cour Administrative d'Appel

Judiciaire du 31 mars 1982, « l'action en réparation du préjudice causé par un acte, un règlement ou une décision illégale peut être portée en même temps que la demande en annulation devant la même Cour (d'appel), lorsque le préjudice subi ne peut être entièrement réparé par l'acte d'annulation ».

Toutefois, la demande de réparation d'un dommage devant la section administrative de la C.A. ou de la C.S.J. en attendant l'installation effective des juridictions de l'ordre administratif n'est recevable que si elle est précédée d'une réclamation devant l'autorité dont l'acte est fait grief. En vertu de ces dispositions, la section administrative de la C.A. ou de la C.S.J. peut prononcer des dommages et intérêts contre l'administration ou un particulier, outre les frais de justice.

C. L'exécution des condamnations pécuniaires en OHADA

Rappelons que la finalité de toute décision judiciaire est d'être exécutée. A ce niveau, nous allons essentiellement parler de l'exécution des condamnations pécuniaires. Après avoir donné le principe fondamental sur question d'exécution des décisions judiciaires en Droit Congolais, nous nous pencherons brièvement sur les procédés d'exécution des décisions judiciaires en Droit OHADA.

1. Principe fondamental sur l'exécution des jugements au regard du droit congolais

Comme nous l'avons souligné précédemment, la crédibilité de la justice s'effondrait certainement si les décisions rendues par les Cours et Tribunaux ne peuvent être exécutées de gré ou de force. L'exécution des décisions judiciaires est l'essence de la justice. En République Démocratique du Congo, le Constituant en a même fait une préoccupation majeure. En effet, l'article 149 alinéa 4 de la constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour dispose que : « Les arrêts et les jugements ainsi que les ordonnances des Cours et Tribunaux sont exécutés au nom du Président de la République ». L'article 151 du même texte poursuit : « le pouvoir exécutif ne peut (...) ni entraver la cours de la justice, **ni s'opposer à l'exécution d'une décision de justice** ».

Historiquement, les modalités d'exécution des condamnations pécuniaires à travers le monde ont connu une longue évolution. En droit romain par exemple, la personne répondait corporellement de ses engagements²²⁰². Ainsi, le créancier non payé pouvait s'emparer de son débiteur pour le vendre ou le réduire en esclave²²⁰³.

Avec le temps, ce procédé manifestement inhumain fut abandonné²²⁰⁴. Depuis lors, c'est sur le patrimoine du débiteur que s'exécutent de gré ou de force ses obligations de nature pécuniaire.

Ce principe fut formellement consacré par les articles 2092 et 2093 du Code Napoléon.

prévus par la Constitution et appliquent, chacune, les règles de compétence définies par les articles 146 à 149 de l'ordonnance loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires ».

²²⁰² G. KALAMBAY, *Droit civil : Régime des sûretés*, VOLIII, PUZ, Kinshasa, 1990, p.13.

²²⁰³ Ibidem, p.14. Lire également à ce sujet Joseph DJOGBENOU, *Op.cit.*, p.27.

²²⁰⁴ En République Démocratique du Congo, la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour interdit formellement l'emprisonnement pour dettes quelles que soient les circonstances.

Nous y lisons respectivement :

- Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir.
- Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

En République Démocratique du Congo, le principe ainsi consacré par l'article 2093 du Code Napoléon avait été repris textuellement par l'article 245 de la loi foncière²²⁰⁵.

Par ailleurs, le Droit OHADA ne s'écarte pas de cette logique. C'est dans ce cadre que l'Acte uniforme du 10 avril 1998 consacre le principe de recouvrement des créances sur les biens du créancier et non sur sa personne.

2. Le Droit OHADA et l'exécution des décisions judiciaires

Comme pré rappelé, l'importance qu'il y a à faire exécuter les décisions judiciaires a amené les Etats Membres de l'OHADA à adopter un Acte uniforme spécifique en la matière. En effet, nous avons précédemment affirmé que l'exécution des décisions judiciaires est un facteur non négligeable susceptible d'assurer la sécurité juridique et judiciaire dont l'Afrique a besoin pour son développement.

Cependant, il convient pour nous de préciser d'ores et déjà que notre démarche à ce niveau ne consistera pas à faire une étude approfondie sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution organisées par l'Acte uniforme précité. Cela paraît d'ailleurs quasi impossible dans une réflexion du genre.

Cela étant, nous allons nous limiter à donner quelques notions qui nous permettront de démontrer de quelle manière le vœu de pauvreté que font les religieux en République Démocratique du Congo peut constituer une embûche à l'exécution effective d'une décision judiciaire conformément au Droit OHADA. En effet, l'Acte uniforme du 10 avril 1998 prévoit deux principales sortes de mesures de recouvrement. Il s'agit d'une part des procédures simplifiées de recouvrement²²⁰⁶, et d'autre part les voies d'exécution²²⁰⁷. Les procédures simplifiées sont de deux ordres ; à savoir l'injonction de payer et l'injonction de délivrer ou de restituer un bien meuble déterminé. La procédure d'injonction à payer est considérée comme étant la procédure de droit commun. En ce qui concerne les voies d'exécution, l'Acte uniforme précité organise les saisies conservatoires, la saisie-vente, la saisie-

²²⁰⁵ Nous avons déjà donné le contenu de cette disposition dans la partie introductive de la présente réflexion.

²²⁰⁶ Les procédures simplifiées de recouvrement des créances dans l'espace OHADA sont réglementées par les articles 1^{er} à 27 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998. Ces procédures, en principe, de nature simple et rapide ont généralement pour particularité de commencer par une injonction du juge, lequel au vu des éléments de preuve fournis par le créancier, enjoint au débiteur d'avoir à exécuter son obligation dans un certain délai. (Cf.H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, cité par M. ADJAKA, *La pratique simplifiée de recouvrement des créances dans l'espace OHADA*, 1^{ère} édition, Ets SOUKOU, Sans date, ni lieu, p.6).Le débiteur informé de cette ordonnance prise par le Président du Tribunal sur les seuls prétentions et moyens du créancier peut former opposition en vue d'un débat contradictoire dans le délai de 15 jours. Ce délai court à partir de la signification faite à personne ou à défaut à partir du premier acte signifié à personne ou suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur.

²²⁰⁷ Les voies d'exécution par contre sont réglementées par les articles 28 à 338 du même Acte uniforme.

attribution des créances, la cession et la saisie des rémunérations, la saisie-appréhension et la saisie-revendication des biens meubles corporels, la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières et enfin la saisie immobilière.

Les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ont un dénominateur commun en ce sens qu'elles portent sur le patrimoine du débiteur. C'est ainsi que le vœu de pauvreté des religieux qui porte également sur ce même patrimoine ne peut manquer d'effets à leur égard.

III. L'exécution des décisions judiciaires contre les religieux en RDC conformément à l'AUPSRVE au regard de leur vœu de pauvreté

Exécuter les condamnations pécuniaires contre un religieux paraît en tout cas complexe. En effet, nous avons relevé que c'est sur le patrimoine du religieux ayant pourtant fait le vœu de pauvreté que doit s'exécuter les condamnations pécuniaires prononcées contre lui.

A ce niveau, nous allons réfléchir sur cette problématique au regard du Droit canonique (A) et du Droit OHADA (B).

A. Aperçu sur l'exécution des condamnations pécuniaires contre les religieux au regard du Droit canonique

Le droit canonique n'aborde pas particulièrement la question de l'exécution des condamnations pécuniaires contre les religieux. L'article 639 du Code du droit canonique de 1983 fait plutôt allusion à la personne qui doit répondre des actes posés par un religieux. Nous y lisons en effet : « Si une personne juridique a contracté des dettes et obligations, même avec la permission des supérieurs, c'est elle qui est tenue d'en répondre. Si un membre, avec la permission du supérieur, s'est engagé sur ses propres biens, il doit en répondre lui-même ; mais s'il a reçu mandat de son supérieur pour régler une affaire de l'institut, c'est l'institut qui doit en répondre. Si un religieux a contracté sans aucune permission des Supérieurs, c'est à lui d'en répondre et non la personne juridique. Il reste cependant entendu qu'une action en justice peut toujours être intentée contre celui qui a tiré avantage du contrat. Les supérieurs religieux se garderont bien de permettre de contracter des dettes, à moins qu'il ne soit certain que les revenus habituels puissent couvrir les intérêts et que, dans un délai qui ne soit trop long, le capital puisse être remboursé par un amortissement légitime ».

De cette disposition, nous déduisons que le droit canonique prévoit deux solutions au problème des charges pécuniaires qui peuvent peser sur un religieux :

1° L'institut religieux est responsable des actes que le religieux pose au nom et pour le compte de l'institut.

2° Le religieux est lui-même responsable des actes qu'il pose en son nom et pour son propre compte.

B. La question de l'exécution des condamnations pécuniaires contre les religieux conformément à l'AUPSRVE

Le vœu de pauvreté tel qu'il est prévu en droit canonique a des incidences certaines sur l'application effective de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées

de recouvrement et voies d'exécution surtout lorsqu'il faut pratiquer l'un ou l'autre type de saisie qui y est prévu .

Mais, avant de poursuivre notre réflexion, nous devons relever que le vœu de pauvreté ne fait même pas partie du droit positif congolais en ce qu'il n'est une simple règle interne des instituts religieux, qui eux-mêmes ont la nature juridique des associations sans but lucratif²²⁰⁸.

Ainsi, il convient à ce niveau d'examiner d'abord la conformité de ce vœu au droit positif congolais avant de nous pencher sur les incidences qu'il peut avoir sur l'application effective de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées et recouvrement et voies d'exécution.

1. La question de la conformité du vœu de pauvreté au Droit positif Congolais

Plusieurs congolais ont choisi l'état de vie religieuse et se soumettent de ce fait, dans les divers instituts religieux implantés en R.D.C. ou ailleurs, aux différentes règles canoniques que nous venons d'examiner.

Ils sont alors incapables selon le droit canonique.

Nous pouvons ainsi réfléchir sur la conformité de ces règles (canoniques) au droit positif congolais.

Nous allons commencer par un examen succinct des dispositions légales congolaises sur la capacité et l'incapacité avant de nous pencher sur la question.

a) La capacité et l'incapacité en Droit congolais

1°) Notion

Les textes légaux en vigueur en République Démocratique du Congo parlent de la capacité sans en donner la définition.

Nous pouvons nous référer à la doctrine qui la définit comme étant l'aptitude d'une personne à faire un acte juridique valable²²⁰⁹. En revanche, l'incapacité est l'état d'une personne privée par la loi de la jouissance ou de l'exercice de certains droits²²¹⁰.

La législation congolaise consacre plusieurs dispositions sur la capacité et sur l'incapacité :

- l'article 211 du code de la famille dispose que: « sauf les exceptions établies par la loi, toute personne jouit des droits civils depuis sa conception à condition qu'elle naisse vivante ».

- l'article 23 du CCCL III déclare que : « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

Ainsi, en R.D.C., le principe fondamental est que toute personne est capable ; ce n'est qu'à titre exceptionnel que la loi peut déclarer un individu incapable. Nous dirons alors que « la capacité est la règle ; l'incapacité l'exception ».

²²⁰⁸ Cependant, il faut signaler que certains instituts religieux n'ont pas une personnalité juridique autonome en dehors de celle des diocèses au sein desquels ils évoluent.

²²⁰⁹ NK. BOMPAKA, *Droit civil les personnes*, cours polycopié, UKV, 2004, p.22.

²²¹⁰ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2005, p.297.

La doctrine opère une distinction entre la capacité d'exercice et de jouissance d'une part et, d'autre part l'incapacité d'exercice et de jouissance

GUILLIEN et VINCENT nous apprennent, en effet, que l'incapacité est dite d'exercice lorsque « la personne qui en est frappée est inapte à mettre en œuvre elle-même ou à exercer seule certains droits dont elle demeure titulaire. Elle est dite de jouissance lorsque la personne qui en est frappée est inapte à être titulaire d'un ou de plusieurs droits ; elle ne peut être générale »²²¹¹.

2°) Les incapables en droit congolais

- Enumération légale

L'article 215 du Code (congolais) de la famille énumère les incapables. Il s'agit de :

- 1) mineurs ;
- 2) majeurs aliénés interdits ;
- 3) majeurs faibles d'esprit, prodiges affaiblis par l'âge ou infirmes placés sous curatelle.

L'alinéa 2 de cet article ajoute que la capacité de la femme mariée trouve certaines limitations conformément à ce texte de la loi.

Nous devons vraiment souligner que cette énumération est **limitative** et est de **stricte** interprétation. Une personne qui n'est pas considérée incapable par la loi (seule) est capable. Cela revient à dire que la volonté d'une personne de se faire incapable est inopérante.

- Les régimes des incapables

Les régimes que nous allons présenter ont été institués dans l'intérêt des incapables eux-mêmes, puisqu'ils visent leur protection.²²¹²

Il existe trois régimes en R.D.C. :

- la représentation : elle consiste dans la substitution d'une personne capable dans l'exercice du droit. L'incapable disparaît en quelque sorte de la scène juridique²²¹³. C'est le cas des mineurs non émancipés et de majeurs aliénés interdits ;
- l'assistance : c'est une mesure de protection de certains incapables majeurs (faibles d'esprit, prodiges, mineurs émancipés) pour l'accomplissement de certains actes ; ces dernières personnes sont alors placées sous curatelle. Le curateur, par son assistance, confère à l'acte sa validité. Toutefois, celui qui assiste ne représente pas.
- l'autorisation : elle vise d'une manière spécifique la femme mariée ; celle-ci doit obtenir l'autorisation de son mari avant d'accomplir certains actes juridiques²²¹⁴.

b) La question de la conformité du vœu de pauvreté au Droit positif congolais

Le vœu de pauvreté institue une incapacité de jouissance privant les religieux de l'aptitude à être titulaires du droit de propriété de leurs biens présents et/ou à venir ; les religieux renoncent donc au droit de propriété en tant que faculté ou aptitude.

²²¹¹ Ibidem, p.298.

²²¹² NK. BOMPAKA, *op.cit.*, p.23.

²²¹³ Ibidem.

²²¹⁴ Article 448 du code de la famille.

Par rapport au droit congolais, l'incapacité établie en droit canonique à l'égard des religieux est sans effet juridique et ce, pour deux raisons essentielles :

D'abord, les articles 212, 213 du Code de la famille et 23 du CCCL III énoncent clairement que l'incapacité ne peut être établie que par la loi. Celle-ci doit rester de stricte interprétation, comme nous l'avons dit. L'article 215 du Code de la famille ne retient nullement les religieux parmi les incapables.

Ainsi, au regard de la loi, les religieux ayant la nationalité congolaise ne sont pas incapables malgré les règles canoniques auxquelles ils se soumettent et malgré leurs propres vœux.

Ensuite, la loi congolaise (le code de la famille) reconnaît à une personne physique le droit de renoncer à certains de ses biens ou même de les céder mais **à la limite de la quotité disponible**. Mais nul ne peut renoncer au droit de propriété lui-même en tant qu'**aptitude**. En effet, les normes internationales ratifiées par la R.D.C. garantissent ce droit (droit de propriété) et l'article 34 de la constitution déclare par ailleurs que « la propriété privée est sacrée ».

Le droit de propriété constitue un droit fondamental, une liberté publique ; il est inaliénable. Aucun individu ne peut le perdre, temporairement ou définitivement, partiellement ou totalement, volontairement ou de force, parce qu'il est inhérent à la personnalité humaine même. Son existence ne dépend ni de la volonté de l'Etat, ni de celle de son titulaire et ni de celle d'une tierce personne.

En plus, l'article 60 de la constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour déclare solennellement que : « Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés dans la constitution s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne ».

Ainsi, la volonté du religieux de renoncer à son droit d'être titulaire du droit de propriété est inopérante au regard de la législation congolaise.

2. Le vœu de pauvreté et l'exécution des condamnations pécuniaires contre les religieux conformément à l'AUPSRVE

Il est certes vrai que le vœu de pauvreté n'est pas conforme au Droit positif congolais. Mais, il faut avouer que dans la pratique le vœu de pauvreté reste d'application dans pratiquement tous les instituts religieux installés en République Démocratique du Congo²²¹⁵ et ce, avec tous ses effets sur le patrimoine des religieux.

Dans ces conditions, il est clair que lorsqu'un religieux est condamné à payer une somme d'argent, l'exécution de la décision judiciaire le condamnant peut être problématique étant donné qu'en vertu du vœu de pauvreté le religieux ne peut pratiquement pas avoir des biens. C'est justement en cela que le vœu peut constituer une réelle embûche à l'application fructueuse de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. En effet, il va de soi que l'huissier exécutant peut être butté devant une situation de carence des biens du religieux susceptible de faire l'objet de saisie.

Néanmoins, étant donné que le vœu de pauvreté n'est pas conforme au droit congolais, nous estimons que l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution pourra tout de même être appliqué si le religieux

²²¹⁵ Nous pensons que cette situation se justifie notamment par l'inattention et même la passivité des autorités congolaises.

concerné dispose des biens identifiés ou identifiable indépendamment de son vœu de pauvreté. Tel ne sera pas le cas si pareils biens ne sont pas identifiés ou identifiables.

***L'exécution d'une condamnation pécuniaire contre un religieux ayant des biens identifiés ou identifiables**

Lorsque les biens du religieux ou ceux devant lui revenir sont identifiés ou identifiables, ils devront en tout cas faire l'objet de saisie conformément à l'une des formes des saisies prévues par l'acte uniforme du 10 avril 1998 portant procédure simplifiée de recouvrement et voies d'exécution.

Le religieux ne pourra pas se prévaloir avec succès de son vœu de pauvreté qui, avons-nous dit ne peut produire aucun effet juridique parce que contraire au Droit congolais.

Toutefois, nous reconnaissons que l'identification des biens religieux peut paraître difficile dans la pratique. Ce qui sera défavorable à leurs créanciers.

***L'exécution des condamnations pécuniaires contre un religieux n'ayant pas de biens identifiés ou identifiables**

Lorsque le religieux condamné à payer une somme d'argent n'a pas de biens identifiés ou identifiables, l'exécution d'une telle décision ne sera pas possible. L'huissier exécutant ne pourra qu'établir un procès-verbal de carence.

Néanmoins, le bénéficiaire de la décision concernée pourra l'exécuter sur les héritiers du religieux après la mort de ce dernier, mais seulement si ces héritiers n'ont pas renoncé à la succession du religieux.

Par ailleurs, l'exécution de la condamnation pécuniaire à charge du religieux pourra également se faire sur le patrimoine de l'institut religieux ou celui de l'église catholique²²¹⁶ si le religieux condamné avait agit au nom et pour le compte de l'institut. Mais pour cela il faudrait que l'institut religieux ou l'église ait été préalablement appelée à l'instance comme civilement responsable

CONCLUSION

Notre réflexion a porté sur le problématique de l'exécution des condamnations pécuniaires contre les religieux en application de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 au regard de leur vœu de pauvreté. Il était essentiellement question pour nous de réfléchir comment on peut exécuter une condamnation pécuniaire contre un religieux alors que selon le droit canonique les religieux ne peuvent être totalement ou partiellement propriétaire de leurs biens.

Pour répondre à cette question, nous avons réparti notre étude en trois parties essentielles. Dans la première, nous avons analysé le vœu de pauvreté : son fondement et ses effets sur le patrimoine des religieux. Dans la deuxième partie, nous avons abordé les différentes condamnations pécuniaires qu'une personne peut encourir en justice selon le droit congolais. A travers la troisième, nous avons apporté quelques solutions sur la manière dont une condamnation pécuniaire contre un religieux peut être exécutée en application de l'AUPSRVE en dépit de son vœu de pauvreté.

²²¹⁶ C'est l'église qui doit être civilement responsable lorsque l'institut religieux auquel appartient le religieux n'a pas de personnalité juridique autonome.

Ainsi avons-nous estimé que si le religieux ayant fait un vœu de pauvreté a tout de même des biens identifiés ou identifiables, ceux-ci feront l'objet de saisie conformément à l'Acte uniforme précité. Dans le cas contraire, le jugement ne pourra être exécuté ; à moins qu'il ne le soit contre les héritiers du religieux à sa mort. Le jugement ne peut en principe être exécuté contre l'Institut Religieux en tant que civilement responsable que si le religieux avait agi pour le compte l'Institut.

En ce qui nous concerne, nous pensons que le vœu de pauvreté peut constituer une véritable embûche de fait à l'exécution d'une condamnation pécuniaire contre un religieux conformément à l'AUPSRVE. Il est clair que cette situation ne protège pas les bénéficiaires des condamnations pécuniaires et peut même devenir un facteur de discrédit de la justice congolaise. En effet, nous rappelons que l'exécution des décisions judiciaires est l'essence de l'activité du juge et gage d'un Etat de droit. Rien ne sert à gagner une décision judiciaire dont l'exécution est impossible ou incertaine.

En définitive, nous pensons que le vœu de pauvreté des religieux doit être repensé car il n'est pas conforme au droit positif congolais. La position de l'article 22 de la Constitution congolaise à son alinéa 2 est ferme à ce sujet. Nous y lisons : « Toute personne a le droit de manifester sa religion ou ses convictions, seule ou en groupe, tant en public qu'en privé, (...) sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public, des bonnes mœurs et des droits d'autrui ».

L'article 56 de la loi n° 004-2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique à son point 2 ajoute : « Outre les conditions prévues aux articles 4, 6 et 7 de la présente loi, l'association sans but lucratif confessionnelle doit remplir les conditions suivantes: « (...) s'interdire d'édicter des règles ni dispenser des enseignements qui iraient à l'encontre des lois, de bonnes mœurs et de l'ordre public... ».

C'est notamment à cette condition que l'Acte uniforme du 10 avril 1998 pourrait être appliqué avec succès en exécution d'une condition pécuniaire contre un religieux.

Le Règlement du contentieux communautaire par la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC

Par

Georges TATY, Juge à la Cour de Justice de la CEMAC²²¹⁷.

Propos introductifs

Le règlement du contentieux communautaire figure parmi les thèmes classiques de la protection juridictionnelle en droit communautaire.

Lorsque des visiteurs rencontrent à NDJAMENA²²¹⁸ un juge communautaire, il arrive bien souvent que l'un d'eux pose la question 'à quoi sert la Cour de Justice de la CEMAC ?'²²¹⁹

La présente contribution vise à travers l'étude du système juridictionnel de la CEMAC à répondre à cette interrogation.

Précisons que pour la clarté de notre exposé, nous avons choisi de concentrer notre analyse sur la Chambre Judiciaire excluant la Chambre des Comptes²²²⁰ qui n'a pas vocation, malgré son caractère juridictionnel à connaître du contentieux né de l'interprétation des normes communautaires, compétence réservée exclusivement à la Chambre judiciaire, qu'elle partage avec les juridictions des Etats membres dans le cadre de la question préjudicielle²²²¹.

²²¹⁷ Les opinions exprimées dans cette communication n'engagent que l'auteur, indépendamment de sa qualité de juge communautaire.

L'auteur peut être contacté à l'adresse taty_georges@yahoo.fr

²²¹⁸ La Cour de Justice a son siège à NDJAMENA (République du Tchad).

²²¹⁹ Selon l'article 5 du Traité instituant la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale, la Cour de Justice actuelle fonctionne comme une Cour Suprême et comporte deux Chambres : une Chambre Judiciaire et une Chambre des Comptes dont la composition, le fonctionnement et le champ de compétence de chacune, sont contenus dans la Convention régissant la Cour de Justice.

La révision du traité de la CEMAC du 25 juin 2008 met fin à cette dualité en créant une Cour de Justice et une Cour des Comptes.

Ces deux juridictions ne seront effectives qu'après la ratification du traité par tous les Etats membres.

²²²⁰ La Chambre des Comptes examine la légalité et la régularité des recettes et des dépenses et s'assure de la bonne gestion financière de la Communauté. Elle attire l'attention des autres institutions et de l'opinion sur les irrégularités comptables ou les fraudes qu'elle constate à l'occasion des divers rapports destinés au Parlement communautaire lors de son contrôle de l'exécution du budget par la Commission. Même si les textes ne le disent pas, la Chambre peut demander à la Commission de poursuivre les responsables d'irrégularités ou de fautes présumées voire constatées lors de son contrôle.

²²²¹ Les juges nationaux sont devenus eux-mêmes les juges communautaires de droit commun : les dispositions directement applicables du droit dérivé sont intégrées dans le droit national sans le relais d'une procédure parlementaire. Ils sont compétents pour connaître tous les litiges relatifs aux normes CEMAC, dont un texte n'attribue pas la connaissance à la Chambre Judiciaire.

Pourquoi une juridiction régionale communautaire ?

La création d'une juridiction régionale communautaire permettant d'assurer le respect de la légalité est un élément consubstantiel de la "Communauté de droit"²²²² pour reprendre la formule utilisée en 1959 par Walter Hallstein, Président de la Commission des Communautés européennes, citée dans le célèbre arrêt "Les Verts" du 23 avril 1986²²²³.

Il est essentiel en effet que les actes des institutions communautaires susceptibles de produire des effets juridiques et d'affecter directement les droits et intérêts des différents sujets de droit soient soumis à un contrôle juridictionnel qui soit apte à vérifier la conformité des actes des institutions au traité.

Cette communauté de droit qu'emprunte à son tour la CEMAC, exige que les Etats membres respectent leurs obligations découlant du traité. A défaut, une procédure en manquement pourra être engagée.

Originalité de la juridiction communautaire

L'originalité de la justice communautaire réside dans le fait que la Chambre Judiciaire est une véritable juridiction indépendante dont l'archétype est la Cour de Justice de l'Union européenne²²²⁴.

Ce modèle est caractérisé par l'institution d'une juridiction obligatoire, alors que la Cour internationale de Justice (CIJ), organe judiciaire des Nations Unies, n'est compétente que si les Etats déclarent accepter sa compétence.

Conséquence : Les Etats membres de la CEMAC s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité à un autre mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci.

En adhérant au traité, les Etats ont définitivement accepté la compétence de la Cour et n'ont pas à donner leur consentement chaque fois qu'un recours est formé à leur encontre.

La Chambre Judiciaire siège de manière permanente à NDJAMENA. Les décisions qu'elle rend souverainement ne sont elles-mêmes soumises à aucun contrôle, ni censure des autres institutions, à fortiori des Etats membres.

Elle fonctionne sur la base de quatre textes : le Traité et son additif, la Convention régissant la Cour de Justice ; l'Acte additionnel n° 006/00/CEMAC-041-CCE-CJ-02 du 14 décembre 2000 portant statut de la Chambre Judiciaire ; l'Acte

²²²² En référence à la notion d'Etat de droit qui s'applique aux Etats membres.

L'Etat de droit peut être défini comme impliquant "l'adhésion à un ensemble de principes et de valeurs qui bénéficient d'une consécration juridique explicite et sont assortis de mécanismes de garantie appropriés" (J. Chevallier, l'Etat de droit, Paris Montchrestien 2010, p. 95).

La CEMAC semble répondre à ces exigences même si des progrès restent possibles.

²²²³ CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste "Les Verts c/ Parlement européen", aff. 294/83, Rec., p. 1339.

²²²⁴ La volonté de s'inspirer du modèle de la justice communautaire européenne dans certains espaces régionaux (UEMOA, CEMAC) s'explique par la dynamique d'intégration qu'a pu enclencher la Cour de Justice de l'Union européenne dont la fonction fondamentale est le développement de l'intégration.

Composition et organisation de la Chambre Judiciaire

La Chambre Judiciaire compte six juges²²²⁵, soit un juge par Etat membre, désignés d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres.

Les juges choisis parmi les personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance et de compétences sont nommés pour six ans. Un renouvellement partiel des juges a lieu tous les trois ans.

Faute de disposer d'un corps d'avocats généraux, tous les juges, à l'exception du Président, peuvent être appelés à exercer la fonction d'avocat général.

Les juges désignent parmi eux, le Président pour un mandat de trois ans renouvelable une fois.

Il dirige les travaux ainsi que les services de la Chambre, répartit les affaires entre les juges, désigne pour chaque affaire le juge rapporteur, détermine les délais de procédure et la date des audiences, préside la formation de jugement composée de trois ou cinq juges.

La Chambre ne peut valablement délibérer qu'en nombre impair, le Président n'ayant pas de voix prépondérante. A défaut de consensus, les décisions sont acquises par un vote majoritaire.

L'arrêt rendu ne donne aucune indication sur le point de savoir s'il a rallié l'unanimité ou seulement la majorité des voix et contrairement à ce qui existe dans le cadre de certaines juridictions internationales (Cour internationale de Justice) ou nationales (Cour suprême américaine), les opinions dissidentes des juges minoritaires ne sont pas approuvées.

La Chambre Judiciaire dispose d'un greffe qui exerce des fonctions classiques : réception, transmission des requêtes, mémoires et autres pièces de procédure adressées par les avocats et agents des parties, assistance aux audiences, dressage des minutes, arrêts et ordonnances, garde des sceaux et responsabilité des archives.

Les compétences de la Chambre Judiciaire

En vertu du principe des compétences déléguées, la Chambre Judiciaire n'a comme les autres institutions de la Communauté, qu'une compétence d'attribution.

L'article 2 de l'additif au Traité instituant la Communauté rappelle ce principe en ces termes : *''les organisations et les institutions agissent dans les limites des attributions et selon les modalités prévues par le présent additif, par les conventions de l'UEAC et de l'UMAC et par les statuts respectifs de ces organes ou institutions''*.

²²²⁵ Les juges n'exercent en principe leurs fonctions à la Chambre Judiciaire que *''tant qu'ils sont en fonction effective dans leur pays''*. Ils ne sont pas les représentants de leurs pays mais doivent être attentifs aux intérêts communs de la Communauté.

L'article 2 de la Convention régissant la Cour de Justice énonce quant à lui que *''la Cour est chargée de réaliser par ses décisions l'harmonisation des jurisprudences dans les matières relevant du domaine des traités et de contribuer par ses avis à celle des législations nationales des Etats membres dans ces matières''*.

Il en résulte que :

- toute compétence communautaire doit trouver son fondement dans une disposition du traité ;
- seule une révision du traité peut modifier l'étendue de la compétence communautaire.

En vertu de ce qui précède, la Chambre Judiciaire ne peut s'immiscer dans l'application des textes adoptés dans le cadre d'autres organisations internationales²²²⁶.

Il en va de même pour les recours visant à obtenir l'annulation des décisions purement nationales²²²⁷.

Ceci dit, le système juridictionnel communautaire offre une gamme de compétences à la Chambre Judiciaire. On traitera donc successivement des compétences contentieuses, arbitrales et consultatives.

Les compétences contentieuses

Le recours en annulation

Il permet à la Chambre Judiciaire de contrôler la légalité des actes communautaires de droit dérivé (c'est-à-dire adoptés par les autorités communautaires) destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers²²²⁸, à la

²²²⁶ CJ. UEMOA, Avis consultatif, 2 février 2000 consacré à l'avant projet du Code des investissements de l'UEMOA. Le juge de l'UEMOA affirmait *''d'une part que la CCJA ne peut saisir la Cour de l'UEMOA en renvoi préjudiciel parce qu'elle n'est pas une juridiction nationale ; et d'autre part que l'interprétation par la Cour de l'UEMOA des actes uniformes de l'OHADA porterait atteinte à l'exclusivité de la Cour Commune de justice et d'arbitrage dans l'application et l'interprétation des Actes uniformes''*.

V. aussi la Cour de justice de l'UE (ord. 23 mai 1996, Zanone ; C-9/968, Tribunal) qui se déclare incompétente pour contrôler les actes des organisations internationales.

Pour aller plus loin, lire M. AWANA qui consacre d'importants développements dans sa thèse « les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC » ; Yaoundé II, SOA, 2009, n° 168, p. 136.

²²²⁷ CJ-CEMAC 1/02/2007, affaire Société des Brasseries du Cameroun c/ République du Tchad. Au regard du droit interne, la Chambre Judiciaire reste une juridiction externe, incompétente pour se prononcer sur la légalité interne des actes étatiques.

A contrario, le juge national ne peut pas décider de la nullité d'un acte de droit communautaire (arrêt de la Cour de Justice de l'UE du 22 octobre 1987, Fotofrost, aff 314/85, Rec 1987, p. 4199).

²²²⁸ Selon la Cour de Justice de l'Union, un acte produit des effets juridiques s'il affecte la situation légale d'une personne physique ou morale en modifiant ses droits et obligations (arrêt du 15 mars 1967 dans les affaires jointes 8-11/66 société anonyme des Cimenteries CBR Cementsdriden N V et autres contre Commission, Rec 1967, p. 75).

En revanche, un acte donnant entièrement satisfaction à une personne n'est pas susceptible de lui faire grief. Cette dernière ne peut normalement justifier d'un intérêt à en demander l'annulation.

demande d'un Etat membre ou d'une institution communautaire, dans les deux mois qui suivent leur publication ou notification.

L'article 14 de la Convention mentionne quatre vices susceptibles d'affecter un acte juridique : l'incompétence, la violation des formes substantielles, la violation du traité ou de toute règle de droit relative à leur application et le détournement de pouvoir.

Dans le même délai de deux mois, toute personne physique ou morale qui justifie d'un intérêt légitime peut saisir la Chambre Judiciaire pour contester des décisions ou règlements communautaires dès lors qu'elle est directement et individuellement concernée.

Le critère de l'intérêt individuel a été défini par la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire Plauman : Plauman, importateur de clémentines, a attaqué une décision de la Commission européenne refusant de suspendre partiellement les droits de douane applicables à ces fruits. Etant donné que la décision de la Commission n'était pas adressée à cette entreprise, mais à son Etat d'origine l'Allemagne, l'entreprise devait prouver qu'elle était individuellement concernée par l'acte contre lequel elle formait le recours, la Cour a admis « *que les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire* »²²²⁹.

Cette position a été vivement critiquée par la doctrine européenne²²³⁰. La critique s'articulait autour du fait que l'approche adoptée par la Cour de Justice de l'Union européenne conduisait dans le système juridique de l'Union à un défaut de protection juridictionnelle effective à laquelle les particuliers ont droit.

Or le "droit au juge" pour reprendre l'expression de l'avocat général Darmon²²³¹ avait été consacré par la Cour comme un principe général du droit de l'Union dès le milieu des années quatre vingt.

Il se fondait alors sur les traditions constitutionnelles communes des Etats membres et les articles 6 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

Il en découle, selon la Cour que les particuliers doivent pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire²²³².

²²²⁹ Affaire Plauman c/ Commission, 25-62, arrêt du 15 juillet 1963, p. 199.

Dans cette affaire, la Cour a conclu que la décision de la Commission ne concernait l'entreprise Plauman que généralement, "en tant qu'importateur de clémentines, c'est-à-dire en raison d'une activité commerciale, qui, à n'importe quel moment, peut être exercée par n'importe quel sujet, et qui n'est donc pas de nature à le caractériser par rapport à la décision attaquée d'une façon analogue à celle du destinataire".

²²³⁰ Voir Van Raepenbusch, Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne, Bruxelles 2012, p.26.

²²³¹ Voir Conclusions présentées le 28 janvier 1986, dans l'affaire Huston, 222/84, Rec, p. 1654, points 3 et suivants.

²²³² Points 38 et 39 de l'arrêt du 25 juillet 2002, Union de Pequenos agricultores, C-50/00, Rec., PI-6677.

La Cour ajoute pour la première fois, à côté des traditions constitutionnelles communes des Etats membres et les articles 6 et 13 de la CEDH, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux comme fondement à la protection juridictionnelle effective²²³³.

Ceci dit, la rigidité de l'accès des requérants ordinaires au recours en annulation des actes qui ne leur sont pas adressés individuellement et directement conduit à privilégier la voie de la contestation incidente qu'est l'exception d'illégalité.

En effet, l'article 14 de la Convention régissant la Cour de Justice prévoit formellement que nonobstant l'expiration du délai de deux mois, toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un acte de portée générale adopté par une institution, un organe de la Communauté, se prévaloir des moyens énumérés à l'article 15 (incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité, détournement de pouvoirs) pour invoquer l'inapplicabilité de cet acte.

L'exception d'illégalité vise non pas à faire annuler un acte mais à le déclarer simplement inapplicable au litige particulier au cours duquel l'exception a été soulevée²²³⁴.

L'acte ne sera pas annulé pour autant et pourra éventuellement continuer à s'appliquer dans d'autres circonstances notamment si l'on omet alors de soulever l'exception.

Signalons que dans sa fonction contentieuse, la Chambre connaît en appel et en dernier ressort, des recours formés contre les décisions rendues par les organismes communautaires à fonction juridictionnelle en matière disciplinaire.

Nous retiendrons la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC)²²³⁵, la Commission de Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale (COSUMAF) et, en matière de pratiques commerciales anticoncurrentielles, le Président de la Commission de la CEMAC qu'assiste le Conseil Régionale de la Concurrence.

Enfin, le contentieux de la fonction publique communautaire relève, en premier et dernier ressort, du juge communautaire.

Ce contentieux couvre les litiges nés entre la CEMAC, ses institutions, organes et institutions spécialisées et leurs fonctionnaires ou agents contractuels, à l'exception de ceux régis par les contrats de droit local.

Le recours en responsabilité

Prévu par l'article 20 de la Convention régissant la Cour de Justice, le recours en responsabilité permet aux particuliers ou aux autres Etats membres qui ont

²²³³ Point 37 de l'arrêt Pequenos.

²²³⁴ L'exception d'illégalité a pour objet de permettre au justiciable qui n'a pu demander directement l'annulation d'un acte communautaire illégal d'en faire écarter l'application par la juridiction communautaire à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte d'exécution'' (Simmenthal c/ Commission, 6 mars 1979, 92/78, p. 777 Conclusions Reisch).

²²³⁵ Voir CJ/CEMAC arrêts n° 003 ADD du 16 mai 2002 et n° 003 du 3 juillet 2003, rendus successivement dans l'affaire TASHA Lowens Laurence ; CJ/CEMAC arrêt n° 006/CJ/CEMAC du 2 juillet 2009, aff. Price Water House c/ Décision COBAC n° 132 et 133 du 21 août 2006.

subi un dommage d'obtenir réparation, sous la forme d'indemnité, de la part de l'institution ou de l'organe de la Communauté qui en est responsable.

Deux types de recours doivent être distingués :

- Les recours mettant en cause la responsabilité contractuelle de la Communauté lorsque celle-ci est partie à un contrat, à la condition qu'une clause compromissoire prévoit la compétence de la Chambre Judiciaire en cas de litige (article 49 du statut de la Chambre judiciaire).

Cette clause a pour unique fonction de déroger au principe général de la compétence selon lequel compétence est donnée aux juridictions nationales pour connaître des litiges contractuels dans lesquels la Communauté est impliquée.

En d'autres termes, l'absence de pareille clause rend les juridictions nationales seules compétentes²²³⁶.

- Les recours mettant en cause la responsabilité extracontractuelle de la Communauté en raison d'un dommage causé par ses organes ou ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ; ils peuvent être formés par les particuliers ou les Etats membres.

Trois conditions doivent être réunies pour que la responsabilité de la Communauté soit reconnue : l'existence d'un dommage subi par le requérant, un comportement illégal des institutions communautaires ou de leurs agents au regard du droit CEMAC, et un lien de causalité directe entre le dommage subi par le requérant et le comportement illégal des institutions communautaires ou de leurs agents.

Le recours en responsabilité exercé devant la Chambre Judiciaire n'est possible que pour mettre en cause la responsabilité de la Communauté.

Les recours dirigés contre les Etats membres en cas de dommage causé par une mauvaise application du droit CEMAC doivent être exercés devant les juridictions nationales.

Il en est de même des recours dirigés contre la Banque des Etats de l'Afrique Centrale (BEAC) pour un refus d'application du droit OHADA²²³⁷, la Chambre Judiciaire n'ayant pas vocation à connaître du contentieux né de l'application ou de l'interprétation des normes adoptées par les autres organisations d'intégration. En effet, chaque juge communautaire est juge de son traité.

Le recours préjudiciel

Afin de garantir une interprétation uniforme du droit de la CEMAC dans l'ensemble de la Communauté, une procédure dite de "renvoi préjudiciel" a été mise en place par l'article 17 de la Convention régissant la Cour de Justice.

A la différence des autres procédures juridictionnelles, le renvoi préjudiciel n'est pas un recours formé contre un acte communautaire ou national.

²²³⁶ Voir article 35 de l'additif au traité « la responsabilité contractuelle de la Communauté est régie par la loi applicable au contrat et mise en œuvre devant les juridictions nationales ».

²²³⁷ CJ/CEMAC, arrêt du 26 juin 2014, affaire Bayando DJIMASDE et autres c/ BEAC.

La Chambre Judiciaire ne peut être saisie que par le juge. Les parties litigantes ne peuvent porter directement la question préjudicielle devant la Cour²²³⁸.

Il existe deux types de renvoi préjudiciel :

- Le renvoi en interprétation de la norme par lequel le juge demande à la Chambre Judiciaire de préciser un point d'interprétation du droit communautaire afin de pouvoir l'appliquer correctement ;
- Le renvoi en validité de la norme de la CEMAC par lequel le juge national demande à la Chambre Judiciaire de contrôler la validité d'un acte de droit CEMAC.

L'article 17 de la Convention précise que les juridictions nationales qui statuent en dernier ressort, c'est-à-dire dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'un recours, ont l'obligation d'exercer un renvoi préjudiciel si l'une des parties le demande.

L'arrêt de la Chambre Judiciaire est obligatoire non seulement pour la juridiction nationale à l'initiative du renvoi préjudiciel, mais également pour l'ensemble des autres juridictions internes comme à l'égard des autorités administratives des Etats membres. C'est la différence entre l'arrêt préjudiciel de la Chambre Judiciaire et l'avis consultatif émis par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA).

Un acte communautaire serait-il déclaré invalide dans le cadre du renvoi préjudiciel en validité, l'ensemble des actes adoptés sur la base de celui-ci le sont également. Il appartient alors aux institutions communautaires compétentes d'adopter un nouvel acte.

Par ailleurs, si à la requête de la Commission, la Chambre Judiciaire constate dans un Etat membre, que le fonctionnement insuffisant de la procédure de recours préjudiciel permet la mise en œuvre d'interprétations erronées du traité, des actes pris par les organes de la Communauté, elle notifie à la juridiction suprême de l'Etat membre un arrêt établissant les interprétations exactes²²³⁹.

La Cour de Justice de l'Union européenne, qui nous sert de modèle, a de façon éloquente, par un attendu pédagogique traduit le sens de la fonction d'unification du droit communautaire, à travers la procédure de renvoi préjudiciel.

²²³⁸ Aff. Milchwerke, aff. Jointes 31 et 32/62, 14 décembre 1962, Rec. VIII, p. 967 ; Hessische Knappschaft, 44/65, 9 décembre 1965, Rec. XI, p. 1192 et les Conclusions de M. l'Avocat général Gand. La question préjudicielle a fait l'objet de très nombreux et excellents commentaires, même si la jurisprudence de la Chambre Judiciaire n'est pas d'une grande richesse.

Pour aller plus loin, lire "la procédure de renvoi préjudiciel en droit communautaire", Georges TATY ; Revue de droit uniforme africain n° 004-2011, p. 28 et ss ; Marie-Colette KAMWE "le renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de la CEMAC : une étude à la lumière du droit communautaire européen", cahiers juridiques et politiques. Revue de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Ngaoundéré 2010, p. 122 et suivants.

²²³⁹ L'article 17 permet de maintenir au droit communautaire le caractère de droit commun aux Etats membres. En effet, la diversité des droits nationaux est de nature à entraîner le juge national dans des solutions distinctes, nées tant du caractère propre de certains concepts juridiques et économiques que de la variété de jurisprudences internes.

Elle a estimé que ladite procédure constitue « *un instrument de coopération entre la Cour de Justice et les juges nationaux, grâce auquel la première fournit aux seconds des éléments d'interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu'ils sont appelés à trancher* »²²⁴⁰.

La compétence arbitrale

L'article 22 de la Convention prévoit que la Chambre Judiciaire connaît des différends entre les Etats membres pouvant surgir à l'occasion de l'interprétation ou de l'application du traité lorsque ceux-ci lui sont soumis en vertu d'un compromis qui doit comprendre l'accord des parties, la définition de l'objet du litige et les questions posées aux juges.

La compétence consultative

La Chambre Judiciaire dispose enfin d'une compétence consultative en vertu de l'article 6 de la Convention. A ce titre, elle peut être consultée par un Etat membre, ou une institution sur les projets d'actes communautaires.

Cette compétence a été élargie par la Convention du 30 janvier 2009 régissant la future Cour de justice aux difficultés rencontrées par les institutions ou organes de la Communauté dans l'application du droit communautaire et aux accords internationaux dont la conclusion est envisagée par la Communauté.

De nouvelles compétences

Le traité révisé de Yaoundé²²⁴¹ de 2008 a institué de nouvelles compétences. Il s'agit essentiellement :

- du recours en manquement qui permet au juge communautaire de contrôler le respect par les Etats membres des obligations que le droit communautaire fait peser sur eux. Il est exercé soit par la Commission, soit par un Etat membre à l'encontre d'un Etat membre, lorsque le premier estime que le second n'a pas respecté le droit de la CEMAC. Le manquement peut être la conséquence d'actes ou de faits comme l'adoption d'un texte contraire au droit de la CEMAC, ou d'omissions et d'abstentions, comme le retard dans la transposition d'une directive par un Etat membre.

- du recours en carence. Il est dirigé contre l'inaction d'une institution, d'un organe de la Communauté.

Si cette inaction est illégale au regard du droit de la CEMAC, la Cour constate la carence, et l'institution ou l'organe concerné doit prendre les mesures appropriées.

La carence s'entend de l'absence ou de l'omission d'action de l'institution concernée alors que le droit de la CEMAC imposait une obligation d'agir.

L'absence ou l'omission a donc un caractère illégal.

Après l'étude des compétences de la Chambre Judiciaire, il convient de s'intéresser à la procédure, aux voies de recours et à l'exécution des arrêts.

²²⁴⁰ CJCE, ord. 26 janvier 1990, Falciola, affaire C-286/88, Rec., p. 191

²²⁴¹ Ce traité ainsi que les conventions subséquentes n'entreront en vigueur qu'après la ratification par tous les Etats membres de la CEMAC.

La Procédure

La Chambre Judiciaire dispose de son propre règlement de procédure.

Comme tout système contentieux, le règlement de procédure a prévu le mode de saisine de la Chambre Judiciaire.

L'article 13 dudit règlement distingue :

- les requérants privilégiés : les Etats membres, les institutions ou organes de la Communauté qui peuvent former un recours en annulation devant la Chambre Judiciaire sans devoir démontrer un intérêt à agir pour autant que l'acte soit attaquant ;
- les requérants non privilégiés : les particuliers qui doivent démontrer un intérêt à agir pour demander l'annulation d'un acte communautaire, c'est-à-dire l'acte contesté doit être à destination du requérant ou le concerner directement et individuellement.

Cela étant, les affaires introduites devant la Chambre Judiciaire suivent toutes la même procédure sous réserve de quelques particularités propres aux renvois préjudiciels, et au contentieux de la fonction publique communautaire²²⁴².

La procédure comporte une phase écrite et une phase orale.

Une requête écrite par un avocat ou par un agent et adressé au greffe ouvre la procédure.

Le greffier signifie la requête à la partie adverse qui dispose d'un délai d'un mois pour présenter un mémoire en défense.

En principe, la partie requérante a la faculté de présenter une réplique, à laquelle la partie défenderesse peut répondre par une duplique.

L'instruction de l'affaire fait intervenir un seul acteur, le juge rapporteur désigné par le Président de Chambre. C'est lui qui suivra l'affaire jusqu'à l'arrêt, présentera le rapport d'audience, proposera le cas échéant des mesures d'instruction.

Un mois avant l'audience, le greffier envoie aux avocats le rapport d'audience rédigé par le juge rapporteur.

L'avocat de chaque partie a le droit de vérifier si l'essentiel de son argumentaire a été correctement résumé et si les points de droit ont été fidèlement reproduits.

La Chambre peut siéger en formation plénière (formation de cinq juges) lorsque la complexité juridique ou l'importance de l'affaire le justifie. Sinon la Chambre siège en formation restreinte ou ordinaire (formation de trois juges).

A l'audience qui se déroule publiquement, les Etats membres et les institutions communautaires sont représentés par un agent nommé pour chaque affaire.

²²⁴² La saisine du juge communautaire est subordonnée à la saisine préalable du Comité consultatif de discipline placé auprès de chaque institution, organe et institution spécialisée. Voir CJ/CEMAC arrêt du 18 mars 2004, aff. Galbert ABESOLO ETOUA c/ CEMAC ; CJ/CEMAC arrêt du 09 juin 2005, aff. OKOMBI Gilbert c/ CEMAC.

La réclamation de l'intéressé doit avoir abouti à une décision de rejet partiel ou total, explicite ou implicite de l'autorité compétente. Voir CJ/CEMAC, arrêt n° 004/2011-12 du 09 février 2012, Mohamoud Ibrahim c/ BEAC.

Les autres parties sont représentées obligatoirement par un avocat inscrit au barreau de l'un des Etats membres.

La Chambre ne peut valablement délibérer qu'en nombre impair sur la base d'un projet d'arrêt établi par le juge rapporteur.

Chaque juge peut proposer des modifications.

La Chambre ne statue que sur des documents dont les parties ont eu connaissance.

Sauf en matière consultative, la Chambre statue sous forme d'arrêt, et contrairement à ce qui existe dans le cadre de certaines juridictions internationales (Cour internationale de Justice) ou nationales (Cour Suprême américaine), les opinions dissidentes des juges minoritaires ne sont pas autorisées.

La Chambre Judiciaire peut rendre selon les cas :

- soit un arrêt d'irrecevabilité : le juge examine d'office le recours en annulation en vérifiant par exemple les conditions formelles de présentation du recours telles que l'obligation de consigner la somme de cent mille francs au greffe pour couvrir les frais d'instance ; l'obligation faite aux parties autres que les Etats, Institutions de la Communauté d'être représentées par un avocat. Ces règles sont d'application stricte.
- soit un arrêt d'incompétence : la Chambre Judiciaire ne jouit que des attributions conférées par le traité et ne peut s'arroger le pouvoir de contrôler la légalité des décisions ou des mesures prises par les autorités judiciaires et administratives des Etats membres. Cette règle s'explique par la règle de la séparation des compétences du juge communautaire et des juges nationaux.

C'est la position adoptée par la Chambre judiciaire dans les arrêts Brasseries du Cameroun et Syndicats des douaniers centrafricains²²⁴³.

- soit un arrêt de rejet : c'est l'échec de l'action intentée par le requérant après examen de ses moyens au fond.

Signalons qu'un recours formé devant la Chambre Judiciaire n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de l'acte attaqué.

La Chambre peut toutefois ordonner le sursis à l'exécution ou prescrire d'autres mesures provisoires (articles 54 à 59 du règlement de procédure).

Elle statue en référé sur une telle demande par un arrêt motivé.

Des mesures provisoires ne sont accordées que si trois conditions sont réunies :

- le recours au fond doit apparaître à première vue fondé ;
- le demandeur doit établir l'urgence des mesures sans lesquelles il subirait un préjudice grave et irréparable.

Les mesures provisoires doivent tenir compte de la mise en balance des intérêts des parties et de l'intérêt général.

²²⁴³ La Chambre s'est déclarée incompétente pour connaître d'un arrêté du Ministre des Finances du Tchad (CJ/CEMAC, arrêt du 1^{er} février 2007, aff. Société des Brasseries du Cameroun c/ République du Tchad). De même, concernant une demande visant à obtenir le sursis à exécution d'un décret du Chef de l'Etat centrafricain (CJ/CEMAC, arrêt du 10 mai 2007, aff. USTC et Syndicats des douaniers centrafricains c/ Etat centrafricain).

L'arrêt a un caractère provisoire et ne préjuge en rien de la décision de la Chambre dans l'affaire principale.

Les voies de rétractation

Les arrêts de la Chambre Judiciaire ne peuvent faire l'objet que de voies de rétractation (articles 94 à 99 du règlement de procédure) : l'opposition, la tierce opposition, la révision, la rectification d'erreurs matérielles et l'interprétation.

L'exécution des arrêts

Les arrêts de la Chambre Judiciaire ont l'autorité de la chose jugée, et force exécutoire dans l'ordre juridique des Etats membres (article 5 de la Convention régissant la Cour de Justice repris par l'article 82 du règlement de procédure).

Ils sont susceptibles d'une exécution forcée conformément aux règles de la procédure en vigueur, après apposition de la formule exécutoire, "sans aucun contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre", par l'autorité nationale désignée à cet effet²²⁴⁴.

Si la Chambre Judiciaire est seule compétente pour suspendre l'exécution forcée, c'est aux autorités nationales de contrôler la régularité des mesures d'exécution et de trancher les éventuels incidents.

Elles ne peuvent en aucun cas, discuter du titre revêtu de la formule exécutoire.

²²⁴⁴ En Belgique, pour prendre appui sur le droit de l'Union européenne, la question a été réglée par la loi : le Ministre des affaires étrangères procédera à la vérification de l'authenticité des décisions "formant titre exécutoire (loi du 6 août 1967). Ces décisions, une fois l'authenticité attestée, sont transmises à l'intervention du Ministre de la justice au greffier de la Cour d'Appel de Bruxelles, qui appose la formule exécutoire.

La « disharmonie²²⁴⁵ » sur la question de la responsabilité des auxiliaires de transport maritime en Afrique centrale : Un essai d'harmonisation inachevée du législateur communautaire de 2012

Par TANKEU Maurice, ATER FSJP- Université de Dschang

Dans le commerce international, la conclusion d'un contrat de vente entraîne inéluctablement la conclusion d'un second nécessaire à l'accomplissement de l'obligation de livraison du premier : c'est le contrat de transport. Lorsqu'il est conclu en vue de l'acheminement de la marchandise par le canal de la mer, c'est le contrat de transport maritime. L'exécution du contrat de transport de marchandises est décomposée en plusieurs étapes faisant de ce fait intervenir plusieurs opérateurs tel que l'a relevé M. SAUVAGE²²⁴⁶. A cet effet disait M. ABOUSSOROR ABDELLAH, « plusieurs intervenants et intermédiaires participent au montage de ce puzzle²²⁴⁷ ». Certains interviennent lors de la phase pré et post-maritime, ce sont des agents terrestres du transport maritime et plus précisément les auxiliaires de transport maritime. Les plus importants et d'ailleurs relevés par les code communautaire de la marine marchande qui a connu récemment une rénovation sont : le commissionnaire de transport, l'entrepreneur de manutention, le consignataire de navire, le consignataire de cargaison et le transitaire. Ceux-ci accomplissent des fonctions complémentaires et nécessaires pour l'exécution du contrat de transport et leur intervention n'a d'égale que son immense difficulté pour les profanes (manutention, arrimage, consignation, transit, dépôt, déchargement, etc...). Les auxiliaires de transport maritime encore pour la plupart appelés « exploitant de terminaux de transport maritime » selon la terminologie utilisée par la Convention de Bruxelles de 1991 sur la responsabilité des exploitants des terminaux de transport maritime²²⁴⁸ sont des acteurs à part entière du processus de transport. Ce sont des personnes qui, dans l'exercice de sa profession, prend en garde des marchandises faisant l'objet d'un transport international en vue d'exécuter des services relatifs au transport en ce qui concerne ces marchandises dans la zone placée sous son contrôle ou sur laquelle elle a un droit d'accès ou d'utilisation²²⁴⁹. Lorsque l'ayant droit à la marchandise subit un dommage leur responsabilité est mise en œuvre suivant les termes de l'article 546 alinéa 1²²⁵⁰. Les auxiliaires de transport agissent aussi bien pour le compte du transporteur que de l'ayant droit à la marchandise. Bien que le plus souvent mandataires des parties au contrat de transport, les auxiliaires peuvent intervenir à

²²⁴⁵ Situation caractérisée par une absence d'harmonisation. Peuvent être considérés comme synonyme les termes tels que disparité, discordance.

²²⁴⁶ SAUVAGE (F.), Manuel du transport des marchandises par mer, Paris, 1955, n° 15.

²²⁴⁷ ABOUSSOROR (A.), L'exécution du contrat de transport maritime de marchandises en droit marocain et en droit français, Thèse de doctorat, Nantes, 1999.

²²⁴⁸ Art. 1 a.

²²⁴⁹ Ibid.

²²⁵⁰ Le transporteur est responsable du préjudice résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises, ainsi que du retard à la livraison, si l'événement qui a causé la perte ou le dommage ou le retard est survenu pendant que les marchandises étaient sous sa garde, à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences.

titre principal et conclure directement le contrat avec le chargeur, c'est le cas du commissionnaire de transport. Curieusement, cet opérateur ne figure plus parmi les auxiliaires de transport du nouveau code CEMAC. Est à dire que le commissionnaire ne fait plus parties des auxiliaires de transport maritime en Afrique centrale ? Une réponse affirmative est peu probable. On ne pense pas que le législateur CEMAC ait exclu cet acteur commercial dont la valeur n'est plus à démontrer et qui est d'ailleurs consacré par l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit commercial général. L'activité de transport étant par ailleurs une activité commerciale par sa nature même²²⁵¹. Nous pensons qu'il s'agit d'un oubli malheureux des rédacteurs du texte actuel. M. Gaston NGAMKAN pense que le législateur a voulu l'envelopper sous la dénomination d'entrepreneur de transport multimodal²²⁵². Cependant, contrairement à ce point de vue, nous ne pensons pas que le législateur ait utilisé le vocable « entrepreneur de transport multimodal » pour désigner le commissionnaire de transport. Car le commissionnaire n'exécute pas lui-même le transport comme le fait un entrepreneur de transport multimodal²²⁵³, il se borne tout simplement conclure des actes nécessaires au transport d'une marchandise en son nom et pour le compte du commettant. L'entrepreneur de transport multimodal par contre agit en son nom et pour son compte, en tant qu'entité juridique autonome, et assume la responsabilité de l'exécution du contrat. La consécration d'un tel acteur n'est pas une nouvelle carapace du commissionnaire de transport jadis retenu par le code de 2001²²⁵⁴, mais une innovation du texte de 2012.

Si le transporteur répond des dommages survenus à la cargaison transportée, dans la majorité des cas, c'est le fait d'un auxiliaire qui est à l'origine. A cet effet, la responsabilité de ces derniers est de plus en plus engagée suivant un régime bien défini par les textes. S'agit-il d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle ? A la lumière des textes pertinents, il s'agit d'une responsabilité contractuelle sans pour autant négliger la relative responsabilité délictuelle²²⁵⁵. Le régime de la responsabilité des professions auxiliaires du transport avait été fixé par les articles 440 à 453 du code communautaire dans sa version de 2001. Ce texte fut fortement critiqué par la doctrine comme n'intégrant pas les évolutions intervenues sur le plan international. Il fallait arrimer le texte communautaire à la nouvelle donne internationale²²⁵⁶

²²⁵¹ Le statut de cet acteur avait été consacré par l'article 453 du Code Révisé de la Marine Marchande de la CEMAC de 2001 qui lui aussi renvoyait aux dispositions de l'acte n°4/96 UDEAC-611.CE 31 du 16 juillet 1996 portant Convention Inter-Etats de transport multimodal de marchandises en UDEAC. Voir aussi l'article 94 du code du commerce

²²⁵² NGAMKAN (G.), « Étude comparée entre le droit maritime français et le droit maritime communautaire de l'Afrique centrale (CEMAC), (suite) », DMF n°739, Septembre 2012, p. 772

²²⁵³ L'entrepreneur de transport multimodal est un opérateur qui réalise un déplacement de marchandises par au moins deux modes de transport différents sur la base d'un contrat unique constaté par un document unique, couvrant le transport de bout en bout sous la responsabilité d'un opérateur unique. Il peut exécuter lui-même le contrat de transport ou le faire exécuter par un autre opérateur, sa responsabilité est engagée dans l'un ou l'autre cas.

²²⁵⁴ Art. 453.

²²⁵⁵ Voir TANKEU (M.), La pluralité d'acteurs dans le transport maritime de marchandises en zone CEMAC, incidence sur la responsabilité, thèse de Master, Université de Dschang, 2011, p. 94.

²²⁵⁶ Il s'agissait principalement d'intégrer dans le texte communautaire les nouvelles évolutions apportées sur le plan international par la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de

s'agissant de l'étendue de la responsabilité du transporteur maritime, introduire le document électronique de transport et étoffer les dispositions relatives aux assurances maritimes et éluder certaine équivoque sur la responsabilité de l'acconier, pour ne citer que ceux ci. La nécessité d'une révision du texte s'est fait ressentir. Cette tâche est confiée à un groupe de travail ayant à sa tête Gaston NGAMKAN. Le document proposé par ce groupe de travail au Conseil des Ministres en 2011 est une version du texte de 2001 profondément touchée. Si le travail du groupe de travail est louable, on peut toujours déplorer qu'aucune attention particulière n'ait été réservée aux auxiliaires de transport. Les dispositions des articles relatives aux intermédiaires de transport n'ayant connu qu'une retouche légère. Même si les législations des pays de l'Afrique francophone sont le plus souvent une imitation conforme de la législation française, le législateur de l'Afrique centrale avait bien une véritable occasion de faire preuve d'innovation dans le sens d'une amélioration. Le constat reste simple. C'est la disparité qui avait déjà été consacré par l'ancien texte. Le texte adopté par le Règlement n° 08/12-UEAC/088-CM-23 du 22 juillet 2012 portant code de la marine marchande de la CEMAC aménage un régime disparate en ce qui concerne la responsabilité des auxiliaires de transport d'où une absence d'harmonisation. Le législateur communautaire CEMAC a une fois de plus raté l'occasion de parfaire l'harmonisation du régime de responsabilité des auxiliaires de transport. Ce constat est frappant dans la mesure qu'on ne voit pas pour quelle raison le législateur créerait une diversité dans le régime de responsabilité des acteurs qui concourent tous à la réalisation d'un seul objectif : le transport, la garde et la livraison d'une marchandise. Cette multiplicité des régimes juridiques des exploitants de terminaux du transport est sans surprendre, car le législateur a aménagé un régime uniforme pour les transporteurs²²⁵⁷. A ce point, on est porté à se demander en quoi la réglementation du transport maritime en zone CEMAC présente un manque d'harmonisation dans le régime de la responsabilité des auxiliaires de transport ? Cette question revêt un intérêt certain non seulement en raison de son caractère pratique, mais également en raison de la complexité de régime de responsabilité dans le transport, rendant opportun la nécessité de la connaissance du régime de la responsabilité de chaque acteur afin d'éviter toute marge de confusion. Au regard des dispositions pertinentes susvisées, il appert de répondre à l'interrogation soulevée en adoptant une approche relativiste en envisageant d'une part l'absence marquée d'harmonisation sur le principe de la responsabilité (I) et d'autre part la disparité tempérée dans l'application

marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer signée à Rotterdam en 2008 dite Règles de Rotterdam.

²²⁵⁷ Distinction n'est plus faite entre transporteur maritime et entrepreneur de transport multimodal transmaritime. Dorénavant un seul opérateur s'occupe entièrement du déplacement de la cargaison. Le Professeur Olivier CACHARD le relève fort opportunément lorsqu'il dit que « la convention régit le transport principalement maritime, prolongé par un pré ou un post-acheminement terrestre... » (CACHARD (O.), « La convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (RR) », *Journal du droit international (Clunet)* n°2, Avril 2012, doct. 5, n°14.). Voir NGUENE NTEPPE (J.), « La nouvelle convention des nations unies dite 'Règles de Rotterdam' et le défi de la construction d'un nouvel ordre maritime international », *Ramatrans*, Janvier 2011, n°3.

des cas exceptés et du plafonnement de responsabilité (II). Mais, avant ceci, il ne faut pas oublier de soulever les acquis de l'harmonisation.

Des avancées remarquables avaient déjà été faites aussi bien sur la question de l'étendue que la prescription de la responsabilité de ces acteurs.

Relativement à l'étendue, celle-ci est aussi matérielle que spatio-temporelle.

Sur la question de l'étendue matérielle, on note que la responsabilité est définie et étudiée par rapport à son origine qui est le dommage. Au même titre que le transporteur, tous les auxiliaires de transport maritime sont responsables du préjudice résultant des pertes ou dommages subis par la marchandise ainsi que du retard à la livraison²²⁵⁸. Selon le vocabulaire juridique de Gérard CORNU, le dommage a pour synonyme « préjudice » et renvoie à toute atteinte subie par une personne dans son corps, dans son patrimoine ou dans ses droits extrapatrimoniaux²²⁵⁹. Les auxiliaires de transport sont responsables des dommages matériels²²⁶⁰ subis par la marchandise en termes d'avaries et de manquants résultants d'une perte²²⁶¹.

Sur la question de l'étendue spatio-temporelle de la responsabilité des auxiliaires de transport maritime, la concordance est acquise car, ceux-ci ne sont responsables de la marchandise que du moment où celle-ci est sous leur garde c'est-à-dire à partir de la prise en charge jusqu'à la livraison²²⁶². Cette prescription est soumise au régime défini aux articles 561 à 563 du code communautaire applicable au transporteur maritime.

Les actions en responsabilité contre les auxiliaires de transport maritimes se prescrivent par deux ans²²⁶³. Avec le nouveau code, le transitaire qui autrefois était soumis à la prescription quinquennale de droit commun voit les actions à son encontre se prescrire par deux ans. Il y a donc arrimage de la prescription applicable au transitaire à celle applicable aux autres auxiliaires de transport maritime. On note ici une avancée remarquable qui participe à une volonté d'uniformisation.

I – Une absence d'harmonisation marquée : un principe de responsabilité disparate à plusieurs vitesses

Le principe de responsabilité est la manière par laquelle la responsabilité d'un sujet de droit est retenue et mise en œuvre. S'il ne fait plus de doute que la responsabilité des auxiliaires de transport peut être engagée pour des dommages subis par la marchandise lorsque celle-ci était sous leur garde, le constat criard est de voir

²²⁵⁸ NGNINTEDEM (J.-C.), La convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport ou la pièce manquante à l'édification complète du droit de transport maritime de marchandises en zone CEMAC, *juridis Périodique*, Juillet-Août-Septembre 2006, p. 99.

²²⁵⁹ CORNU (G.) *vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2001, p. 308

²²⁶⁰ Le dommage matériel « désigne toute lésion d'un droit ayant une valeur pécuniaire », STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au Droit*, Litec, 1988, p. 39, n° 84.

²²⁶¹ Cf. RODIERE (R.), *Droit maritime : affrètement et transport*, tome II, Dalloz, 1968, p. 241, n° 598.

²²⁶² Cf. REMOND-GOUILLOUD (M.), *Droit maritime*, Pédone, 1993, n° 566 ; RODIERE (R.), *Droit maritime : affrètement et transport*, op. cit., tome II, p. 241, n° 545 ; Cass.Com. 17 Novembre 1992, BLT, 1993, p. 11.

²²⁶³ Articles 621 al. 4 (pour le consignataire), 633 (pour l'entrepreneur de manutention) et 641 (pour le transitaire) code de la marine marchande.

qu'il existe une dissonance sur le principe de responsabilité applicable. Cette différence caractéristique du principe de la responsabilité des auxiliaires de transport maritime est matérialisée par un dualisme pour certains (A) et un régime unique pour les autres (B).

A - Un dualisme du principe de la responsabilité de l'acconier et du consignataire

Par dualisme de principe de la responsabilité qui caractérise le principe de la responsabilité des auxiliaires de transport maritime, on entend le double principe applicable à leur égard. Le caractère dualiste avait été consacré par le code révisé de la marine marchande de la CEMAC de 2001 et repris par le texte de 2012. Ce dualisme ressort de l'article 631²²⁶⁴ du Code de la Marine Marchande de la CEMAC pour l'entrepreneur de manutention (1), caractère applicable aux consignataires (2).

1 - Le principe posé à l'article 631 du code CEMAC pour l'entrepreneur de manutention : un double principe de responsabilité

L'entrepreneur de manutention comme son nom l'indique s'occupe du déplacement physique de la marchandise. Il effectue aussi des fonctions juridiques à savoir la réception, la reconnaissance, la garde et la livraison de celle-ci.

La lecture combinée des articles 627 à 629 du code CEMAC permet de déceler les opérations juridiques et matérielles qu'accomplissent les acconiers²²⁶⁵ et d'en déduire le principe de responsabilité qui en découle. Le double principe de responsabilité de l'acconier est tributaire du double type d'opérations accomplies. Ainsi, ressort-il de l'article 631 du texte communautaire que l'entrepreneur de manutention est débiteur d'une obligation de moyen pour les opérations matérielles qu'il accomplit (A) et de résultat pour les opérations juridiques (B).

a) Une obligation de moyen de l'acconier pour les opérations matérielles

L'entrepreneur de manutention est débiteur d'une obligation de moyen pour les opérations matérielles, ce qui entraîne comme conséquence la responsabilité pour faute ou pour négligence. Mais en quoi consistent les opérations matérielles effectuées par l'acconier ?

i) La nature matérielle des opérations d'acconage

Les opérations matérielles d'acconage sont des opérations de manutention pure²²⁶⁶. Elles concernent les activités de chargement et de déchargement telle qu'il est prévu à l'article 627 du code communautaire en ces termes : « *l'entrepreneur de manutention est chargé de toutes les opérations de chargement et de déchargement des marchandises, y compris les opérations de mise et de reprise sous hangar et sur terre-plein, qui en sont le préalable ou la suite nécessaire* ». Les opérations matérielles sont alors des opérations typiquement physiques relatives à la manipulation de la marchandise. Celui-ci s'occupe d'amener les marchandises ou les

²²⁶⁴ Ce texte est une reprise de l'article 449 du code révisé de la marine marchande de 2001.

²²⁶⁵ A titre de comparaison le statut de l'entrepreneur de manutention est identique en droit français et en Afrique centrale. En effet, il ressort des articles 50 à 57 de la loi du 18 Juin 1966 précitée que l'entrepreneur de manutention opère aussi les actes matériels que juridiques pour le compte de celui qui a requis ses services.

²²⁶⁶ Cf. MARAIS (G.) Les transports internationaux de marchandises par mer, LGDP, Paris, 1949, p. 64 ; ABOUSSOROR (A.), thèse précitée, p. 63, n° 99.

conteneurs le long du navire, avant de les charger à bord au moyen des grues, de portiques ou de mâts de charge. Les opérations de mise à bord et de mise à terre étant effectuées au moyen d'engins de levage qui sont soit des appareils du navire, soit des engins appartenant à l'acconier, soit encore des équipements portuaires.

Les opérations matérielles de l'acconier se terminent lorsque celui-ci a mis les marchandises à bord ou sur le quai et engendre sa responsabilité si le dommage que subi l'ayant-droit à la marchandise y trouve son origine.

ii) *La responsabilité de l'acconier fondée sur la faute ou la négligence*

Pour les opérations de pure manutention²²⁶⁷, l'acconier est débiteur d'une obligation de moyen²²⁶⁸ dont le corollaire est la responsabilité pour faute ou négligence présumée. Il ne répond à cet effet que des dommages qui lui sont imputables²²⁶⁹. Pour engager sa responsabilité, il faudra établir une faute à l'exemple d'une erreur de manœuvre, d'une exécution défectueuse des instructions reçues de son donneur d'ordre²²⁷⁰, d'un emploi de matériel inadapté²²⁷¹. L'entrepreneur de manutention est aussi responsable lorsqu'il a failli à leur son devoir de prendre des précautions courantes, de faire des diligences accoutumées. Cette acception a été consacrée par la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 25 Septembre 1993 qui reprochait à l'acconier un manque de diligence. En effet, « *le manutentionnaire avait manifestement omis d'œuvrer dans les règles de l'art comme doit le faire tout entrepreneur* ».

Malgré la dichotomie sur ce principe de responsabilité : responsabilité pour faute présumée ou responsabilité pour faute prouvée²²⁷², le Code Communautaire se bornant simplement d'affirmer qu' : « *il est responsable des dommages causés par son fait, sa faute ou sa négligence* », il faut relever que de plus en plus la jurisprudence se montre très sévère à leur encontre en faisant peser sur lui une présomption de faute²²⁷³. A notre avis, les juridictions des Etats membres de la CEMAC feraient bien de retenir une responsabilité pour faute présumée pour une meilleure protection des droits de l'ayant droit de la marchandise, profane contre le professionnel. La conséquence fâcheuse de ce principe de responsabilité est qu'en cas de dommages, il revient à l'ayant-droit à la marchandise de démontrer que ceux-ci sont imputables à l'acconier²²⁷⁴

²²⁶⁷ Article 627 du Code Communautaire de la Marine Marchande.

²²⁶⁸ VIALARD (A.), Droit maritime, PUF, 1997, p. 431.

²²⁶⁹ A titre de droit comparé, voir l'article 53 de la loi française du 18 juin 1966 qui présente une disposition identique à celle du texte CEMAC.

²²⁷⁰ C.A. d'Aix-en-Provence, 17 Septembre 1985, BTL, 1986, p. 266.

²²⁷¹ C.A de Rouen, 12 Novembre 1987, DMF, 1988, p. 759.

²²⁷² Cf. BONNASSIES (P.) et SCAPEL (Ch.), Traité de droit maritime, op.cit., p. 447, n° 689. Ces auteurs indiquent à propos de la formule : « il est responsable des dommages qui lui sont imputables », qu'il faut entendre par là que celui qui exerce l'action en responsabilité [...] doit prouver la faute de l'entrepreneur de manutention ».

²²⁷³ Paris, 24 Juin 1998, Navire « Mahajunga », DMF, 1999, p. 321 ; pour la chute de colis due à « un arrimage désastreux, contraire aux plus élémentaires règles de l'art » ; Aix-en-Provence, 12 Novembre 1998, BTL, 200, p. 52 ; Versailles, 13 Mai 2004, BTL, 2004, p. 412.

²²⁷⁴ CA Montpellier, 15 Mai 1985, affaire Comptoir Général Maritime Sétois c/ Keller Shippin Lines, Lamy Transport, 2000.

En tout état de cause, quel que soit le principe de responsabilité retenu contre l'acconier : présomption de faute ou non pour leurs opérations matérielles, celui-ci est débiteur d'une obligation de résultat pour les opérations juridiques.

b) Une obligation de résultat du manutentionnaire pour les opérations juridiques

Au-delà des opérations de pure manutention qu'il effectue pour son cocontractant, l'acconier accomplit des actes juridiques pas pour les moins importants. L'exploitation du catalogue des actes juridiques à l'actif l'acconier pour le compte de son mandant (i) permet de déceler le principe de responsabilité qui en découle (ii).

i) La nature juridique des actes accomplis par l'entrepreneur de manutention

Elles sont prévues à l'article 628 du Code de la Marine Marchande de la CEMAC en ces termes : « *en dehors des opérations visées à l'article précédent (opérations matérielles), l'entrepreneur de manutention peut être appelé à accomplir pour le compte du navire, du chargeur ou du réceptionnaire les opérations suivantes :*

La réception, la prise en charge et la reconnaissance à terre des marchandises à embarquer, ainsi que leur garde jusqu'à leur mise à bord ;

La réception, la prise en charge et la reconnaissance à terre des marchandises débarquées, ainsi que leur garde et leur livraison ». Les opérations juridiques d'acconage sont de quatre types que sont : la réception de la marchandise pour le compte du donneur d'ordre ; la prise en charge de celle-ci qui peut s'accompagner d'une garde à travers un dépôt dans les magasins de l'acconier jusqu'à leur mise à bord du navire. Cette opération est encore marquée par la reconnaissance dont l'entrepreneur est amené à faire pour le compte de son mandant et enfin en cas de débarquement de livrer la marchandise à l'ayant droit. Les opérations juridiques d'acconage doivent être effectuées avec la plus grande diligence possible, l'acconier devra pour se prémunir contre les dommages survenus à la cargaison avant leur prise en charge prendre des réserves²²⁷⁵. Ne pas le faire signifierait qu'il a reçu la marchandise dans l'état indiqué au connaissement et la responsabilité qui en découle est aussi sévère que celle qui pèse sur le transporteur maritime.

ii) Une responsabilité de plein droit de l'acconier tributaire d'une obligation de résultat

Le régime de responsabilité qui pèse sur l'entrepreneur de manutention pour les opérations juridiques est identique à celle que supporte le transporteur maritime²²⁷⁶. Cette règle résulte de l'article 631 du Code Communautaire de la Marine Marchande qui dispose en son alinéa (2) que : « *lorsqu'il accomplit les opérations visées à l'article 628 ci-dessus, il est présumé avoir reçu la marchandise telle qu'elle a été déclarée par le déposant et répond dans ce cas des dommages et pertes subies par la marchandise pendant qu'elle est sous sa garde... ».* C'est indubitablement une obligation de résultat²²⁷⁷. Le texte poursuit par des causes d'exonération tout en relevant préalablement que l'entrepreneur de manutention

²²⁷⁵ Cf. article 629 du code communautaire.

²²⁷⁶ Voir les articles 546 à 559 du code.

²²⁷⁷ C. A. Rouen, (2e Ch.), 10 décembre 2009, Navire *Providence*, n° 08-05.762.

pourra néanmoins décliner sa responsabilité s'il prouve que la cause ou l'une des causes des pertes ou dommages n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'un de ses préposés ou mandataires ou de l'une des personnes dont il utilise les services pour l'exécution des opérations relatives au transport. Ceci revient à dire que si l'ayant droit à la marchandise prouve l'origine du dommage se trouve dans le fait de ces personnes, l'aconier devra automatiquement répondre.

Sur la base de ces dispositions pertinentes du code communautaire précitées, on peut affirmer que l'entrepreneur de manutention subi une « responsabilité de plein droit pour ce qui est des opérations juridiques d'aconage »²²⁷⁸. Le texte communautaire consacre ainsi une responsabilité de l'aconier calquée sur celle du transporteur à une petite différence prète²²⁷⁹. Comme en droit français, législation d'inspiration du législateur CEMAC, on observe une nette précision concernant l'article 631 alinéa 2. Cette précision fait suite aux critiques nourries par M. Gaston NGAMKAN à propos de l'ambiguïté sur la formulation du paragraphe (b) de l'ancien article 449²²⁸⁰. De l'avis de ce auteur: « *son application [...] est indéniablement teintée de paradoxe, de confusion qui rendent le texte inintelligible et donc difficile à mettre en œuvre* ». Car il ressortait de la lettre (b) de cet article que : « *lorsqu'il accomplit les opérations visées aux articles 446 et 447 ci-dessus, il est présumé avoir reçu la marchandise telle qu'elle a été déclarée par le déposant* ». Or, on savait que les opérations visées à l'ancien article 446 étaient des opérations matérielles d'aconage auxquels l'aconier n'était tenu que d'une obligation de moyen et par conséquent d'une responsabilité fondée sur la faute. Estimant que cette formulation était une coquille dans le texte communautaire, M. Gaston NGAMKAN avait suggéré que le législateur devrait l'effacer lors du prochain toilettage du texte. On ne voyait pas comment pour les mêmes opérations, l'aconier peut être soumis en même temps à un principe de responsabilité de plein droit et un principe de responsabilité pour faute²²⁸¹. Heureusement que cette ambiguïté a été levée par les soins de l'auteur de la critique membre de la commission de révision du code de 2001. Quid au consignataire

2 - Le double principe de responsabilité des consignataires

Les consignataires agissent pour le compte du navire (consignataire de navire) ou pour le compte du destinataire (consignataire de cargaison). Ces qualités ne sont pas incompatibles. C'est ainsi qu'un agent peut intervenir à la fois pour le

²²⁷⁸ Voir dans ce sens NGAMKAN (G.), « Etude comparée du statut juridique de l'entrepreneur de manutention en droit français et en droit communautaire de l'Afrique centrale », *Juridis Périodique* n° 78, Avril-Mai-Juin 2008, p. 100.

²²⁷⁹ La différence réside sur le fait qu'il existe des causes d'exonération propres au transporteur qui ne peuvent aucunement être applicable à l'aconier

²²⁸⁰ NGAMKAN (G.), « Etude comparée du statut juridique de l'entrepreneur de manutention en droit français et en droit communautaire de l'Afrique centrale », *Juridis Périodique* n° 78, Avril-Mai-Juin 2008 p. 100.

²²⁸¹ NGAMKAN (G.), « Un mimétisme fâcheux en droit maritime de l'Afrique centrale : l'article 382 du code de la marine marchande de l'UDEAC, plaidoyer pour un carénage du statut juridique de l'entrepreneur de manutention en Afrique centrale », *Juridis Périodique*, n° 37, Janvier-fevrier-Mars 1999, p. 71. L'auteur avait proposé que la lettre (b) de l'article 449 soit reformulée de la façon suivante : « *Lorsqu'il accomplit les opérations visées à l'article 447 ci-dessus, il est présumé avoir reçu la marchandise telle qu'elle a été déclarée par le déposant* ».

compte du navire et pour le compte de la marchandise. Le régime de la responsabilité retenu est fonction de l'acte qu'il accomplit. Alors que les deux consignataires sont soumis à un double principe de responsabilité, il importe de les envisager séparément au vue des spécificités qui les caractérisent.

a) Le double principe de responsabilité applicable au consignataire de navire

Le consignataire de navire est identifié par le Code de la Marine Marchande comme «*un mandataire salarié de l'armateur*»²²⁸². En tant que tel, l'agent consignataire de navire agit pour le compte de l'armateur qu'il représente et s'efface devant la personne de celui-ci. Par conséquent, les tiers n'ont à connaître que le mandant et ne peuvent mettre en œuvre que la responsabilité de ce mandant lorsque des dommages sont survenus à l'occasion de l'intervention du consignataire. Il effectue pour les besoins et compte du navire et de l'expédition les opérations que le capitaine n'accomplit pas lui-même²²⁸³. L'article 624 du code CEMAC lui réserve deux types de responsabilité.

i) La responsabilité de plein droit du consignataire

Le consignataire du navire ne peut être tenu que de ses actes, il ne saurait en aucun cas répondre des actes de l'armement dont il est le mandataire, c'est ce qu'a affirmé la Cour de Cassation dans un arrêt du 2 juillet 1923 lorsqu'en parlant du consignataire elle énonçait : «*qu'il n'a à répondre que de sa propre faute*»²²⁸⁴. Le consignataire de navire pour des opérations juridiques de réception et de livraison de la marchandise prévues à l'alinéa 3 de l'article 622 est soumis à un régime de responsabilité identique à celui de l'entrepreneur de manutention²²⁸⁵. Un régime de responsabilité analogue à celui du transporteur maritime. Il ressort à cet effet de ce texte que l'agent consignataire de navire est soumis au même régime de responsabilité que l'armateur qu'il représente dans les actes de réception et de livraison de la marchandise à savoir une responsabilité de plein droit en application de l'article 546. En dehors de l'hypothèse prévue à l'article 624 alinéa 1, la responsabilité du consignataire est envisagé dans les termes du droit commun.

ii) La responsabilité de droit commun du consignataire de navire

Lorsque le consignataire n'accomplit pas les missions prévues au titre de l'alinéa 1 de l'article 624 du code communautaire, il est responsable de ses actes dans les termes de droit commun²²⁸⁶. Il s'agit en effet d'une responsabilité pour faute notamment lorsqu'il s'est engagé personnellement à côté de l'armateur qu'il représente ou encore lorsqu'il a donné l'apparence d'agir pour son propre compte. Dans ce dernier cas, sa responsabilité peut être engagée par les tiers. Dans cette dernière hypothèse, pour engager la responsabilité du consignataire, il faudra établir sa faute dans l'exercice du mandat. Le transporteur qu'il représente devra prouver une

²²⁸² Article 622.

²²⁸³ *ibid.*

²²⁸⁴ Voir aussi : Cass. Com. 16 Avril 1951, G.P. 1951, 2, 13.

²²⁸⁵ Voir article 624 alinéa 1 qui dispose que: « Pour les pertes et avaries subies par les marchandises au cours des missions qu'il accomplit au titre du paragraphe 3 de l'article 622 ci-dessus, le consignataire du navire est responsable dans les conditions et limites prévues par les articles 630 à 633 du présent Code ».

²²⁸⁶ Article 624 alinéa 2.

faute commise par son mandataire pour assigner en garantie de la dette de réparation d'un préjudice subi par l'ayant-droit de la cargaison. Le consignataire est soumis pour les opérations non prévues à l'article 624 alinéa 2 au principe de responsabilité de droit commun fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil. Ce principe de responsabilité est différent de celui applicable au consignataire de cargaison.

b) La responsabilité dualiste du consignataire de cargaison

Ce dualisme découle également de la double mission qu'il est souvent amené à accomplir : à savoir représentant de l'ayant droit à la marchandise (mandataire) et de gardien de la marchandise. Pour sa fonction de mandataire, il est responsable de toute faute commise par lui²²⁸⁷ et pour sa fonction de gardien, il répond d'une responsabilité de plein droit.

i) La responsabilité pour faute du consignataire de cargaison en sa qualité de mandataire

En tant que mandataire, le consignataire est responsable de toute faute commise par lui ou toute personne dont il a eu recours pour l'exercice de ses fonctions. Tel sera le cas lorsqu'en exécutant les instructions de son commettant, il commet une infraction qui entraîne sa condamnation pénale. Il ne saurait de ce fait réclamer à son mandant des dommages intérêts, le délit ainsi réprimé étant un fait personnel au consignataire qu'il aurait éviter en faisant preuve de prudence et de diligence.

ii) La responsabilité de plein droit du consignataire de cargaison

Lorsque le consignataire prend livraison de la marchandise pour le compte du commettant, il assure la garde jusqu'à sa restitution. En le faisant, il accomplit des actes juridiques pour le compte du destinataire. Il reçoit la marchandise des mains du transporteur, fait la reconnaissance et accomplit les suites nécessaires²²⁸⁸. A cet effet, il devrait prendre la marchandise des mains d'une partie exécutante du transport dans le même régime que le destinataire. Sa responsabilité pendant cette période est présumée pour les dommages subis par la marchandise²²⁸⁹.

Au regard de ce qui précède, on note un souci d'harmonisation du législateur CEMAC, car il a adopté une méthode de renvoi du régime de responsabilité des consignataires aux règles établies au profit du manutentionnaire. Cette volonté est d'autant perceptible qu'on sait que la technique de renvoi est la méthode par excellence de l'harmonisation. Ce souci n'est qu'embryonnaire parce que le commissionnaire et le transitaire bien que classés parmi les professions auxiliaires de transport au même titre que l'acconier et les consignataires, sont soumis à des régimes de responsabilité différents.

²²⁸⁷ ABOUSSOROR (A.), thèse précitée, p. 74, n° 123.

²²⁸⁸ Le consignataire de la cargaison doit prendre, contre le transporteur ou son représentant, les réserves que commandent l'état et la quantité de la marchandise dans les conditions et délais prévus par l'article 560 paragraphe 1 du Code de la marine marchande.

²²⁸⁹ En ce sens, M. ABOUSSOROR Abdellah affirme qu' : « en tant que gardien de la marchandise pour le compte du destinataire, il répond de plein droit des dommages occasionnés par la garde de la marchandise, sauf s'il démontre que les dommages proviennent d'un cas exceptionnel prévu par la loi, la force majeure, par exemple ».

B - Le principe unique de la responsabilité du commissionnaire et du transitaire

Le commissionnaire de transport est un intermédiaire de commerce qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant (expéditeur de la marchandise), le transport de marchandises moyennant une commission. Il se distingue du transitaire à triple égards. Premièrement le commissionnaire se charge complètement du transport en l'organisant à sa guise alors que le transitaire intervient uniquement lors de la rupture de la charge. Deuxièmement, le transitaire est responsable uniquement de son fait personnel alors que le commissionnaire peut l'être du fait d'autrui. Troisièmement, le commissionnaire est soumis à la prescription biennale alors que l'action en responsabilité contre le transitaire est soumise à la prescription de droit commun (cinq ans entre les commerçants)²²⁹⁰. Malgré la confusion qui règne dans la pratique entre ces deux auxiliaires et qui est souvent entretenue par les acteurs eux-mêmes, leurs régimes de responsabilité restent différents. Pour cette raison, il convient de les étudier séparément.

1 – Une responsabilité du commissionnaire de transport calquée sur celle d'un transporteur maritime

Selon la Cour de cassation française le contrat de commission de transport est une « *convention par laquelle le commissionnaire s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement de la marchandise d'un lieu à un autre, qui se caractérise par la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité, ainsi que par le fait que cette convention porte sur le transport de bout en bout* »²²⁹¹. Il y'a à cet effet commission de transport lorsque pour déplacer la marchandise, un expéditeur sans contracter directement avec un transporteur s'adresse à un intermédiaire qui se charge d'organiser le transport pour lui²²⁹². Le commissionnaire s'engage à faire exécuter le transport d'une marchandise d'un lieu à un autre²²⁹³. Il n'est pas un transporteur²²⁹⁴, c'est un organisateur de transport qui fait exécuter sous sa responsabilité et en son nom propre le déplacement de la marchandise pour le compte d'un donneur d'ordre appelé commettant. Il accomplit des actes juridiques nécessaires au déplacement de la marchandise pour le compte de son client. Il a cet effet une obligation de résultat²²⁹⁵

²²⁹⁰ Article 16 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

²²⁹¹ Cass. Com., 16 février 1988, n° 86-18.309, Bull. civ. IV n° 75 p. 52, BT 1988 p. 491 ; Cass. Com. 6 février 1990, n° 88-15.495.

²²⁹² Cass. Com., 16 Février 1988. Voir aussi GAUTIER (G.), « Aperçus de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans les litiges maritimes », Gazette de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Hiver 2009-2010, n° 21, p. 3.

²²⁹³ Voir l'article 453 du Code Révisé de la Marine Marchande de la CEMAC de 2001. Cette disposition n'est plus reprise par le nouveau texte communautaire Voir également LE TOURNEAU (P.) et CADIET (L.), op.cit. p. 46, n° 2360.

²²⁹⁴ AKUETE (P.S.) et YADO TOE (J.), Droit Commercial Général, coll. UNIDA Bruylant - Bruxelles, 2002, p. 276, n° 451.

²²⁹⁵ Voir les articles 204 al. 2 et 205 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit commercial général qui soumettent le commissionnaire aux dispositions régissant le contrat de transport.

dont le corollaire est la responsabilité de plein droit²²⁹⁶. Le commissionnaire peut confier l'opération de transport à un mandataire comme il peut le faire lui-même sur une partie de l'itinéraire²²⁹⁷. Qu'il confie l'exécution totale du transport à un tiers ou qu'il s'en occupe pour une partie de l'itinéraire, le commissionnaire est responsable à la fois de son propre fait, mais aussi du fait des personnes qu'il a introduit dans l'exécution du contrat de transport.

a) La responsabilité du commissionnaire du fait personnel

Elle est calquée sur le droit commun de la responsabilité contractuelle. Son régime de mise en œuvre obéit aux règles de droit commun de la responsabilité civile à savoir la preuve de la faute et le dommage subi par le destinataire de la marchandise. Le commissionnaire est tenu de la bonne exécution totale du transport. A ce titre, il répond de tout dommage subi par la cargaison ayant pour origine directe, soit une faute matérielle personnelle, un manquement à un quelconque de ses devoirs généraux, soit une absence totale de faute, ce qui est le cas par exemple lorsque l'origine du dommage est inconnue. Le commissionnaire de transport est tenu d'une véritable obligation de résultat au sens de l'article 1147 du code civil.

Les causes de la mise en jeu de la responsabilité pour fait personnel du commissionnaire sont multiples.

Premièrement, il doit respecter les instructions fournies par son client. Ainsi, avait été condamné un commissionnaire de transport qui avait laissé placer la marchandise en pontée malgré l'interdiction signifiée par son commettant²²⁹⁸.

Deuxièmement, le manquement à son devoir d'information est fautif²²⁹⁹. En effet, le commissionnaire a un devoir de conseil et d'information à l'égard de ses clients, qui s'applique avec moins de force vis à vis de ses clients expérimentés mais qui s'exerce dans les limites de sa compétence spécifique²³⁰⁰.

La troisièmement, une série de causes de responsabilité du commissionnaire de transport relève d'un contexte purement pratique et concerne les erreurs et les manquements qu'il est difficile de tolérer venant d'un professionnel : mauvais choix du transporteur²³⁰¹, mauvaise rédaction des documents, absence de transmission aux sous commissionnaires les informations nécessaires à la bonne exécution du

²²⁹⁶ Cette obligation avait été relevée à l'article 453 du Code Révisé de la Marine Marchande de la CEMAC. Elle peut également s'interpréter de l'article 205 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au Droit Commercial Général qui dispose que : « Le commissionnaire expéditeur ou agent de transport répond notamment de l'arrivée de la marchandise dans les délais fixés, des avaries et des pertes, sauf fait d'un tiers ou cas de force majeure ». Voir également GATSI (J.), Droit des Affaires, Droit Commercial Général, Droit des Sociétés Commerciales, UNIDA, PUL 2006, p. 103 ; C.A. d'Aix-en-Provence, 31 Mai 1985, DMF, 1986, p. 693. Voir également la Cour d'Appel de Rouen, 25 Septembre 1997 ; ABOUSSOROR (A.), thèse précitée, p. 72, n° 119.

²²⁹⁷ C. A. Paris, 17 Mars 1982.

²²⁹⁸ C.A. Paris, 4 Juillet 1990, T, 1990, p. 701.

²²⁹⁹ C.A. Douai, 25 Octobre 2001, BTL, n° 2926, p. 94

²³⁰⁰ DUBOIS (E.), « La structure d'un contrat RC couvrant les responsabilités d'un prestataire de Transport », Cahier Technique et transport - Paroles d'experts : Actualité en matière de transport de marchandises, Mars 2010, p. 83, (www.amrae.fr).

²³⁰¹ Cass. Com., 19 Octobre 1993, BTL, 1993, p. 79.

transport²³⁰². Tel qu'il répond de ses faits, le commissionnaire est également tenu des faits des personnes auxquelles il a recours pour l'exécution du transport.

b) La responsabilité du commissionnaire de transport du fait de ses mandataires

Si la reconnaissance de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui a fait l'objet d'abondantes controverses doctrinales²³⁰³, elle est unanimement admise aujourd'hui²³⁰⁴. Cette responsabilité suppose que soient réunies quatre conditions. Il faut que le débiteur soit personnellement tenu d'une obligation dont il confie en tout ou partie l'exécution à un tiers sans avoir été déchargé de son obligation par le créancier et que le fait du tiers réalise l'inexécution de cette obligation²³⁰⁵. Ces exigences sont réunies dans la commission de transport car, le commissionnaire est tenu d'une obligation envers le commettant qu'il confie l'exécution à un tiers sans avoir pour autant été déchargé par le créancier. Le débat sur la nature de l'obligation du commissionnaire même pour les faits d'autrui est aujourd'hui clos, celui-ci est débiteur d'une obligation de résultat dont le corollaire est le principe de responsabilité de plein droit. Cette règle est consacrée par l'article L 132 – 6 du Code de Commerce français. En effet, il ressort de ce texte que le commissionnaire répond de tous les prestataires de services auxquels il fait appel et ne peut se dégager de sa responsabilité sous prétexte qu'il n'a pas personnellement commis une faute²³⁰⁶.

Les prestataires auxquels le Code de Commerce fait référence s'analysent en toute personne à laquelle le commissionnaire fait appel telle que le transporteur, le commissionnaire intermédiaire etc. Il faut ainsi comprendre malgré le malencontreux libellé du texte précité qui dispose que : « *le commissionnaire est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises* ».

En application l'article L 132 – 6 du Code de Commerce, le commissionnaire est responsable de plein droit des dommages causés à la marchandise qu'il a confiée à ses substitués sans qu'il y ait lieu de prouver sa faute, ni celle du substitué. Il suffit pour l'ayant droit à la marchandise de prouver l'existence du dommage.

En tout état de cause, pour que la responsabilité du commissionnaire du fait des substitués soit admise il faut la réunion d'une triple conditions.

Primo, la liberté dans le choix de ses substitués.

Secundo, les substitués doivent avoir agi dans l'exercice de leurs missions.

²³⁰² Cass. Com., 22 Février 1994, B, IV, n° 80 cité par Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET op.cit., p. 546, n° 2359.

²³⁰³ En effet, le Doyen RODIERE n'aimait pas beaucoup ce concept. Dans une chronique très ancienne (Daloz 1952 – Chronique p. 79 et s. « Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? »), il estimait, pour s'en tenir à l'essentiel, que « le débiteur d'une obligation contractuelle inexécutée par le fait d'un tiers n'est tenu de réparer le dommage que s'il a commis une faute personnelle, sauf convention contraire ou sauf disposition contraire de la loi ». La responsabilité du débiteur impliquait qu'un texte spécial l'ait institué garant du fait du tiers.

²³⁰⁴ Voir VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Traité de Droit Civil – « *Les Conditions de la Responsabilité* », LGDJ, 3^e édition, n° 818.

²³⁰⁵ Ibid., n° 821.

²³⁰⁶ C.A. Paris 1^{er} Octobre 1986.

Tertio, le commissionnaire ne peut être responsable que dans la mesure que son substitué est tenu pour responsable²³⁰⁷.

Que ce soit pour son fait personnel ou celui de ses substitués, le commissionnaire de transport est soumis à une responsabilité de plein droit. Tel n'est pas le cas pour le transitaire.

2 – La responsabilité pour faute du transitaire

Le transitaire est un agent de liaison, un « professionnel de passage »²³⁰⁸ qui intervient à la charnière entre deux modes de transport. C'est un mandataire de l'ayant droit à la marchandise, agit dans le strict respect des instructions reçues et répond de ses fautes personnelles²³⁰⁹. Pour qu'une faute engage la responsabilité du transitaire, elle doit être personnelle²³¹⁰ et doit être prouvée²³¹¹. Le transitaire est débiteur d'une obligation de moyen et de diligence dont le corollaire est la responsabilité pour faute prouvée. Sa responsabilité est moins lourde que celle du commissionnaire de transport ou encore du consignataire à moins qu'il n'agisse en qualité de consignataire de la cargaison. Auquel cas sa responsabilité sera soumise au régime de responsabilité prévu par les articles 625 et 626 du Code²³¹². La responsabilité du transitaire ne peut être engagée que sur l'établissement par le destinataire d'une faute. Celui-ci doit prouver qu'il n'a pas déployé une diligence raisonnable alors qu'il en avait les moyens. Cette diligence est appréciée en fonction des opérations et obligations qui entrent dans le jargon normal et habituel de ses fonctions. La pratique est une source non négligeable dans la détermination de l'étendue des obligations du transitaire. Nous pensons que l'énumération faite aux alinéas 1 et 2 de l'article 638 du code est simplement indicative. Il commet une faute s'il méconnaît les instructions qu'il a reçues de son mandant. Les juges montrent une sévérité dans l'appréciation de la responsabilité du transitaire²³¹³.

La responsabilité du transitaire est une responsabilité de droit commun pouvant être fondée sur les articles 1382 du Code Civil et mise en œuvre suivant le régime de la responsabilité civile.

²³⁰⁷ Cf. AKUETE (P.S.) et YADO TOE (J.), op. cit. p. 287, n° 463. Voir également l'article 172 in fine de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général.

²³⁰⁸ JULIEN (M.), « Un métier de la chaîne des transports : du transitaire à l'Opérateur de transport multimodal », Annales IMTM, 1986, p. 133.

²³⁰⁹ Voir article 639 du Code de la Marine Marchande.

²³¹⁰ Article 452 alinéa 2 du Code Communautaire de la Marine marchande.

²³¹¹ BOUBAKARY (N.), Obligations du transitaire, thèse, Aix-en-Provence, 1986, p. 31.

²³¹² Article 639 alinéa 4.

²³¹³ Dans un arrêt du 9 Février 1988 cité par M. ABOUSSOROR Abdellah, la Cour d'Appel de Casablanca avait décidé que le transitaire qui n'a fait des réserves auprès du transporteur maritime que postérieurement à l'expiration du délai de 8 jours, après que les marchandises aient été mises à la disposition du destinataire n'a pas préservé les droits du propriétaire de la marchandise d'exercer un recours contre l'auteur de l'avarie. Qu'à cet effet, il avait manqué de son devoir de diligence et devait réparer le préjudice ainsi causé à son mandant par sa faute. Il en est également lorsque le transitaire n'a pas payé le fret au transporteur conformément aux instructions du mandant et que de ce fait résulte un dommage.

II - Une absence d'harmonisation diluée : l'existence d'un certain tronc commun dans l'application des causes d'exonération et du plafonnement de responsabilité

La responsabilité dans le transport est *suis generis*. A l'exception du transitaire qui est astreint à une obligation de moyen, les autres acteurs du transport maritime supportent une obligation de résultat dont le corollaire est la responsabilité de plein droit. Ce lourd fardeau est tempéré par des causes d'exonération et le plafonnement de responsabilité diversement appliqués aux acteurs.

A - Un socle (fond) commun à double pédale de l'application des causes d'exonération aux acteurs intermédiaires de transport maritime

Si l'on doit répondre de ses actes et omissions, il est d'ordre public que le débiteur d'une obligation a le droit d'invoquer des causes extérieures qui ont concouru à la réalisation du dommage. Parlant des causes d'exonérations, on relèvera que le manque d'harmonisation sur la question de la responsabilité des exploitants de terminaux de transport maritime est dilué dans la mesure qu'il existe un tronc commun d'application des cas exceptés malgré que le commissionnaire continue de bénéficier d'un régime de faveur.

1 – Le tronc commun d'invocation des cas exceptés

L'existence de ce tronc commun est matérialisée par la reconnaissance aux auxiliaires mandataires des causes d'exonération du transporteur malgré que l'invocation de certains leur est impossible. De plus les auxiliaires de transport peuvent s'exonérer de la responsabilité dans les termes du droit commun.

a) La reconnaissance aux auxiliaires mandataires du droit d'invoquer les causes d'exonération applicables au transporteur maritime

Le texte communautaire retient plusieurs cas exceptés pouvant bénéficier au transporteur²³¹⁴. Lesquelles causes d'exonérations peuvent être empruntées pour le compte d'un auxiliaire de transport. A celles-ci peuvent s'ajouter celles expressément consacrées à leur bénéfice.

i) La cause d'exonération empruntée au transporteur

Il s'agit du cas excepté tiré du transport d'animaux vivants. Il avait été imaginé pour le particularisme lié à ce type de cargaison. Le transporteur n'étant pas un professionnel d'entretien des animaux. A cet effet, il était incapable de maîtriser leurs comportements.

Le mandataire du transporteur ou une partie exécutante qui a suivi les instructions du chargeur et a fait preuve de diligence raisonnable pour une bonne exécution du transport doit pouvoir invoquer la cause d'exonération. Le dommage dans ce cas doit être inhérent à la nature de la cargaison. C'est-à-dire qu'il doit avoir un rapport étroit entre l'origine du dommage et les caractéristiques propres de la cargaison. Si cette preuve est établie, l'auxiliaire est déclaré irresponsable et sa responsabilité est dérogée comme pour les cas exceptés consacré à son profit.

ii) Les cas exceptés consacrés témérairement au bénéfice des auxiliaires de transport

²³¹⁴ Incendie ; sauvetage en mer et transport d'animaux vivants

Les auxiliaires de transport dont les services ont été requis par les acteurs principaux peuvent à leur tour se prévaloir des cas exceptés expressément stipulés à leur égard par l'article 631 al.2 du code de la marine marchande. C'est une reprise partielle des causes d'exonération stipulées à l'article 546 al.3 du code. Cette reprise se justifie d'autant plus qu'on ne pouvait admettre une responsabilité du mandataire plus lourde que celle du mandant. Il est donc de droit et d'équité que les auxiliaires de transport bénéficient des cas exceptés tirés de la force majeure²³¹⁵ ou du cas fortuit ; de l'incendie ; des faits de guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils ; des restriction de quarantaine, intervention ou obstacles de la part d'Etats, d'autorités publiques, de dirigeants ou du peuple, y compris une immobilisation, un arrêt ou une saisie non imputable à l'auxiliaire ou à ses mandataires. Il en est également des cas exceptés tenant à la cargaison tels que le vice propre de la marchandise, du défaut d'emballage ; des cas exceptés tenant aux parties tels que la grève et le lock-out dans lequel aucune faute ne peut leur être reprochée ou encore de la faute du chargeur.

S'il est évident et même naturel que les préposés ou mandataires puissent invoquer les cas exceptés réservés au mandant, il faut du moins souligner que certains cas exceptés sont à leurs égards inadmissibles.

b) L'inapplicabilité de certains cas exceptés aux auxiliaires de transport

Il s'agit du cas excepté tiré du sauvetage ; d'assistance en mer ; de la buée de cale ; du déroutement et du vice caché du navire.

L'inapplicabilité de ces cas exceptés aux auxiliaires maritimes se justifie par le fait qu'ils n'ont pas été prévus à leur effet et davantage par la nature de leurs activités. Si les auxiliaires de transport ne sont responsables spatio temporis que du moment où ils prennent en charge la marchandise jusqu'à l'instant où ils s'en dessaisissent en les livrant au destinataire ou au transporteur, il est évident que le lieu d'exercice de leurs activités soit l'enceinte portuaire. Par conséquent, il leur est impossible de se prévaloir des événements qui ne sont susceptibles de se produire uniquement qu'en mer ou encore des cas exceptés tenant au navire.

c) La preuve de l'absence de faute de l'auxiliaire pour les dommages dus aux opérations matérielles

Une fois de plus le code de la Marine marchande consacre une responsabilité dont la mise en œuvre obéit au régime de droit commun pour les opérations de chargement/déchargement et leurs annexes à l'égard de l'auxiliaire de transport²³¹⁶. C'est une responsabilité pour faute. D'après une certaine jurisprudence²³¹⁷ approuvée par une partie de la doctrine²³¹⁸, la faute de l'auxiliaire doit être prouvée. Cette

²³¹⁵ Cour d'appel d'Aix- en- Provence (8e ch. a), 12 avril 2012, DMF n° 745, Mars 2013, p. 227, obs. M. FOLLIN

²³¹⁶ A titre de droit comparé voir la littérature (a) de la loi française qui précise qu' :« il est responsable des dommages qui lui sont imputables ». Voir également les articles 624 alinéa 2 et 631 alinéa 1 du code. Il existe donc une certaine affinité dans le statut de l'acconier en droit français et en droit CEMAC. Lire à propos NGAMKAN (G.), « Etude comparée du statut juridique de l'entrepreneur de manutention en droit français et en droit communautaire de l'Afrique centrale », Juridis Périodique n° 78, Avril-mai-Juin 2008.

²³¹⁷ Rouen, 12 Octobre 2006, BTL, 2007, 149.

²³¹⁸ BONASSIES (P.) et SCAPEL (Ch.), op cit. p. 447, n° 689.

solution est pertinemment applicable au transitaire tenu d'une obligation de moyen et de diligence²³¹⁹. Ceci est d'autant vrai que le texte communautaire stipule expressément que « le transitaire n'est responsable que de ses fautes personnelles prouvées ». Mais un autre courant jurisprudentiel ne l'entend pas de la façon, dans un but moralisateur, il fait peser sur l'entrepreneur de manutention une présomption de faute²³²⁰. L'acconier tout comme le consignataire pour les opérations matérielles qu'ils accomplissent, peuvent alléguer l'absence de faute pour s'exonérer²³²¹.

Un arrimage de la responsabilité des autres auxiliaires de transport sur celle de l'acconier a permis la mise en place d'une homogénéité juridique, un tronçon commun de responsabilité des professions auxiliaires de transport maritime. Homogénéité fragilisée du fait du statut particulier du commissionnaire de transport.

2 – Le particularisme du commissionnaire de transport : un acteur privilégié par les cas exceptés

En sa qualité d'organisateur de l'expédition maritime, le commissionnaire bénéficie d'un statut spécial par rapport aux autres intermédiaires de transport. Ceci s'explique d'une part parce qu'il ne peut être plus responsable que ses substitués²³²². Il n'est tenu pour responsable que dans la mesure où le transporteur dont il s'est substitué est lui-même responsable. Le commissionnaire emprunte la situation juridique de ses substitués ou des sous-substitués. Il est donc évident que si le transporteur auteur du dommage invoque un cas excepté tel le sauvetage en mer ou même l'incendie, le commissionnaire garant de ses fautes bénéficiera des mêmes facteurs d'exonération.

De plus, il est admis que le commissionnaire de transport peut stipuler des clauses visant à écarter totalement ou partiellement sa responsabilité pour des fautes commises par ses substitués à condition qu'elles aient été connues et acceptées par le commettant lors de la conclusion du contrat de commission de transport. Elles ne peuvent être soulevées lorsque le dommage est le résultat du dol ou d'une faute lourde du commissionnaire de transport ou du substitué²³²³. Lorsque l'auxiliaire ne peut pas se prévaloir des cas exceptés, il bénéficie encore de la limitation de la responsabilité.

B - Application nuancée du plafonnement de responsabilité aux auxiliaires de transport

²³¹⁹ Exception doit être faite ici des opérations prévues à l'article 638 alinéa 4 pour lesquelles il est assimilé à un consignataire de cargaison et soumis au régime de responsabilité prévu par les articles 625 et 626 du code

²³²⁰ Paris, 5^e Ch. Section A, 24 Juin 1998, Navire « MAHAJUNGA », DMF, 1999, p. 321. Aix-en-Provence, 12 Novembre 1998, BTL 2000, p. 52 ; Versailles, 13 Mai 2001, BTL 2004, p. 412.

²³²¹ La même interprétation peut être déduite de l'article 5 alinéa 1 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international signée à Vienne le 19 avril 1991.

²³²² Voir GAUTIER (G.) « Aperçus de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans les litiges maritimes », Gazette de la Chambre Arbitrale de Paris, n° 21, p. 3.

²³²³ C.A. Versailles, 15 Mai 2003, BTL 2003, p. 403, n° 2991.

La limitation de responsabilité²³²⁴ est une autre contrepartie de la lourde responsabilité qui pèse sur les acteurs du commerce maritime. Autrement appelé plafond d'indemnisation²³²⁵, il se traduit par un plafonnement du montant des réparations dues quelle que soit l'importance du dommage.

Le nouveau texte communautaire a remédié au laxisme qui était reproché à son prédécesseur sur la limitation de responsabilité des auxiliaires de transport. Si autrefois, cette prérogative n'était expressément stipulée que pour l'entrepreneur de manutention²³²⁶, on note aujourd'hui une extension aux autres auxiliaires de transport par la technique de renvoi²³²⁷. Cette institution est cependant diversement appliquée aux acteurs, faisant ressortir un fond commun et un particularisme en ce qui concerne le commissionnaire de transport

1 – Le droit commun de la limitation de responsabilité applicable aux auxiliaires de transport

Malgré les hostilités animées par la jurisprudence américaine quant à l'extension de la limitation de la responsabilité aux stevedores au motif qu'une telle précision n'avait été faite au connaissance, il ne souffre plus d'aucun doute que les auxiliaires de transport bénéficient de la limitation de responsabilité²³²⁸. Ce bénéfice n'est admis qu'en cas agissement dans les limites de leurs fonctions. Il est refusé dans le cas contraire.

a) Admission de la limitation en cas d'agissement dans le cadre du mandat

Parce que la majorité des dommages aux marchandises est le fait des auxiliaires de transport, il est dont évident que ces dommages soient soumis au même régime que la responsabilité du transporteur pour le compte de qui ils agissent. L'assimilation des auxiliaires au transporteur est consacrée aux articles 624 al.1, 626, 632 et 640 ; lesdits articles renvoyant eux aussi aux articles 552 à 554 du code CEMAC. Ces plafonds d'indemnisation sont les suivants :

- Pour les manquements en terme de perte et avarie, la responsabilité de l'auxiliaire est plafonnée à 875 droits de tirage spéciaux par colis ou autre unité de chargement, ou à 3 droits de tirage spéciaux par kilogramme de poids brut des marchandises objet de la réclamation ou du litige, la limite la plus élevée étant applicable, sauf lorsque la valeur des marchandises a été déclarée par le chargeur et figure dans les données du contrat, ou lorsqu'un montant supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre les parties

²³²⁴ Pour Jean Claude NGNINTEDEM, l'expression limitation de responsabilité est impropre car ce qui est limité n'est pas la responsabilité, mais la dette de réparation qui incombe au transporteur par suite de cette responsabilité, in La responsabilité du transporteur maritime en droit camerounais, thèse, Perpignan, 2004, p. 275, p. 275.

²³²⁵ Idem.

²³²⁶ Voir l'article 449 alinéa 3 du code révisé de la marine marchande de la CEMAC de 2001 qui dispose que : « l'entrepreneur de manutention bénéficie des conditions et limites de responsabilité prévues à l'article 414 du présent Code ». Cette disposition renvoyait aux Règles de Hambourg articles 6 à 8.

²³²⁷ Articles 624 al.1 ; 626 et 633 du code de 2012.

²³²⁸ Cass. Com. 14 janvier 2014, Navire CMA-CGM Ivanhoé, obs. P. Delebecque, DMF n° 756 Mars 2014, p. 229.

- En cas de retard, la responsabilité de l'auxiliaire est limitée à un montant équivalent à deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Le montant total payable ne peut pas dépasser la limite qui serait pour la perte totale des marchandises concernées.

Comme le relève M. NGAMKAN Gaston : « *les plafonds ainsi établis profitent aux préposés et mandataires du transporteur qui prouvent avoir agi dans l'exercice de leurs fonctions* »²³²⁹. Cette limitation profite à l'auxiliaire de transport que l'action soit exercée sur le terrain contractuel ou extracontractuel ou encore que l'action émane d'une partie au contrat de transport ou d'un tiers²³³⁰. Il s'en suit que lorsque l'auxiliaire de transport a agi dans les limites de ses fonctions, le bénéfice de la limitation de responsabilité est calqué sur celui du transporteur. Ils sont déchus de ce droit à la limitation dans les mêmes conditions que le transporteur maritime²³³¹.

b) Refus de plafonnement en cas d'agissement hors de ses fonctions

C'est une sanction contre le mandataire qui a outrepassé les limites de ses fonctions ou qui a commis une faute dolosive²³³². Elle découle expressément de l'article 555 du code CEMAC. S'il ressort de ce texte que le mandataire peut se prévaloir de la limitation de responsabilité que le transporteur peut invoquer s'il prouve avoir agi dans l'exercice de ses fonctions, il est admis à contrario que s'il est établi que le mandataire est sorti du cadre de ses fonctions ou a commis une faute dolosive²³³³, il ne peut plus se prévaloir de la limitation de responsabilité du texte²³³⁴. L'exercice hors du cadre de ses fonctions et la commission d'une faute dolosive sont deux critères essentiels de l'exclusion au bénéfice de plafonnement de responsabilité auxiliaires de transport maritime²³³⁵.

²³²⁹NGAMKAN (G.), « L'intégration des règles de Hambourg dans les législations africaines : l'exemple des pays de l'Afrique Centrale », in *Juridis Périodique* n° 43, Juillet-Août-Septembre 2000, p. 119.

²³³⁰Cass. Com., 5 Mars 2002, Bull. n° 49. Faisant une simple application du chapitre IV de la loi du 18 Juin 1966, la Chambre commerciale a soumis l'action délictuelle d'un tiers contre le transporteur maritime aux mêmes règles et notamment aux mêmes plafonds d'indemnisation que si elle avait été intentée dans le cadre d'une action contractuelle.

²³³¹ Voir article 555.

²³³² RODIERE (R.), *Traité*, Tome 3, p. 35 ; Bonassies (P.) et SCAPEL (Ch.), *op. cit.*, p. 453 ; Y. Tassel, DMF 2007 pp. 35 et ss ; DMF 2005. 247, Obs. Y. Tassel ; DMF Hors Série n° 9 juin 2005, n° 87, 88 P. Bonassies ; Y. Tassel, obs. sous, Cour de Cassation (Ch. com.) - 5 décembre 2006, Navire Grace Church Comet, DMF n° 677, 2007 p. 40 (dans cette affaire la Cour de Cassation écarte le reproche de la faute dolosive fait à l'entrepreneur de manutention pour lui reconnaître le bénéfice du plafonnement de responsabilité) ; Cour de cassation, Ch. com., 29 avril 1969, DMF 1969, 613, note Lureau ; Cour de cassation, Ch. réu., 11 mars 1960, D. 1960, 277, note Rodière – Cour de cass., 18 juillet 1984, DMF 1985, 210 ; J. Bonnaud, *Actualité du Droit Maritime National* in *IMTM Annales* 2006 ; J. Bonnaud obs. sous Cour d'Appel d'Aix-en-Provence (2ème Ch.) 29 mars 2007, Navire Blue Sky, DMF n° 682, 2007, p.504.

²³³³ C'est un acte ou à une omission personnel que celui qui revendique le droit de limiter sa responsabilité a commis soit dans l'intention de causer ce préjudice, soit téméairement et avec conscience que ce préjudice en résulterait probablement. Cf. Y. Tassel, obs. sous, Cour de Cassation (Ch. com.) - 7 novembre 2006 - Navire MSC Diego. DMF n° 677, 2007 p. 38.

²³³⁴ Voir CA d'Aix-en-Provence (2ème Ch.) – 29 mars 2007 – Navire *Blue Sky*, obs. BONNAUD (J.), DMF n° 682, 2007, p. 511.

²³³⁵Cf. RODIERE (R.), *Traité de Droit Maritime*, Tome 3, page 35 ; Vialard, *Droit Maritime*, PUF 1997 p. 433, n° 505 ; Cour de cassation, Ch. réu., 11 mars 1960, D. 1960, 277, note RODIERE ; Cour de Cassation., 18 juil. 1984, DMF 1985, 210 ; voir également l'article 21 alinéa 2 de la Convention inter-Etat de transport multimodal

En somme, il échet de retenir que l'application du plafonnement de responsabilité aux auxiliaires de transport dépend du respect ou non des limites de leur fonction. La situation est différente dans la commission de transport.

2 – Le cas exceptionnel de la limitation de responsabilité dans la commission de transport

Le commissionnaire de transport bien qu'il contracte directement avec l'ayant droit à la marchandise n'emprunte pas pour autant la qualité de transporteur, il demeure un auxiliaire de transport. C'est à raison que le Code Révisé de la Marine Marchande de la CEMAC de 2001 l'avait envisagé dans les professions auxiliaires de transport maritime. Tout comme il emprunte la situation de ses substitués pour les causes d'exonération, la limitation de responsabilité qui lui est applicable est calquée sur celle de ceux-ci. De plus, perd ce bénéfice en cas de faute lourde personnelle.

a) Une limitation de responsabilité du commissionnaire calquée sur celle de son substitué

Le commissionnaire peut se prévaloir de la limitation de responsabilité applicable au transporteur maritime dont il a eu recours pour l'expédition de la marchandise²³³⁶. L'arrimage de la limitation de la responsabilité du commissionnaire sur celui du transporteur maritime ou même d'un exploitant de terminal de transport maritime avait été consacré de l'article 453 du code révisé de la marine marchande de la CEMAC. Même si cette règle manque de base légale aujourd'hui, elle reste d'actualité. Le commissionnaire de transport maritime épouse intégralement la situation de son substitué sans restriction aucune quant aux avantages et inconvénients. En qualité de « garant », il ne peut être tenu à plus, ni à moins que le substitué qu'il a désigné²³³⁷. Il convient tout de même de souligner que le commissionnaire ne bénéficie de plein droit que des seules limitations de nature légale ou réglementaire normalement applicables à ses substitués dans le cadre du transport en cause²³³⁸. Il s'agit là, en effet, de limitations censées connues de tous et en général d'ordre public sur lesquelles le client aurait inéluctablement buté s'il avait traité « en direct » avec le substitué. La faute dolosive, la faute inexcusable ou de témérité pour employer le vocabulaire préconisé par le professeur Bonassies, la lettre de garantie frauduleuse qui font perdre au transporteur le droit du plafonnement de responsabilité sont également opposables au commissionnaire de transport qui a requis leurs services de même la faute personnelle.

²³³⁶ Cass. com. 5 Décembre 2006, n° 04-19385 ; Lire aussi à cet effet AKUETE (P.S.) et YADO TOE (J.), op. cit., p. 287, n° 463. Voir également DUBOIS (E.), « La structure d'un contrat RC couvrant les responsabilités d'un prestataire de Transport », Cahier Technique et transport - Paroles d'experts : Actualité en matière de transport de marchandises, op.cit., p. 84 ; O. Cachard, obs. sous Cour d'Appel de Paris (5ème Ch. Sec. A), 17 octobre 2007, Navire Alemania, DMF n°690, 2008, p. 250.

²³³⁷ Voir Cour d'appel de Paris, affaire « Almania », 17 Octobre 2007, DMF 2008, p. 250, note Professeur Cachard,

²³³⁸ Voir Lamy transport, Tome II, 2013, n° 109; voir également CA Aix-en-Provence, 8 déc. 1987, Rev. Scapel 1988, p. 5 ; CA Douai, 2e ch. 2, 27 mai 2004, n° 01/03932, Sagatrans c/ Five Cail Babcock, BTL 2005, p. 116 et 125.

b) Une réparation intégrale en cas de faute lourde personnelle

En sa qualité d'organisateur de transport le commissionnaire est débiteur d'obligations personnelles détachables de celles de ses substitués qui se chargent du déplacement de la marchandise. Le commissionnaire commet une faute entraînant une réparation intégrale lorsqu'il ne remplit pas son obligation d'information à l'égard du commettant. De même lorsqu'il omet de produire à ses substitués certaines informations relatives au comportement de la cargaison durant le transport. Le commissionnaire sera tenu d'une réparation intégrale alors que le transporteur ayant effectué le transport n'est pas tenu à réparation ou dans la limite bénéficiera du plafonnement de responsabilité établi par la loi. Il s'agit d'une faute personnelle extérieure de celle que pourrait éventuellement commettre ses substitués. Le commissionnaire est tenu de respecter les instructions fournies par le commettant. Ainsi a été déclaré coupable d'une faute lourde un commissionnaire qui avait laissé placer la marchandise en pontée au mépris de l'interdiction signifiée par son commettant²³³⁹. La faute personnelle du commissionnaire avait également été retenue en raison du choix d'un navire inapproprié pour transporter un certain type de marchandise et de surcroît, il lui était reproché de ne pas avoir emballé la marchandise alors que sa qualité de chargeur avait été établie à l'égard du transporteur²³⁴⁰.

Au demeurant, on souligne que le législateur CEMAC de 2012 n'est pas resté sourd aux critiques qu'avait nourries la doctrine sur la question de la responsabilité des auxiliaires de transport. Le défi d'une harmonisation était à l'ordre du jour et le législateur a vraisemblablement tenu à le relever. Pour y parvenir on a noté le recours une technique de renvoi qui a permis d'aligner les principes de responsabilité des consignataires à celui de l'entrepreneur de manutention. Un effort remarquable a également été fait dans le sens de l'application des causes d'exonération et du plafonnement de responsabilité. Au final, on dira qu'un travail d'harmonisation est perceptible, mais reste perfectible.

²³³⁹ C.A. Paris, 4 Juillet 1990, T, 1990, p. 701.

²³⁴⁰ C.A. Rouen, 20 Décembre 2001, BTL, 2002, n° 2926, p. 92.

LIBRES PROPOS SUR L'INDEPENDANCE DE L'AUDITEUR LEGAL DES SOCIETES ANONYMES OHADA

Par **Didier TAKAFO-KENFACK**

Docteur en droit-Assistant à l'Université de Bamenda (Cameroun)

Les crises, au delà des effets néfastes qu'elles produisent, suscitent un éveil de conscience des Hommes désireux de tirer les leçons du passé pour préparer les lendemains meilleurs. En confiant aux commissaires aux comptes, le contrôle des comptes, la majorité des systèmes voulaient éviter la survenance des scandales financiers. Les résultats sont malencontreusement restés en deçà des attentes.

Les récents scandales financiers ont montré les faiblesses d'un système qui était censé empêcher leur survenance. Les manipulations comptables ont mis en doute la fiabilité des informations financières et exacerbé la méfiance à l'égard des commissaires aux comptes. Il était dès lors nécessaire d'adopter de nouvelles dispositions légales pour contrer la spirale de tels esclandres, vu l'importance des sociétés commerciales dans le développement des nations. C'est pourquoi, dans différents pays, les législateurs sont intervenus pour renforcer l'indépendance des commissaires aux comptes.

La réaction la plus prompte de ces dernières années provient des États-Unis, avec l'adoption, en 2002, du *Sarbanes-Oxley Act*²³⁴¹. Cette loi prise d'urgence, à la suite du scandale Enron²³⁴², entend rétablir la confiance des investisseurs. A cette fin, elle préconise plus de transparence dans l'établissement des comptes et met en avant l'importance de l'indépendance du contrôleur des comptes.

La loi française de sécurité financière²³⁴³ est venue compléter le dispositif²³⁴⁴. Elle comporte un titre III « *Modernisation du contrôle légal des comptes et transparence* » qui apporte des modifications importantes à l'organisation et au contrôle de la profession du commissaire aux comptes en vue de restaurer l'honorabilité de la fonction.

Bien avant ces initiatives, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales de 1998, révisé en 2014²³⁴⁵, s'était investi à aménager l'indépendance du contrôleur externe dans plusieurs de ses dispositions. C'est par le truchement d'une indépendance adaptée que l'organe de contrôle peut efficacement accomplir ses missions. L'indépendance suppose l'absence d'assujettissement, la tranquillité d'esprit qu'on est à l'abri de toute pression extérieure.

L'indépendance d'esprit du contrôleur des comptes suppose que ce dernier n'est pas soumis à l'autorité du dirigeant, encore moins à celui des apporteurs de capitaux. Elle passe pour être la première vertu et la pierre angulaire de toute

²³⁴¹ Sarbanes-Oxly Act, 2002, Section 201-209.

²³⁴² FUSARO. (P. C.), MILLER (R. M.), Enron, les vraies raisons de la chute, SB Com, 2003.

²³⁴³ **Loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière.**

²³⁴⁴ **LAAMARI (I.)**, La sécurité de l'information financière, Mémoire, IAE, Lyon III, 2007.

²³⁴⁵ Adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso.

fonction de contrôle. Conscient de cet objectif, le législateur communautaire a fait de l'indépendance du contrôleur des comptes, l'une de ses préoccupations essentielles. Ce qui explique que dans l'acte uniforme, l'indépendance de ce « magistrat des chiffres » soit fort proclamée (I), bien que certaines situations viennent l'altérer de sorte qu'elle est aujourd'hui fortement éprouvée (II).

I. L'indépendance théoriquement proclamée

Qualité nécessaire à tout contrôle²³⁴⁶, l'indépendance est un principe reconduit par l'Acte uniforme pour s'assurer de l'exercice normal du contrôle, à toutes les étapes de la vie sociale qu'il s'agisse de l'entrée en fonction (A) ou pendant l'exercice des fonctions (B).

A. Les mesures d'indépendance lors de l'entrée en fonction

La fonction de régularité assurée par le commissaire aux comptes ne doit être que le fait d'un organe indépendant. L'indépendance est assurée par diverses incompatibilités (1) assorties de sanctions en cas de violation (2).

1. La diversité des incompatibilités

Si certaines situations empêchent l'exercice de la fonction de contrôleur, d'autres empêchent que ce dernier exerce auprès d'une société déterminée. D'autres enfin empêchent l'exercice avant l'écoulement d'un certains temps. Dans le premier cas, il s'agit des incompatibilités générales (a), dans le second, des incompatibilités spéciales (b) et enfin, des incompatibilités temporaires (c).

a. Les incompatibilités générales

Réitérant sur ce point la solution introduite par l'article 219-3 al 3 de la loi du 24 juillet 1966, l'article 697 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales dispose que :

« Les fonctions du commissaire aux comptes sont incompatibles :

1° avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;

2° avec tout emploi salarié. Toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable ;

3° avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée ».

Cette dernière incompatibilité fait l'objet de dérogations. Un commissaire aux comptes peut occuper un emploi salarié rémunéré chez un expert-comptable. L'emploi doit respecter certaines conditions afin que l'indépendance ne soit pas altérée. De ce fait, l'expert-comptable qui rémunère le commissaire aux comptes ne doit pas être le réviseur des comptes de la société contrôlée par ce dernier.

²³⁴⁶ VIDAL (D.), *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, LGDJ, 1985, n°349, p.270.

Ces incompatibilités ont pour but d'éviter que le contrôleur ne soit sur la dépendance du contrôlé. Par conséquent, ne peuvent être nommés commissaires aux comptes, les personnes qui reçoivent de la société, une rémunération quelconque ou qui détiennent un intérêt²³⁴⁷ dans celle-ci. On pourrait craindre que le commissaire aux comptes qui est salarié de la société exerce son contrôle avec mollesse de peur que la dénonciation d'une irrégularité n'entraîne son licenciement. L'article 697 apparaît ainsi comme le domaine des incompatibilités générales puisqu'il ne traite aucunement des incompatibilités spéciales.

b. Les incompatibilités spéciales

Le siège est l'article 698 de l'Acte uniforme. Bien qu'il n'emploie nullement le terme « *incompatibilités* », cet article traite des incompatibilités spéciales qui diffèrent selon qu'il y'a lien de parenté (b. 1) ou conflit d'intérêt (b. 2).

b. 1 - Les incompatibilités résultant des liens de parenté

Le législateur communautaire établit une série d'incompatibilités à l'égard des commissaires aux comptes, qui ne peuvent pas contrôler une société dans laquelle ils ont des liens de parenté. Ainsi ne peuvent être commissaires aux comptes les conjoints des fondateurs, apporteurs, bénéficiaires d'avantages particuliers, dirigeants sociaux de la société ou de ses filiales ; les parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, des personnes visées ci-dessus. Sont ainsi visés tous les parents en ligne directe : parents, grands-parents, arrière-grands-parents, enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants.

En ligne collatérale, l'incompatibilité s'applique aux frères et sœurs, oncles et tantes, grands-oncles et grands-tantes, neveux et nièces, cousins germains; les sociétés de commissaires aux comptes dont l'un des dirigeants, soit l'associé ou l'actionnaire exerçant les fonctions de commissaires aux comptes a son conjoint qui se trouve dans l'une des situations prévues au paragraphe 5° du présent article. Le conjoint doit être rémunéré à titre permanent par la société contrôlée.

En principe, le lien de parenté n'est pas en lui-même révélateur d'un défaut d'indépendance. Mais, parce que dans le monde des affaires, l'harmonie entre l'affection familiale et l'obligation d'indépendance risque bien souvent de s'établir aux dépens de cette dernière, l'existence d'un lien de parenté est prise en compte dans tout son ensemble, ce qui permet d'énumérer tous les cas de figure. Si l'on veut que l'entreprise soit « une maison de verre »²³⁴⁸, il faut que l'organe de contrôle brille par sa limpidité. C'est pourquoi, à côté des incompatibilités résultant des liens de parenté, la loi enjoint celles découlant des conflits d'intérêts.

b. 2 - Les incompatibilités spéciales découlant des conflits d'intérêts

Prenant en compte l'importance des intérêts dans la société anonyme, l'article 698 précité dispose que :

« Ne peuvent être nommés commissaires aux comptes :

²³⁴⁷ GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), *Le lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} éd, 2001, p. 313.

²³⁴⁸ VIDAL (D.), *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme, op.cit.*, n°346, p. 268.

1°) les fondateurs, apporteurs, bénéficiaires d'avantages particuliers, dirigeants sociaux de sociétés ou de ses filiales, ainsi que leur conjoint ». Les paragraphes 3 et suivant du même article renchérit : « 3°) les dirigeants sociaux de sociétés possédant le dixième du capital de la société ou dont celle-ci possède le dixième du capital, ainsi que leur conjoint ; 4°) les personnes qui, directement ou indirectement, ou par personne interposée, reçoivent, soit des personnes figurant au paragraphe 1°) du présent article, soit de toute société visée au paragraphe 3°) du présent article, un salaire ou une rémunération quelconque en raison d'une activité permanente autre que celle de commissaire aux comptes ; il en est de même pour les conjoints de ces personnes ; 5°) les sociétés de commissaires aux comptes dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeants se trouve dans l'une des situations visées aux alinéas précédents ».

L'article 698 est certes riche dans son énumération, mais n'appréhende pas tous les cas d'incompatibilités découlant des conflits d'intérêts. Ainsi, le texte ne prévoit pas l'incompatibilité entre la qualité d'actionnaires et la fonction de commissaires aux comptes alors même qu'à notre sens, il est difficile d'admettre qu'un associé majoritaire puisse se faire nommer commissaire aux comptes sans rompre l'égalité entre les actionnaires.

En outre, bien que le paragraphe 4 du même article dispose que la fonction de commissaire aux comptes est incompatible avec les personnes qui directement ou par personnes interposées reçoivent de la société une rémunération quelconque à raison d'une activité autre que celle du commissaire aux comptes, des exceptions doivent être admises en ce qui concerne les missions particulières de révision effectuées par le commissaire aux comptes pour le compte de la société²³⁴⁹. Les commissaires aux comptes peuvent même recevoir des rémunérations de la société pour les missions temporaires d'objet limité, et entrant dans le cadre de leurs fonctions, dès lors que ces missions leur sont confiées par la société à la demande d'une autorité publique²³⁵⁰. Mise à part ces deux exceptions, toute autre situation contraire à l'esprit de l'article 698 serait constitutive d'incompatibilités spéciales à moins que l'on se trouve dans le domaine des incompatibilités temporaires.

c. Les incompatibilités temporaires

Toujours motivé par le souci d'améliorer la condition des contrôleurs, le législateur communautaire est allé au-delà des incompatibilités générales et spéciales pour consacrer une série d'interdictions à l'article 700 alinéa 1 et suivant de l'Acte uniforme. Pour éviter les états d'âme ultérieurs, ceux qui ont été « administrateurs généraux, administrateurs généraux adjoints, directeurs généraux adjoints, gérants ou salariés d'une société ne peuvent pas être nommés commissaires aux comptes de la société qu'ils contrôlent moins de cinq ans après la cessation de leurs fonctions dans ladite société ».

Pendant le même délai, ils ne peuvent être nommés commissaires aux comptes dans les sociétés possédant 10% du capital de la société dans laquelle elles exerçaient

²³⁴⁹ Art 724 al 2. AUSC.

²³⁵⁰ Art 724 al 2. 3°AUSC.

leurs fonctions ou dont celles-ci possédaient 10% du capital lors de la cessation de leurs fonctions.

Inversement, les commissaires aux comptes ne peuvent être administrateurs, directeurs généraux, directeurs généraux adjoints des sociétés qu'ils contrôlent moins de cinq ans après la cessation de fonctions. Pendant le même délai, ils ne peuvent exercer les fonctions dirigeantes dans les sociétés possédant 10% du capital de la société contrôlée par eux ou dont celle-ci possède 10% du capital lors de la cessation des fonctions. Rien n'empêche cependant le commissaire aux comptes de devenir immédiatement salarié à la fin de ses fonctions. L'indépendance du contrôleur dans l'Acte uniforme trouve, avec les diverses incompatibilités, une véritable application, parce que pénalement sanctionnées en cas de violation.

b. La sanction de la violation des incompatibilités

Les articles 697 à 700 de l'Acte uniforme exigent avec force, la nécessité pour le commissaire aux comptes d'exercer ses missions en toute indépendance en énonçant une série d'incompatibilités, renforcées par des interdictions. Pour assurer la pleine efficacité des prohibitions, l'article 898 précité dispose : « *Encourt une sanction pénale, toute personne qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes aura sciemment accepté, exercé ou conservé les fonctions de commissaires aux comptes nonobstant les incompatibilités légales.* » Puisque le législateur communautaire a renvoyé aux États, le soin d'édicter les sanctions pénales²³⁵¹, l'article 16 de la loi camerounaise du 10 Juillet 2003 punit d'un emprisonnement de 2 (deux) à 5 (cinq) ans et d'une amende de 200.000 à 5.000.000 Fcfa ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne qui soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaire aux comptes a sciemment accepté, exerce ou conservé les fonctions de commissaires aux comptes nonobstant les incompatibilités.

L'article 898 utilise la formulation neutre « *toute personne* ». Il s'en suit que l'infraction peut être cumulée avec celle de l'exercice illégal de la profession. Ce qui signifie que les dirigeants sociaux qui ont agi sciemment pour faire nommer un commissaire aux comptes frappé d'une incompatibilité peuvent être condamnés comme complices.

Matériellement, l'infraction existe dès qu'il y'a eu soit acceptation même sans exercice concret des fonctions, soit poursuite des fonctions après apparition des incompatibilités et ce, quelle que soit la durée de cette infraction²³⁵² et/ou de l'importance de l'activité. L'élément moral de l'infraction est classiquement exigé. Il faut, prévoit l'article 899 de l'Acte uniforme que le commissaire aux comptes ait agi « *sciemment* ». On doit prouver que, non seulement le commissaire aux comptes a agi volontairement dans l'intention de nuire, mais aussi, qu'il connaissait la situation d'incompatibilité et n'en a pas tenu compte. En règle générale, il faut que soit établie la connaissance par le commissaire aux comptes de la situation des incompatibilités pour être puni. L'indépendance serait incomplète si le législateur s'était limité juste à

²³⁵¹ Art 5 al 2 du Traité OHADA

²³⁵² Trib corr, Lyon, 5 février 1973, *Bull. CNCC*, 1973, 263, note Du PONTAVICE (E.)

l'entrée des fonctions. C'est pour lui donner sa pleine efficacité qu'il l'a étendu à l'exercice des fonctions.

B. Les garanties en cours de fonction : les conditions de rupture « anticipée » du mandat

Sous l'empire de la vieille loi de 1867 étendue aux colonies, il n'existait aucune garantie de stabilité de la fonction des contrôleurs. Ces derniers étaient révoqués à tout moment par les dirigeants comme ils l'entendaient. L'acte uniforme s'inscrit contre cette vision en prévoyant une longue durée du mandat et dans l'hypothèse où elle peut être affectée, la rupture est entourée des règles d'interprétation stricte. Le principe de la stabilité du contrôle recherché contribue à définir les conditions de la récusation (1) et de la révocation (2) du commissaire aux comptes.

1. La récusation des commissaires aux comptes

La récusation consiste à éviter l'entrée en fonction d'un commissaire aux comptes qui ne présente pas tous les caractères qu'exige le principe d'indépendance. Un commissaire aux comptes, suspecté de dépendance à l'égard des dirigeants peut faire l'objet d'une récusation de la part des actionnaires. Mais aussi, peut-on craindre qu'une majorité d'actionnaires, inquiétée des investigations du commissaire aux comptes ne profitent pour mettre prématurément fin à ses fonctions. C'est la raison pour laquelle le législateur l'entoure d'un formalisme de rigueur (a), la procédure (b) étant essentiellement judiciaire.

a. Le formalisme de la récusation

L'assemblée des actionnaires nomme le commissaire aux comptes, mais n'a plus en principe le pouvoir de mettre fin à ses fonctions en cours de mandat. Cependant, il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il importe d'y mettre fin. L'article 731 de l'Acte uniforme dispose : « *Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social de même que le ministère public, peuvent demander en justice la récusation des commissaires aux comptes nommés par l'assemblée générale ordinaire* ». La demande de récusation doit être fondée sur « un juste motif » propre à mettre en doute l'honorabilité et l'impartialité du commissaire aux comptes.

Le législateur n'a pas précisé les motifs de la récusation, le juste motif est de ce fait laissé à la charge du juge qui apprécie, en s'inspirant du droit commun²³⁵³ et de la pertinence des raisons invoquées à l'appui de la demande. C'est ainsi que dans une espèce²³⁵⁴, le juge a considéré que les conditions dans lesquelles un commissaire aux comptes avait exercé des fonctions antérieures de conseiller de la société contrôlée ne permettaient pas de retenir à son encontre des reproches de partialité ou de dépendance justifiant sa récusation.

La récusation représente une procédure implicite de vérification, par chacun des partenaires de l'entreprise sociale, que le commissaire aux comptes désigné présente toutes les garanties d'indépendance à l'égard des autres partenaires. La récusation de

²³⁵³ Art 158 CPCC.

²³⁵⁴ CA Colmar, 23 février 1983, *Revue des Sociétés*, 1983, 583, note GUYENOT (J.).

l'article 731 doit donc permettre aux acteurs sociaux de corriger le choix d'un commissaire aux comptes qui méconnaît les règles de sa profession, au premier rang desquelles figure le principe d'indépendance. Cependant, l'actionnaire doit respecter la procédure y afférente.

b. La procédure de la récusation

La récusation est prononcée par le président de la juridiction du lieu de situation de la société contrôlée. L'action est intentée par un ou plusieurs actionnaires détenant au moins 10% du capital ainsi que le Ministère public, dans les trente jours de la désignation du commissaire aux comptes²³⁵⁵.

S'il est fait droit à la demande, un nouveau commissaire est désigné en justice. Il demeure en fonction jusqu'à l'entrée en fonction du commissaire aux comptes désigné par l'assemblée générale²³⁵⁶. Doit donc être remplacé, tout commissaire aux comptes qui ne présente plus les garanties que l'on attend « d'un organe de régularité »²³⁵⁷. Mais, parce que la mission de contrôle oblige parfois le commissaire aux comptes à prendre des positions qui déplaisent aux dirigeants véreux, ces derniers peuvent à tout bout de chemin vouloir le récuser. Au cas où ils n'auront pas réussi, ils essaieront de faire obstacle à sa réélection ou provoquer sa révocation.

2. Le régime de la révocation

Permettre aux associés, de mettre fin prématurément, serait-ce par caprice aux fonctions des commissaires aux comptes compromettrait leur indépendance et inévitablement l'efficacité du contrôle. Ainsi, l'article 732 de l'Acte uniforme pose le principe selon lequel la révocation du commissaire aux comptes ne peut être demandée en justice qu'en cas de faute ou d'empêchement. Parce que la procédure est essentiellement judiciaire, le juge se livrera à une appréciation de l'empêchement ou de la faute.

La faute s'entend généralement de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des missions qui incombent au commissaire aux comptes²³⁵⁸. Ainsi, le commissaire aux comptes qui, ayant découvert les irrégularités et inexactitudes comptables, ne saisit pas l'assemblée générale en temps utile pour l'informer peut voir sa révocation justifiée²³⁵⁹. Il en est de même d'un commissaire aux comptes qui dissimule les actes de nature à porter atteinte à son indépendance. Quant à l'empêchement, il est constitué de tout fait qui peut obstruer à l'exécution de la mission du commissaire aux comptes. On peut distinguer l'empêchement interne et l'empêchement externe. Ce dernier est propre au commissaire aux comptes, indépendamment des conditions particulières d'un mandat de contrôle. Il s'agit soit d'une absence prolongée ou d'une maladie. Dans ces cas, la révocation est possible et justifiée en vertu de l'article 731 précité.

²³⁵⁵ Art 732 AUSC.

²³⁵⁶ Art 730 al 2 AUSC.

²³⁵⁷ VIDAL (D.), *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, *op.cit.*, *op.cit.*, n°340, p. 264.

²³⁵⁸ Cass.com, 22 octobre 1991, *Bulletin Joly*, 1992, 46, note BARBIERI (J.F.)

²³⁵⁹ Cass.com, 19 février 1963, *Revue des Sociétés*, 1964, 315, note Du PONTAVICE (E.).

L'empêchement interne à la société contrôlée vise le commissaire aux comptes parfaitement apte physiquement, intellectuellement et matériellement à l'exercice de ses fonctions, mais qui, se trouve dans des circonstances particulières, indépendantes de sa volonté, qui l'empêchent d'assumer correctement sa mission. Il s'agira par exemple d'un bouleversement des structures comptables ou juridiques de la société contrôlée tels que les moyens des cabinets du commissaire aux comptes cessent d'être adaptés²³⁶⁰.

La procédure judiciaire de révocation est supposée exclusive de tout abus. Mais la révocation pour empêchement « interne » n'est-elle pas abusive ? Le commissaire aux comptes est révoqué pour des raisons indépendantes de sa volonté. A notre sens, le juge ne devrait admettre une telle révocation, tout au plus, il devrait même permettre au commissaire aux comptes d'exercer une action en dommage-intérêts contre la société. Les conditions de mise en œuvre de l'action en révocation apparaissent très protectrices pour les contrôleurs. L'idée est de parvenir à mettre fin à « la révocabilité ad nutum », jugée incompatible avec « l'indépendance de celui qui doit parfois déplaire »²³⁶¹. La préoccupation du législateur communautaire était donc d'assurer l'indépendance de la fonction de contrôle²³⁶². Pour atteindre ces objectifs initiaux, il faudra vaincre les obstacles pratiques qui persistent et contribuent à saper l'œuvre jusqu'ici entreprise.

II. L'indépendance pratiquement éprouvée

Les insuffisances de l'indépendance des commissaires aux comptes dans l'Acte uniforme s'expliquent par des atteintes infligées par les dirigeants sociaux (A). Ces entraves portent un coup dur à la règle d'or de l'indépendance qu'il faut nécessairement solutionner. Si le législateur veut que l'indépendance du contrôleur reste la pièce angulaire du contrôle, il serait souhaitable qu'il procède aux utiles et nécessaires adaptations (B).

A. Les intrusions abusives des dirigeants sociaux

Dans l'Acte uniforme, deux situations permettent de mettre en évidence l'indépendance factice des commissaires aux comptes. La première hypothèse intervient lors de leur désignation par l'assemblée générale des actionnaires. À ce stade, les dirigeants exercent une influence décisive sur ladite assemblée (1). La seconde hypothèse concerne les négociations d'honoraires des commissaires aux comptes où ces mêmes dirigeants sont omnipotents (2).

1. L'influence des dirigeants sur l'assemblée désignant les contrôleurs

L'article 703 de l'Acte uniforme dispose que le premier commissaire aux comptes et son suppléant sont désignés dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive, en cours de vie sociale par l'assemblée générale ordinaire. Cet article met en exergue la compétence de principe de l'assemblée des actionnaires dans le

²³⁶⁰ VIDAL (D.), *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, *op.cit.*, n°354, p.273.

²³⁶¹ GUYON (Y.), « L'indépendance des commissaires aux comptes », *JCP*, 1977, I, 2831, n°14.

²³⁶² COURET (A.), « Synthèse de la jurisprudence récente concernant la révocation et la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *Les Petites Affiches*, n°148, p.7.

choix des commissaires aux comptes. Malheureusement, ce procédé n'offre pas une garantie d'indépendance suffisante puisque l'assemblée est généralement dominée par les dirigeants sociaux.

Ce sont eux finalement qui proposent la désignation ou le renouvellement du commissaire aux comptes chargé de les contrôler. De même, bien qu'il est interdit au directeur général s'il est administrateur de participer au vote du conseil d'administration proposant à l'assemblée des actionnaires, la désignation des commissaires aux comptes lorsque la société fait appel public à l'épargne, il pourra toujours par divers procédés²³⁶³, influencer le conseil d'administration ou ladite assemblée. Finalement, le choix des commissaires aux comptes par l'assemblée n'est jamais libre, celle-ci devenant une chambre d'enregistrement des volontés des dirigeants sociaux, chargée d'entériner le choix des commissaires aux comptes à elle proposée par ces derniers.

Quand les dirigeants proposent à l'assemblée, le choix d'un contrôleur, ledit choix n'est jamais hasardeux. Ils présentent toujours des contrôleurs avec lesquels ils ont des liens affinés, sachant que ces derniers ne peuvent exercer leur mission qu'avec mollesse, en évitant de mettre à mal le réseau de relation. Ils garderont toujours le silence sur une grande partie des manœuvres frauduleuses des dirigeants par peur de représailles.

Cette situation s'accompagne pour la société contrôlée, des conséquences néfastes. Le contrôle opéré par les commissaires aux comptes devient illusoire du fait du manque d'indépendance à l'égard des « dirigeants malhonnêtes » qu'ils sont censés pourtant contrôler. Même la publicité de la désignation intervenue plus tard ne fait pas disparaître le vice. Quand les dirigeants n'auraient pas réussi à corrompre l'assemblée des actionnaires du choix d'un commissaire aux comptes qui leur est favorable, ils attendront le moment des négociations des honoraires, pour mettre en œuvre toute leur omnipotence.

2. L'omnipotence des dirigeants dans la négociation des honoraires

L'article 723 alinéa 1 de l'Acte uniforme pose une règle d'or : « *Les honoraires du commissaire aux comptes sont à la charge de la société* ». Il en résulte une négociation des honoraires entre le commissaire et la société. Mais a-t-on oublié que la société est une personne morale agissant par le biais de ses représentants, en l'occurrence les dirigeants sociaux.

En effet, lorsqu'on affirme que la négociation des honoraires se fait d'un commun accord entre le commissaire aux comptes et la société, c'est à proprement parler, une négociation entre ce magistrat de chiffre et les dirigeants sociaux qui président aux destinées de la société. Ce système est critiquable, car tout marchandage entre le commissaire et le dirigeant est inconvenant, encore qu'il est sans doute très peu satisfaisant de faire payer le contrôleur par le contrôlé.

Ce dernier peut à l'occasion lui fournir une rémunération mirobolante, destinée à le détourner du contrôle et le contraindre à garder le silence sur certains de

²³⁶³ Certains dirigeants sociaux en raison de leur surface financière attendront la veille des élections des commissaires par le conseil d'administration ou par l'assemblée pour organiser une manifestation et de grands dîners en leur honneur avec pour seule finalité de leur détourner d'un choix objectif.

leurs actes fautifs passés au sein de l'entreprise. Décidément, le système de négociation des honoraires institué entre le dirigeant et le contrôleur n'offre aucune garantie réelle d'indépendance pour ce dernier. Eu égard à la nature insatiable de l'homme, tout commissaire aux comptes, aussi diligent soit-il, risque de succomber à la tentation. En conséquence, les résultats d'un contrôle livré par un contrôleur « financièrement dépendant » des dirigeants ne pourraient qu'être illusoires. Face à cette situation scabreuse, il est plus urgent de mettre en œuvre des « solutions à la fois originales et mieux à adaptées »²³⁶⁴ pour que le contrôle reste la pièce angulaire de la transparence dans la gestion des sociétés commerciales.

B. La recherche des garanties d'indépendance mieux adaptées

L'émergence de nouvelles garanties d'indépendances du commissaire aux comptes a l'avantage de sortir ce dernier, du joug de la domination des dirigeants, lui permettant par la même occasion d'exercer efficacement ses missions. Elles pourront consister dans la proclamation d'un ensemble de mesures extrajudiciaires(1) et judiciaires (2) en leur faveur.

1. Les garanties extrajudiciaires d'indépendance

Les garanties concernent l'interdiction faite aux dirigeants sociaux de prendre part aux réunions de l'assemblée désignant le commissaire aux comptes (a), suivie de l'institution d'un système de barème des honoraires de taxation des honoraires (b).

a. L'interdiction des dirigeants aux réunions de l'assemblée désignant les contrôleurs

Aucun système a priori n'est prévu par l'Acte uniforme pour vaincre l'influence des dirigeants sociaux sur l'assemblée des actionnaires, et par voie de conséquence, pour protéger l'indépendance du commissaire aux comptes au moment de sa désignation. Fort heureusement, la loi française de sécurité financière proclame de nouvelles garanties d'indépendance²³⁶⁵ lors de cette désignation en interdisant formellement au directeur général et le directeur général délégué, s'ils sont administrateurs, de prendre part aux réunions du conseil d'Administration ou de l'assemblée des actionnaires désignant le contrôleur lorsque la société fait appel public à l'épargne.

Dans ces structures, les comités d'audit joueront un rôle très important dans le choix desdits commissaires en faisant des propositions au conseil d'administration. Les actionnaires minoritaires peuvent également déposer des projets de résolution tendant à désigner un ou plusieurs commissaires aux comptes, avec l'interdiction toujours faite aux dirigeants sociaux d'y prendre part. Ces nouvelles mesures applicables aux sociétés faisant appel à l'épargne peuvent bien s'appliquer à toutes les sociétés commerciales.

Le législateur communautaire devrait introduire ces innovations dans son dispositif afin de renforcer davantage l'indépendance de l'auditeur légal. En présence d'un conseil ou d'une assemblée d'actionnaires libéré des pressions des dirigeants, le

²³⁶⁴ GODON (L.), *Les obligations des associés*, Economica, 1997, n°141, p. 93.

²³⁶⁵ Art. L. 225-228 al 1^{er} Code de commerce.

choix des commissaires aux comptes, dont on est sûre de la compétence et de l'indépendance est possible. Ce qui aura des répercussions très positives sur le contrôle des sociétés. Mise à part cette mesure, l'indépendance de l'organe de contrôle au niveau de son élection peut être renforcée à travers l'institution d'un barème des honoraires.

b. L'institution d'un système de barème des honoraires du commissaire aux comptes

Il ne servirait à rien de régler avec minutie les conditions de nomination et la durée du mandat des commissaires aux comptes si l'indépendance financière ainsi édifiée était menacée par la libre discussion des honoraires entre lui et la société. Pourtant, le législateur n'a rien prévu pour éviter cette situation.

La doctrine majoritaire²³⁶⁶ souhaitant une atténuation de la dépendance financière des auditeurs légaux avait proposé un système libéral de négociation des honoraires entre le commissaire aux comptes et la société sous l'arbitrage de la chambre de discipline ou d'un juge. Ce système « mi-libéral, mi-interventionniste » n'est pas très cohérent. Les rapports de travail reposent sur la confiance mutuelle des parties et l'immixtion d'un tiers dans la fixation des honoraires risquerait non seulement de remettre en cause cette confiance, mais aussi, rendrait lourde et onéreuse la procédure de fixation des honoraires.

À notre sens, le renforcement de l'indépendance financière des commissaires aux comptes pourra passer par l'institution d'un système de barème des honoraires. A cet effet, les commissaires aux comptes établiront un programme de travail, indiquant le nombre d'heures nécessaires à l'accomplissement de ses diligences. Ce nombre d'heures doit se trouver à l'intérieur d'une fourchette fixée légalement en fonction de la taille de la société.

L'institutionnalisation d'un tel barème serait favorable aussi bien pour les actionnaires que pour le commissaire aux comptes. Pour ce dernier, il lui permettra de s'exprimer librement au sein de l'entreprise contrôlée en préservant pleinement son intégrité et son indépendance. Pour les actionnaires, le barème leur permettra de se faire une opinion sur l'état du contrôleur qu'ils ont nommé, d'avoir des informations précises sur le montant de leurs honoraires. Ce qui les rassure que le commissaire aux comptes ne s'érige pas en protecteur indéfectible des dirigeants.

L'institution du barème des honoraires des commissaires aux comptes est salutaire à plus d'un titre, raison pour laquelle le législateur communautaire gagnerait à l'intégrer aussi rapidement dans son espace. Ces mesures sont la bienvenue, mais, peuvent se révéler inefficaces du fait de la résistance des dirigeants véreux. Pour renforcer la pleine efficacité de ces garanties, il serait souhaitable de les compléter des garanties judiciaires.

2. Les garanties judiciaires : le délit d'entrave à la désignation des contrôleurs

Interdire aux dirigeants sociaux de prendre part aux réunions du conseil d'Administration ou de l'assemblée des actionnaires désignant le commissaire aux

²³⁶⁶ MERLE (P.), *Sociétés commerciales*, 9^{ème} éd, Précis Dalloz, 2003, n°509, p.587.

comptes peut être perçu comme une solution inefficace du fait de l'absence de responsabilité pénale. Pour que l'interdiction garde toute son importance et protège grandement l'indépendance des contrôleurs, il serait souhaitable pour le législateur, de reconnaître le délit d'entrave à la désignation des contrôleurs contre les dirigeants véreux. Cette responsabilité contribuerait à les responsabiliser davantage.

Le délit supposerait l'existence des conditions préalables : la réunion de l'assemblée des actionnaires et la désignation des commissaires aux comptes. L'élément matériel du délit pourra consister dans les manœuvres diverses, de nature quelconque apportées par l'auteur du délit à la désignation des commissaires aux comptes. Il peut résulter par exemple, dans la promesse faite aux actionnaires en vue de détourner leur choix, la rencontre avec les actionnaires « juste » avant l'ouverture de la séance, la non production ou la production partielle des documents, ou de l'opposition à fournir des moyens matériels pour procéder à des travaux²³⁶⁷

Le délit peut également être retenu du fait de la seule présence des dirigeants à ladite assemblée à moins que l'auteur prouve qu'il ignorait l'existence d'une telle assemblée au moment des faits. Les éléments matériels doit être largement entendue pour réprimer tous les cas desquels²³⁶⁸, il est permis de constater un comportement fautif des dirigeants exerçant une influence sur l'assemblée des actionnaires.

En plus de l'élément matériel, l'intention sera exigée pour que le délit soit consommé. L'action en connaissance de cause est nécessaire à l'existence de l'infraction, Il faudra que les dirigeants aient volontairement fait obstacle à la désignation des commissaires aux comptes.

La répression du délit suppose donc que le législateur l'incrimine et que chaque État dans sa législation pénale prévoie des sanctions y afférentes. A notre sens, les sanctions pourront consister dans les peines de l'article 17 de la loi camerounaise du 10 juillet 2003 traitant du défaut de désignation ou de convocation des commissaires aux comptes aux assemblées. Il s'agira là d'une peine exemplaire. La menace d'une sanction pénale aussi forte permettra sans aucun doute de vaincre tous les obstacles à la règle d'or de l'indépendance des commissaires aux comptes.

L'indépendance du commissaire aux comptes, pour quoi faire ? Faut-il comprendre que la crédibilité ou la transparence des informations financières et comptables se lit dans les comptes sociaux. L'impartialité de l'organe est du reste la clé de voûte de toute fonction de contrôle. Le législateur se doit de la sauvegarder afin de donner davantage de poids à ce partenaire indétachable de l'entreprise. En définitive, l'émergence des nouvelles garanties ainsi proposées, permettrait au commissaire aux comptes d'accomplir ses missions avec plus d'objectivité.

²³⁶⁷ GAUTHIER (P.), LAURET (B.), *Droit pénal des affaires*, Economica, Paris, 1990, p. 455.

²³⁶⁸ On pourrait prendre en compte le fait pour le dirigeants d'organiser des grandes manifestations à son domicile à la veille de l'élection des commissaires aux comptes ; le fait de prendre un pot avec la personne aspirant au poste de commissaire aux comptes ou même avec un actionnaire, ou avec un membre du Conseil d'Administration. La liste n'est pas limitative. Elle peut s'élargir davantage.

La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA

Par Cédric Carol. TSAFACK DJOUMESSI²³⁶⁹, ATER à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang

Il est vain d'affirmer l'existence d'un droit au juge si les conditions dans lesquelles les jugements sont rendus ne satisfont par la valeur de justice. Pour cela, un certain nombre de principes processuels fondamentaux sont proclamés. On englobe le plus souvent ces principes dans l'expression « *procès équitable* »²³⁷⁰.

Déjà, les principes directeurs du procès sont des principes techniques entrant dans la catégorie plus générale des principes fondamentaux de la procédure qui constituent des regroupements de règles structurant une procédure et les rapports de droit procéduraux et constituant par conséquent un ordre public procédural. D'un nombre fort important, ils sont quasiment communs à toutes les procédures²³⁷¹ et consacrés par la quasi-totalité des Etats du monde qu'on en vient à parler de l'émergence d'un modèle universel de procès. Un auteur remarquable a pu conclure à cet effet que « *l'édification d'un fonds commun procédural conduit à la mondialisation des procédures, des standards d'une bonne justice* »²³⁷². Une doctrine autorisée en a proposé une définition large²³⁷³. Dans ce sillage, on peut les classer en principes tournés vers les parties²³⁷⁴ et en principes tournés vers le juge²³⁷⁵ ou encore en principes institutionnels et fonctionnels. À l'intérieur des principes institutionnels, on peut ranger le droit à un tribunal²³⁷⁶ et le droit à un juge indépendant et impartial²³⁷⁷. Dans les principes fonctionnels, on a le principe de l'égalité des armes qui renferme les droits de la défense²³⁷⁸ et le principe du contradictoire²³⁷⁹ ; les

²³⁶⁹ Etudiant doctorant en droit privé à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, il titulaire d'un master en droit communautaire et comparé CEMAC et d'une maîtrise en droit et carrières judiciaires. E-mail : tsafackcedric@yahoo.fr.

²³⁷⁰ Un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans les conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse. Lire S. GUINCHARD, Droit et pratique de la procédure civile: Droit interne – Droit communautaire, *op. cit.*, p. 507.

²³⁷¹ Procédure civile, pénale et administrative.

²³⁷² S. GUINCHARD, « Vers une démocratie procédurale ? », ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, justices 1999, nouvelle série. In Droit et pratique de la procédure civile: Droit interne – Droit communautaire, *op. cit.*, p. 507.

²³⁷³ Lire E. VERGES, Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique, Thèse de doctorat, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Déc. 2000, 523p.

²³⁷⁴ Il s'agit des principes ayant un parfum managérial qui ne se marient pas toujours bien avec les principes de justice. D'où la préférence du concept principes fonctionnels.

²³⁷⁵ Il s'agit des principes qui tout en bénéficiant aux parties, s'appliquent avant tout à l'organisation juridictionnelle. D'où l'adéquation de l'expression principes institutionnels.

²³⁷⁶ Ce droit comprend le droit à un juge de premier degré, le droit à une voie de recours et le droit de ne pas être jugé deux fois.

²³⁷⁷ Sur la question, voir *supra*, les incidents tenant à la disponibilité de l'arbitre. Voir également E. JEULAND, Droit processuel général, *op. cit.* pp. 205-232.

²³⁷⁸ Ce droit qui met l'accent sur la possibilité de se défendre et d'avoir un défenseur, implique le droit à un avocat, l'accès à un interprète, l'oralité des débats et la motivation des jugements.

²³⁷⁹ Clé de voûte du droit processuel, c'est le fait d'être entendu, de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre ainsi que d'en discuter.

principes de loyauté et de l'équilibre des rôles²³⁸⁰. Somme toute, ces principes constituent une limite légale substantielle à la possibilité offerte aux arbitres de régler la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux. Ces principes constituent en quelque sorte le droit commun processuel minimum, hors d'atteinte de la volonté des parties. Ils participent ainsi avec force à la relativisation du concept de « *justice privé* » de l'arbitrage²³⁸¹.

Plusieurs principes sont propres à l'arbitrage et suscitent d'ailleurs son rayonnement. Il en va ainsi de la célérité, de la loyauté de la confidentialité. Mais seul le dernier retiendra notre attention.

La confidentialité semble être un principe qui gouverne toute procédure arbitrale²³⁸² et la distingue de la procédure devant une juridiction étatique où s'applique à l'inverse la règle de la publicité des débats²³⁸³. Traditionnellement, elle est présentée comme étant l'un des traits marquants, ou encore l'un des avantages de l'arbitrage²³⁸⁴. D'aucuns soutiennent qu'elle est de l'essence même de l'arbitrage²³⁸⁵ ou encore qu'elle est la sœur jumelle de l'arbitrage²³⁸⁶. En effet, il est souvent opportun pour une entreprise que ses contentieux commerciaux ne soient pas portés à la connaissance d'un trop large public, ni même des concurrents, des clients et des pouvoirs publics²³⁸⁷. L'arbitrage, justice confidentielle, sans publicité des débats ni, en principe des sentences rendues, semble permettre de préserver le secret des affaires. Ce faisant, la confidentialité évite de radicaliser le contentieux ; facilitant ainsi les arrangements entre les parties.

Toutefois, une incertitude règne aujourd'hui sur le statut de la confidentialité de l'arbitrage. Des discussions existent sur la nature légale ou conventionnelle de l'obligation de confidentialité, sur sa valeur de principe général de l'arbitrage²³⁸⁸, ou sur la nécessité qu'elle soit expressément stipulée par les parties.

²³⁸⁰ Dans ce principe, on a le principe du dispositif, de l'immutabilité du litige et celui de la direction du procès par le juge.

²³⁸¹ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, op. cit., Pp 149-150.

²³⁸² Lire en ce sens A. REMY, « Arbitrage international, entre confidentialité et transparence », Mémoire de master de droit Européen comparé, 2013, 54 p.

²³⁸³ C'est une règle quasi obligatoire en procédure civile car elle viserait à protéger les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle public et préserverait la confiance entre les cours et tribunaux. Toutefois, elle peut toujours être écartée si elle est de nature à porter atteinte à la moralité, l'ordre public et à la sécurité nationale.

²³⁸⁴ Elle permet d'éviter la publicité potentiellement défavorable ou dommageable engendrée dans un procès judiciaire.

²³⁸⁵ E. GAILLARD, Ph. FOUCHARD, B. GOLDMAN, J-L DELVOLLE, in Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit. p. 595 et 596.

²³⁸⁶ Lire en ce sens, S. LAZAREFF, « Confidentiality and arbitration : Theoretical and philosophical reflections, ICC, *Bull.* 2009, spécial supplément, p. 88.

²³⁸⁷ Il s'agit du fisc, des autorités antitrust, boursières et autres...

²³⁸⁸ Certaines juridictions étrangères ont nié l'existence d'un principe général de la confidentialité qui serait inhérent à la stipulation d'une convention d'arbitrage : Cour suprême de Suède, 27 oct. 2000, *Al Trade Finance Inc.*, *Stocklom Arb Report* 2002/2, p. 144 ; *Rev. arb.* 2001, p. 821, note S. JARVIN et G. REID ; High court d'Australie, 7 avr. 1995, *Esso v. Plowman*, 128, ALR 391. 1995 ; *Rev. Arb.* 1996, p. 539, note D. KAPELIUK-KLINGER. Alors que d'autres reconnaissent l'existence d'un tel principe : En Angleterre, Court of appeal, *Dolling-Baker c/ Merrer*, 1990, 1 WLR 1205 ; Court of appeal *Hassneh Insurance Co of*

Au demeurant, si la confidentialité des audiences paraît être garantie **(I)**, tel ne semble pas être le cas pour ce qui est des sentences **(II)**.

I : La confidentialité « garantie » des audiences

L'arbitrage est un mode privé de règlement des conflits. Ce caractère privé signifie que les audiences se déroulent portes closes. En ce sens, une doctrine recommandée a pu dire que l'arbitrage n'est pas seulement une justice privée mais une justice rendue en privée²³⁸⁹. Ce qui a, à tort, conduit à l'assimilation du caractère privé des audiences avec la confidentialité²³⁹⁰. En réalité, l'obligation de confidentialité dans l'arbitrage semble être garantie à la fois par sa large portée **(A)** et les sanctions possibles en cas de violation **(B)**.

A- La large portée de l'obligation de confidentialité des audiences

L'obligation de confidentialité dans l'arbitrage a une triple portée : matérielle, personnelle et temporelle.

Sur le plan matériel, le paragraphe 1, de l'article 14 du Règlement d'arbitrage CCJA dispose 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 les réunions de la cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente* ». De cet article, on note une double composante à savoir d'une part, la confidentialité des audiences proprement dites qui renferme plusieurs éléments dont : la confidentialité de l'existence de l'arbitrage, celle de tous les documents et pièces échangés pendant l'instance, du délibéré. Schématiquement, la confidentialité des audiences interdit aux intervenants à l'arbitrage de révéler l'existence de la procédure arbitrale. Il fait aussi obstacle à ce que les parties rendent publics les documents produits par l'adversaire au cours de l'instance : mémoires, correspondances, notes écrites ainsi que toutes pièces annexes. Cette confidentialité est quasi commune à tout type d'arbitrage²³⁹¹. La seconde composante, est propre aux arbitrages institutionnels. Elle consiste en la confidentialité des réunions de la Cour dans le cadre de l'administration de l'arbitrage. Au total, toute information est confidentielle, sous réserve des stipulations contraires des parties, des obligations légales et réglementaires. Cette obligation s'impose à des personnes bien précises.

Sur le plan personnel, tous les acteurs de l'arbitrage y sont assujettis. Par acteurs de l'arbitrage, on entend toute personne ou institution concourant à la procédure arbitrale telle que les arbitres, les parties, leurs conseils, les secrétaires administratifs, les témoins, les experts, les centres d'arbitrage, les autorités de désignation ou encore les tiers financeurs sans que la liste soit limitative. Dans cette

Israel c/ Mew 1993, 2 Lloyd's Rep., 2, 243. Cité par Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit. p. 53.

²³⁸⁹ Th. Clay, *L'arbitre*, op. cit., p. 771.

²³⁹⁰ S. K., confidentiality : is international arbitration losing of its major benefits ? 22, *J. Intl. Arb* 2005, p. 125 ; OXFORD SHIPPING Co Ltd V. NIPPON YASEN KAISHA (The Eastern Saga) Queen's Bench division (commercial court) QBD June 26, 1984

²³⁹¹ Excepté dans l'arbitrage investissement où la procédure est transparente au nom de la protection de l'intérêt public.

veine, le paragraphe 2, de l'article 14 du Règlement CCJA souligne que : « *sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, celle-ci, et leurs conseils, les arbitres, les experts, et toute personne associée à la procédure d'arbitrage, sont tenus au respect de la confidentialité [...]* ». Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, le centre en question rentre dans les intervenants à la procédure arbitrale et par voie de conséquence, est aussi astreint à cette obligation. Il s'agit en définitive, d'un principe large dont les contours exacts restent à fixer par la jurisprudence. Toutefois, elle ne permet pas d'échapper à toutes les obligations légales d'information, notamment comptables, fiscales et financières, que supportent les intervenants à l'arbitrage²³⁹².

Sur le plan temporel, il convient de relever que la confidentialité s'applique à chacune des étapes de l'instance arbitrale, de la nomination des arbitres à la signature de la sentence, et perdure même après son prononcé²³⁹³. À la vérité, à quoi servirait une confidentialité temporaire ? Tout ce que l'arbitre apprend, à peine est-il approché par les litigants en vue d'une éventuelle désignation, devra rester secret, qu'il soit finalement désigné ou non, et le secret devra être préservé au terme de l'instance, qu'une sentence soit effectivement rendue ou non. Cependant, cette obligation comporte certaines limites dès lors qu'on met l'arbitre en face de faits illicites, voire immoraux : Les litigants ne pourront plus exiger de lui qu'il garde le silence sur ces faits, car cela pourrait faire de lui un complice²³⁹⁴. Bien plus, il en va ainsi lorsqu'une disposition légale l'oblige à révéler des informations relatives à l'arbitrage ou pour les besoins de sa défense, en cas d'action en responsabilité engagée à son encontre²³⁹⁵.

L'obligation de confidentialité est donc une obligation permanente qui pèse à la fois sur l'arbitre, les litigants et tous les acteurs du procès arbitral et dont la méconnaissance emporte sanction.

B- Les sanctions aux manquements à l'obligation de confidentialité

Le tribunal arbitral, les litigants et tous les intervenants à la procédure arbitrale sont tenus de ne rien divulguer de l'instance arbitrale. Tout manquement à cette obligation de confidentialité par l'un quelconque des intervenants est une faute. En conséquence, la méconnaissance de cette obligation, peut entraîner pour tous les intervenants à l'exclusion des arbitres, la mise en jeu de leur responsabilité civile si d'aventure, elle a causé un préjudice au requérant. Ainsi, le Tribunal de commerce de Paris, a reconnu la confidentialité de l'existence même d'une procédure arbitrale et, a retenu la responsabilité de la partie qui l'avait révélée dans la presse²³⁹⁶. Relativement aux membres du tribunal arbitral, leur condition est plus inconfortable. En effet, en plus de la mise en jeu de leur responsabilité au triple plan contractuelle, délictuelle et

²³⁹² Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit p. 349.

²³⁹³ Lire en ce sens, A. REDFERA et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, avec la collaboration de M. SMITH et la traduction de E. ROBINE, Paris, LGD, 2^e éd., 1994, p. 337 ; G KEUTGEN, « Propos sur le statut de l'arbitre », op. cit., spéc. n° 25. Cité par T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p. 597.

²³⁹⁴ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p. 598.

²³⁹⁵ V. notamment, B. FARGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. Arb.* 2003, p. 5. Cité par Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit p. 53.

²³⁹⁶ Trib. com. Paris (Ord. ref.), 22 févr. 1999, et Paris, 17 sept. 1999, *Rev. Arb.* 2003, p. 189.

disciplinaire en fonction de la victime²³⁹⁷, ils s'exposent à leur révocation²³⁹⁸, voire l'annulation de leur sentence.

II : La confidentialité menacée des sentences

La confidentialité des sentences arbitrales est réel (A) mais se trouve fragilisée par l'éventualité des recours au juge d'appui (B).

A- La réalité de la confidentialité des sentences arbitrales

Elle passe par la confidentialité du délibéré²³⁹⁹. En effet, l'article 1469 du Code de procédure civile applicable au Cameroun souligne que : « *les délibérations des arbitres sont secrètes* »²⁴⁰⁰. Le secret du délibéré²⁴⁰¹, à la différence de celui des pièces et des audiences²⁴⁰², s'exerce vis-à-vis des tiers et des litigants. Un auteur remarquable a pu dire en ce sens que : « *le secret impose l'interdiction pour toute personne, hors les juges d'assister au délibéré, et l'obligation, pour les magistrats délibérants de ne pas divulguer ultérieurement le contenu de leur délibération* »²⁴⁰³. L'obligation au secret qui vise à assurer l'égalité des litigants, se subdivise en deux : d'une part, elle doit empêcher tout tiers d'y assister ; d'autre part, elle a l'interdiction d'en révéler le contenu.

D'emblée, seuls les arbitres peuvent participer aux délibérés, et chacun d'entre eux est garant du respect de cette règle. Cela implique que toute autre personne en soit exclue, sauf si les litigants ne l'accordent expressément.

L'interdiction faite aux tiers d'assister aux délibérés vaut naturellement pour tous les autres intervenants à la procédure arbitrale²⁴⁰⁴ et même pour le secrétaire du tribunal arbitral et pour le dactylographe. L'arbitre est obligé par le contrat d'arbitre d'assurer le huis-clos aux délibérés. Il doit refuser de délibérer tant qu'il ne peut pas l'obtenir. Ainsi dans une affaire, un arbitre a démissionné en raison des interventions régulières du responsable du service juridique d'une des deux sociétés litigantes lors des délibérés²⁴⁰⁵. Même si cet arbitre a montré son attachement au respect de la confidentialité dans l'arbitrage, il est sans doute préférable de parvenir à des solutions moins radicales²⁴⁰⁶.

Le contenu des délibérés doit ensuite impérativement rester secret. Ainsi, l'arbitre qui communique le résultat d'un délibéré avant que la sentence soit notifiée,

²³⁹⁷ Sur la responsabilité de l'arbitre, lire Ph. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. Arb.* 1996, p. 325 ; B. KUIMO, La responsabilité de l'arbitre en droit OHADA, Thèse de Master, Université de Dschang, Juin 2011.

²³⁹⁸ Elle doit résulter du consentement unanime des parties.

²³⁹⁹ Même le juge étatique est soumis à cette obligation.

²⁴⁰⁰ Il en va de même de l'article 18 de l'AUA.

²⁴⁰¹ Il faut relever que le délibéré est inhérent à la notion de collégialité, Lire J-D. BREDIN, « Le secret du délibéré arbitral » in Etudes offertes à Pierre BELLET Paris Litec 1991, pp. 73-75

²⁴⁰² Il s'exerce uniquement vis-à-vis des tiers. Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.* p. 599.

²⁴⁰³ J-D. BREDIN, « Le secret du délibéré arbitral », *op. cit.*, p. 75.

²⁴⁰⁴ Litigants, conseils, avocats, interprètes, experts etc.

²⁴⁰⁵ 1997 ATC CFCO, *Rev. Arb.* 1998. 131, note D. HASCHER. Cité par Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.* p. 600.

²⁴⁰⁶ V. Th. CLAY, *L'arbitre, ibid.* p. 600.

même si elle ne sera pas modifiée, viole son obligation de secret. Il en est de même si l'arbitre révèle la position qu'il a défendue lors des délibérés. Il y aurait encore violation de l'obligation de secret si l'arbitre permettait la publication d'une sentence, sans l'accord des litigants. Ces atteintes caractérisées à la confidentialité ne sont pas pour autant des cas d'annulation de la sentence²⁴⁰⁷, malgré leur caractère « dangereux » pour l'arbitrage. En revanche la responsabilité civile de l'arbitre pourra être recherchée si la publication a causé un préjudice²⁴⁰⁸. Ne constituent pas cependant une violation à l'obligation de confidentialité, l'émission d'une opinion dissidente, l'absence de signature d'un des arbitre ou même l'indication que la sentence a été rendue à l'unanimité ou à la majorité²⁴⁰⁹. Cette confidentialité apparente dont semble jouir la sentence arbitrale est sérieusement remise en cause par les recours au juge d'appui.

B- La fragilité de la confidentialité des sentences arbitrales

L'obligation de confidentialité s'efface devant les principes supérieurs posés tantôt par l'ordre public de fond, tantôt par l'ordre public procédural.

Pour ce qui est de l'ordre public de fond, les obligations légales peuvent faire sauter le parapluie de la confidentialité. La loi peut en effet, imposer aux parties des obligations d'information, de révélation, ou de transparence. Ainsi les droits financier ou boursier peuvent neutraliser l'obligation de confidentialité²⁴¹⁰. Dans ce sillage, les juridictions anglaises et particulièrement La High Court a jugé qu'une sentence était un document public identifiant les droits et les obligations des parties et qu'elle pouvait être divulguée s'il paraît raisonnable que sa publication soit nécessaire afin d'établir ou de sauvegarder les droits d'une partie à l'arbitrage à l'égard des tiers²⁴¹¹. Il en va de même pour les lois fiscales et pénales²⁴¹².

La confidentialité cède le plus souvent devant l'ordre public procédural. En effet, dès lors que les recours au juge d'appui sont mis en œuvre, le parapluie de la confidentialité se trouve ôté au profit de la publicité des débats. Malheureusement aujourd'hui, on ne peut que déplorer le comportement procédurier de certaines parties, ou de leurs conseils, ainsi que l'usage abusif des tactiques dilatoires²⁴¹³ que sont les incidents de procédure et les recours contre la sentence. Si les incidents de procédure peuvent fragiliser la confidentialité de l'audience arbitrale, les recours contre la sentence arbitrale quant-à eux, anéantissent la confidentialité de celle-ci. La

²⁴⁰⁷ Paris, 1^{ère} Ch. suppl., 19 mars 1981, *Rev. Arb.*, 1982, p. 84, note J. VIATTE, J-D. BREDIN, « Le secret du délibéré arbitral », *op. cit.*, p. 76.

²⁴⁰⁸ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.* p. 601.

²⁴⁰⁹ J-D. BREDIN, « Le secret du délibéré arbitral », *op. cit.*, spéc. n° 9-10. Cité par Th. CLAY, *L'arbitre*, *ibid.*, p. 601.

²⁴¹⁰ V. B. FAGE, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *op. cit.*, p. 5.

²⁴¹¹ HASSUEH INSURANCE, 2 Lloyd's Report, 243 – sur cette décision V. PAULSSON, RAWDING, « Les aléas de la confidentialité », *Bulletin de la cour de la CCI*, mai 1994, p. 49. Cité par E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, n° 2, 2010, p. 230.

²⁴¹² V. *supra* pour les développements.

²⁴¹³ J-J. ARNALDEZ, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », Etudes offertes à Pierre BELLET Paris Litec 1991, p. 1.

confidentialité ne saurait porter atteinte au droit de défendre ses intérêts dont dispose toute partie en arbitrage. Chacune des parties dispose du droit de contester la sentence devant le juge étatique compétent ou peut attaquer l'ordonnance d'exéquatur qui donne à la sentence la force exécutoire. Ce droit heurte de plein fouet l'obligation faite à chacune des parties de garder l'arbitrage confidentiel : non seulement la procédure arbitrale est révélée par ses actions, mais également la sentence et parfois même certains événements de l'audience arbitrale. Toutefois, l'abus du droit recours au juge étatique est sanctionné²⁴¹⁴. Bien plus, la sentence arbitrale peut être produite comme moyen de défense²⁴¹⁵ ou comme fondement d'une action en justice²⁴¹⁶ ; lesquels usages contribuent fortement à la relativisation de la confidentialité de l'instance arbitrale. Un auteur a d'ailleurs pu constater que les sentences arbitrales, sont aujourd'hui largement répandues, qu'il en vient à promouvoir le recours à la jurisprudence arbitrale²⁴¹⁷.

En définitive, la confidentialité de l'instance arbitrale n'est qu'un principe. Entend que tel, elle n'est garantie qu'en cas de déroulement normal de l'instance. La présence des incidents de procédure et la mise en jeu des voies de recours sont de nature à remettre en cause le principe ainsi proclamé. Du coup, on peut à raison, se demander si la confidentialité est-elle encore un critère du rayonnement de l'arbitrage ? Pour autant, doit-on reprocher au législateur OHADA d'avoir admis ces éventualités. À notre sens une réponse négative s'impose. Au total, la préservation de la confidentialité dépend fortement de la volonté des parties en cause. D'où la prudence nécessaire de son affirmation catégorique. Ne va-t-il pas de même avec le principe de célérité ?

²⁴¹⁴ Paris 18 fév. 1986, *Rev. Arb.* 1986. 663, note FLECHEUX.

²⁴¹⁵ Elle peut servir à soutenir une prétention de compensation, peut être utilisée pour pratiquer une saisie conservatoire ou comme support à une hypothèque judiciaire sur les immeubles du débiteur.

²⁴¹⁶ Elle sera utilisée comme une exception de chose jugée

²⁴¹⁷ J-M. JACQUET, «Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb* n° 3, 2010, pp 445-466. *Contra* E. LOQUIN, in « Réflexions sur la jurisprudence arbitrale, sa cohérence et ses divergences », souligne que la jurisprudence arbitrale est inconcevable en théorie. *Rev. arb.*, n° 3, 2010, p. 452.

VERS LA PREVALENCE DE L'IRRESPONSABILITE ARBITRALE EN DROIT OHADA ?

Par **MAFO DIFFO Raymond**

Doctorant à la FSJP de L'Université de Yaoundé 2, SOA

Résumé

L'aspect contractuel de l'arbitrage conduit à affirmer que l'arbitre est un cocontractant ordinaire, qui a des obligations et peut voir sa responsabilité être engagée dans les conditions du droit commun en cas de manquement à ces obligations. Ces manquements peuvent être constatés avant ou après la signature du contrat d'arbitre. Cependant, le pendant juridictionnel de l'arbitrage oblige à n'engager la responsabilité de l'arbitre que dans des conditions exceptionnelles, car l'arbitre est un véritable juge. Qui plus est, certains arbitres bénéficient dans l'espace OHADA de l'immunité diplomatique, contribuant à accentuer davantage leur irresponsabilité.

Plan de l'article

I : La responsabilité de l'arbitre

A : Les obligations de l'arbitre

1 : Les obligations permanentes de l'arbitre

2 : Les obligations ponctuelles de l'arbitre

B : Les types de responsabilité encourue par l'arbitre

1 : La responsabilité civile de l'arbitre

a : La responsabilité civile contractuelle

b : La responsabilité civile délictuelle

2 : La responsabilité pénale de l'arbitre

II : Le tempérament à la responsabilité des arbitres dans l'espace OHADA

A : Le caractère dual de l'immunité des arbitres dans le droit OHADA.

1 : La reconnaissance potentielle de l'immunité relative de fonction

2 : L'immunité diplomatique liée au statut particulier de l'arbitre

B : Le caractère discriminant de la reconnaissance de l'immunité diplomatique

1 : L'exclusion des arbitres ne relevant pas de la CCJA

2 : Le vœu d'un rétablissement de l'égalité entre les arbitres dans l'espace OHADA

L'irresponsabilité semble être le trait commun du statut des acteurs chargés d'organiser et de conduire l'arbitrage dans l'espace OHADA. Au premier rang de ces acteurs, on peut citer la CCJA en tant que centre permanent d'arbitrage qui bénéficie d'une immunité dans l'exercice de ses fonctions. Cependant, c'est par

référence à l'immunité conférée à l'OHADA²⁴¹⁸, qui est également une immunité juridictionnelle²⁴¹⁹, que la CCJA ne saurait être poursuivie, même si elle commet une faute dans l'administration de l'arbitrage. De là l'idée de la neutralisation des liens contractuels qui existeraient entre la CCJA et les parties à l'arbitrage²⁴²⁰. Dans la même lancée, il a été avancé que le règlement d'arbitrage de la CCJA est la manifestation de la volonté des États membres de l'organisation, il n'aurait pas donc une nature privée. C'est cette nature particulière qui interdit de qualifier la relation entre les parties et la Cour dans le cadre d'un arbitrage, de rapport contractuel²⁴²¹. Cela entraîne pour conséquence que la responsabilité de la CCJA ne peut être une responsabilité contractuelle de droit privé, il s'agirait plutôt d'une responsabilité publique²⁴²².

Rappelons ici tout de même que le caractère privé de l'arbitrage offert par le centre d'arbitrage de la CCJA ne provient pas de l'origine de son règlement. Même si ce règlement est la manifestation de la volonté des États membres de l'OHADA, il n'en demeure pas moins que c'est la volonté des litigants qui est à l'origine de la mise en œuvre de cet arbitrage.

Bien plus l'existence d'une immunité ne fait pas disparaître la possibilité pour une institution d'entrer en relation contractuelle. L'article 46 du traité OHADA le précise d'ailleurs clairement, l'OHADA qui dispose d'une personnalité juridique internationale, a en particulier la capacité de contracter. Si cela est possible pour l'OHADA, l'on ne saurait denier cette capacité aux institutions qui la composent, car c'est à travers ces institutions que l'OHADA se matérialise. L'on peut objecter de l'inexistence d'une personnalité juridique propre à la CCJA, mais cela permettrait tout au moins de reconnaître l'existence de liens contractuels entre les parties à l'arbitrage et l'OHADA.

Enfin, plutôt que de parler d'une responsabilité publique, il faudrait parler de la responsabilité de la personne publique en charge de ce service, qui somme toute est une responsabilité civile de nature contractuelle. En l'absence des dispositions relatives à l'immunité de l'OHADA, cette dernière aurait à réparer le dommage causé par son fait, ou par le fait des institutions la constituant.

S'il est admissible que l'origine publique du centre permanent d'arbitrage de la CCJA puisse justifier l'octroi d'une immunité en son encontre, son extension aux arbitres de la CCJA suscite des interrogations dans la mesure où ces arbitres ne relèvent pas de son personnel. Face à cette dernière analyse, une réserve peut être émise. En dehors des fonctionnaires internationaux²⁴²³ dont le statut juridique

²⁴¹⁸ Il ressort des dispositions de l'article 47 du traité OHADA du 13 octobre 1993, modifié par le traité de Québec du 17 octobre 2008 qu' : « Afin de pouvoir remplir ses fonctions, l'OHADA jouit sur le territoire de chaque État Partie des immunités et privilèges prévus au présent titre ».

²⁴¹⁹ Art. 48 du traité OHADA.

²⁴²⁰ P.-G. POUGOUE, J.-M. TCHAKOUA, A. FENEON, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, P.U.A, Yaoundé, 2000, n° 283, p. 261.

²⁴²¹ P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, collection Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 283, p. 261.

²⁴²² P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 107, p. 66.

²⁴²³ Ce sont des agents exerçant de façon exclusive et continue, une fonction publique au service d'une organisation internationale et soumis à un régime juridique d'origine internationale.

dérive nécessairement de celui de l'institution internationale à laquelle ils appartiennent²⁴²⁴, supposant dès lors que l'immunité accordée à l'institution leur soit reconnue de principe ; les agents qui agissent même de façon temporaire au nom de l'organisation, ou qui agissent en qualité d'expert désigné par un organe subsidiaire de l'organisation doivent également bénéficier du même traitement. C'est ce qu'a décidé la Cour internationale de justice en interprétant la section 22 de l'article 6 de la convention sur les privilèges et immunités des nations unies²⁴²⁵.

L'objet de cette étude n'est pas de s'interroger sur la responsabilité de tous les acteurs intervenant dans l'organisation et la mise en œuvre de l'arbitrage, il se limitera uniquement à la responsabilité ou du moins à la supposée irresponsabilité de l'arbitre en droit de l'arbitrage OHADA. En effet, le contrat qui lie l'arbitre aux parties crée à sa charge un certain nombre d'obligations, dont l'inobservation est susceptible d'entraîner l'engagement de sa responsabilité. C'est sans doute la conscience de l'engagement possible de cette responsabilité qui a justifié l'instauration à la faveur de certains arbitres d'une immunité diplomatique.

Lors de la réforme récente du traité OHADA, le vœu jadis émis de la restauration de l'égalité entre les arbitres intervenant dans l'espace OHADA, a plutôt penché vers l'extension de l'immunité aux arbitres confirmés par la CCJA, immunité qui n'était attribuée littéralement qu'aux arbitres nommés par la CCJA. Pourtant, l'on aurait pensé que l'égalité recherchée serait de supprimer cette immunité, établissant de la sorte un régime similaire de responsabilité entre les arbitres intervenant sous l'égide de la CCJA et les autres arbitres.

Le choix de cette option dénote donc d'une volonté d'étendre l'immunité diplomatique reconnue aux arbitres. De là à conclure à une tendance vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale dans l'espace OHADA ? L'on pourrait penser que oui, car la reconnaissance d'une immunité diplomatique se double d'une potentielle immunité fonctionnelle liée à la mission de juger qu'exerce l'arbitre. Toutefois, il faut tout de même relever que l'immunité diplomatique n'est pas reconnue à tous les arbitres intervenant dans l'espace OHADA. En effet, la protection conférée aux arbitres est sélective (II), alors que les hypothèses dans lesquelles leur responsabilité est susceptible d'être engagée, sont similaires (I).

I : La responsabilité de l'arbitre

Elle trouve son origine dans la relation qui lie les parties aux arbitres lors de la mise en œuvre de l'arbitrage. Elle peut se justifier par des obligations tant précontractuelles, que par celles qui sont issues de la signature du contrat d'arbitre, ou plus exactement de l'acceptation de la mission à lui confiée par les parties dans la mise en œuvre de l'arbitrage (A). La responsabilité de l'arbitre est susceptible de se présenter sous plusieurs formes (B).

²⁴²⁴ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2008, n° 187, p. 211.

²⁴²⁵ Avis rendu dans l'affaire *Mazihn*, le 15 décembre 1989, Rec. 1989, p. 177-199, V. comment. E. DAVID, *AFDI* 1989, p. 298 et s. ; cité par P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., n° 188, pp. 213-214.

A : Les obligations de l'arbitre

De façon synthétique, on peut les réunir en quatre grands ensembles : l'obligation de rendre une sentence juste et fidèle au texte et au contexte du contrat concerné, l'obligation de respecter l'équité procédurale, l'obligation de rechercher l'efficacité afin d'administrer une justice optimale et la préoccupation de l'arbitre de rendre une sentence exécutoire²⁴²⁶. Mais cela n'aurait pas permis de rendre compte non seulement de la multiplicité des obligations qui pèsent sur l'arbitre, mais aussi de relever celles qui permettent d'engager sa responsabilité.

Sans toutefois prétendre à l'exhaustivité dans la présentation des obligations qui peuvent déteindre sur la responsabilité de l'arbitre, nous envisagerons d'une part celles qui sont permanentes et d'autre part celles qui interviennent à des étapes précises de l'instance arbitrale.

1 : Les obligations permanentes de l'arbitre

La permanence provient de ce que ces obligations s'imposent à l'arbitre quelle que soit la phase de l'instance arbitrale dans laquelle l'on se situe. Plusieurs obligations peuvent être recensées ici : l'obligation d'indépendance et d'impartialité, l'obligation de confidentialité et l'obligation de révélation.

Nous n'insisterons pas sur les obligations d'indépendance, d'impartialité et de révélation qui ont déjà été envisagées dans des études précédentes²⁴²⁷. Nous affirmerons tout simplement qu'elles contribuent à garantir l'éthique dans l'arbitrage, avec ceci de particulier qu'en plus de permettre d'engager la responsabilité de l'arbitre à la fin de l'instance, elles peuvent constituer le fondement d'une sanction préventive qui interviendrait au cours de l'instance arbitrale.

S'agissant par contre de l'obligation de confidentialité, elle tend à être considérée comme une composante naturelle de l'arbitrage et l'une des raisons du choix de ce mode de justice. L'arbitrage est donc une procédure devant se dérouler dans un cadre privé, sans qu'il soit besoin de stipuler une clause de confidentialité pour obliger l'arbitre et les parties à ne rien divulguer de l'instance arbitrale²⁴²⁸. De là, l'on peut donc affirmer que le fait pour l'AUA d'avoir prévu la confidentialité uniquement pour le délibéré arbitral²⁴²⁹ ne dispense pas pour autant l'arbitre de son observation durant toute l'instance et même au-delà.

Cependant il aurait été préférable que le droit commun de l'arbitrage le prévoie expressément. En cela, l'AUA se serait rapproché du règlement d'arbitrage

²⁴²⁶ W.W. PARK, « Les devoirs de l'arbitre : ni un pour tous, ni tous pour un », in *Cahiers de l'arbitrage*, 20 novembre 0101 n°1, p. 13, <http://ressources.univ-poitiers.fr:2175/weblextenso/article/print?id=C...>

²⁴²⁷ P. BOUBOU, « La notion de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitrage dans le droit OHADA », Ohadata D-05-05, www.ohada.com ; F. ANOUKAHA, « Les questions d'éthique et de responsabilité », texte de l'intervention prononcée à l'occasion de la rencontre des arbitres du GICAM du 09 juin 2014 à Douala, dont le thème général portait sur la « connaissance et la pratique du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM ».

²⁴²⁸ T. CLAY, *L'arbitre*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2001, n° 771, p. 596.

²⁴²⁹ Art. 18 AUA qui dispose que : « *Les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes* ».

de la CCJA qui est très exhaustif sur la matière²⁴³⁰. En effet, il ressort des dispositions de son article 14 que la confidentialité imposée à l'arbitre ne se limite pas uniquement à la procédure, mais s'étend également aux informations et documents produits au cours de ladite procédure. Avant l'avènement du décret français du 13 janvier 2011 relatif à l'arbitrage qui a étendu l'exigence de confidentialité à toute la procédure arbitrale²⁴³¹, la jurisprudence avait déjà adopté un tel principe²⁴³². Le législateur français n'envisage cette exigence que relativement à l'arbitrage interne cependant.

Cette limitation remet à l'ordre du jour la question de l'existence d'un principe général de confidentialité dans l'arbitrage ? Il est vrai que par le passé, l'on a assisté des fois à la remise en cause de ce principe, avec comme conséquence l'affirmation selon laquelle le principe de confidentialité n'était pas un attribut essentiel de l'arbitrage²⁴³³, et en l'état actuel de la législation française, ce principe ne vaudrait que dans l'arbitrage interne. La solution devrait être différente dans le cadre de l'arbitrage OHADA s'il advenait que ce principe soit reconnu par la jurisprudence, car il serait dès lors étendu à l'arbitrage autant interne qu'international.

En somme, bien que l'obligation de confidentialité soit permanente, elle peut tout de même s'effacer en face des faits illicites, immoraux²⁴³⁴ ou devant des principes supérieurs posés par l'ordre public, qu'il soit de fond ou procédural²⁴³⁵, notamment le respect des droits de la défense si une partie veut contester la sentence devant le juge étatique.

À côté de ces obligations requises en permanence de l'arbitre, figurent d'autres qui sont propres à certaines étapes de l'instance.

2 : Les obligations ponctuelles de l'arbitre

Il incombe à l'arbitre d'assumer des obligations pendant et au terme de l'instance arbitrale.

²⁴³⁰ Art. 14 RACCJA qui dispose 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 les réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la Cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente.*

Sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, celles-ci et leurs conseils, les arbitres, les experts, et toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage, sont tenus au respect de la confidentialité des informations et documents qui sont produits au cours de cette procédure. La confidentialité s'étend, dans les mêmes conditions, aux sentences arbitrales ».

²⁴³¹ Selon l'article 1464, dernier alinéa, « *sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* ».

²⁴³² TGI Paris, 22 févr. 1999, *Rev. arb.* 2003. 189 ; citée par E. LOQUIN : « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage » (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011), *RTD Com.*, 2011, p. 255. © Editions Dalloz 2011, p. 21.

²⁴³³ High Court d'Australie, 7 avr. 1995, *ESSO/BHP C/ PLOWMAN*, *Rev. arb.* 1996. 539, note crit. D. Kapeluk-Klinger; Court of Appeal d'Angleterre, civil division, 19 déc. 1997, *ALI Shipping v. Seipyard Trogir*, *Rev. arb.* 1998. 379, note L. BURGER; cités par T. CLAY, L'arbitre, op. cit., n° 772, pp. 596 à 597. Plus récemment CA Paris, 22 janv. 2004, affaire *Nafimco*, *Rev. arb.* 2004. 646, note LOQUIN ; cité par E. LOQUIN : « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage » (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011), *RTD Com.*, 2011, p. 255. © Editions Dalloz 2011, p. 20.

²⁴³⁴ T. CLAY, L'arbitre, op. cit., n° 773, p. 598.

²⁴³⁵ E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage » (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011), op. cit., p. 21.

Pendant l'instance arbitrale, l'arbitre a tout d'abord l'obligation de participer à l'instance s'il veut pouvoir accomplir sa mission qui est de trancher le différend qui oppose les parties. Cela implique qu'il doit siéger dans le tribunal arbitral, être disponible sans que l'on ne puisse exiger de lui une totale dévotion à l'égard des parties, et il ne doit pas se déporter²⁴³⁶ sans juste motif. Quant à cette dernière exigence, l'on veut ainsi éviter une manœuvre dilatoire classique qui révèle à quel point l'arbitre est dépendant de la partie qui l'a désigné²⁴³⁷.

Ensuite, l'arbitre doit traiter les parties au même pied d'égalité et donner à chaque partie la possibilité de faire valoir ses droits²⁴³⁸. Il s'agit ici pour l'arbitre de contrôler le respect des garanties fondamentales de bonne justice.

Enfin, l'arbitre doit être diligent, en instruisant la cause dans les plus brefs délais par tous les moyens appropriés²⁴³⁹. Cette obligation se traduit par le souci permanent de ne laisser à aucune étape de l'instance arbitrale plus de temps qu'il n'est nécessaire. L'arbitre ne doit pas se contenter uniquement de faire observer les délais fixés pour l'instance arbitrale, car ceux-ci sont parfois trop largement prévus ou trop facilement repoussés, le délai de l'instance arbitrale devant être raisonnable²⁴⁴⁰. Pour illustration, en cas d'absence d'indication par les parties du délai d'arbitrage, les arbitres ne seraient pas tenus d'épuiser le délai légal de six mois si la cause peut être tranchée dans une durée relativement courte.

Au terme de l'instance arbitrale, il s'agit principalement de prononcer la sentence arbitrale, mais ce n'est que l'aboutissement de plusieurs obligations adjacentes. On peut citer notamment l'obligation de délibérer, de respecter la forme de la sentence arbitrale et l'obligation de motivation²⁴⁴¹.

Pour ce qui est de l'obligation de délibérer, elle commence après qu'intervienne l'échéance de la date du délibéré fixée par le tribunal arbitral. Cette date marque la fin de l'instruction de l'affaire, justifiant le fait qu'aucune observation ne puisse plus être présentée, ni aucune pièce produite si ce n'est à la demande expresse et par écrit du tribunal arbitral. Le délibéré renvoie à la réflexion menée par un juge avant de prendre parti, elle intervient dans la phase secrète du jugement qui s'intercale entre les débats et le prononcé de la décision²⁴⁴². L'arbitre exerçant une fonction juridictionnelle, il est logique de soutenir que le délibéré arbitral fasse corps avec l'essence de l'arbitrage. Il s'impose même à un arbitre unique, dans le dialogue intérieur qu'il entretient avec lui-même²⁴⁴³.

²⁴³⁶ Art. 4.1, al. 2 du RACCJA qui dispose que : « il (l'arbitre) doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci ». L'AUA n'en fait toutefois pas mention.

²⁴³⁷ E. GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1990. 759, spéc. p. 784-785 ; cité par T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 786, p. 607, spéc. note 3.

²⁴³⁸ Art. 9 AUA.

²⁴³⁹ Art. 19.1, al. 1 du RA de la CCJA.

²⁴⁴⁰ T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 795, p. 613.

²⁴⁴¹ L'obligation de motivation peut aussi permettre d'engager la responsabilité civile de l'arbitre si son inexécution est la résultante d'une faute caractérisée de l'arbitre.

²⁴⁴² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e édition mise à jour, 2011, p. 314-315.

²⁴⁴³ M. de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Préface de P. BELLET, GLN Joly, 1990, spéc. n° 781 ; cité par T. CLAY : *L'arbitre*, op. cit., n° 815, p. 626.

La principale difficulté se pose ici en présence d'un tribunal arbitral collégial si cette obligation n'est pas remplie par l'un des arbitres. L'on peut s'interroger sur la conséquence d'une telle attitude par rapport à la validité de la sentence arbitrale ? Mais en vue de favoriser l'efficacité de la sentence arbitrale et évitant du même coup cette manœuvre dilatoire, il est considéré qu'un arbitre qui a été mis en mesure de délibérer, et qui s'y est refusé, a valablement délibéré²⁴⁴⁴. La sentence ne saurait donc être annulée à ce propos. En cela, l'obligation de délibérer peut se rapprocher de l'obligation de signer qui elle concerne la forme de la sentence.

Concernant l'obligation de respecter la forme de la sentence arbitrale, la forme est en principe convenue par les litigants²⁴⁴⁵, et en l'absence de leur choix, aucune forme ne devrait être exigée dans la présentation de la sentence. L'on ne peut donc exiger aux arbitres de rédiger la sentence à l'instar d'une décision de justice, avec une disposition précise dans sa structuration. Toutefois, des mentions précises doivent être contenues dans la sentence²⁴⁴⁶, de même qu'elle doit être signée par le ou les arbitres, mais l'absence ou le refus de signature par l'un des arbitres n'affecte pas la validité de la sentence arbitrale. Il doit tout simplement être fait mention de cela dans la sentence qui aura dès lors le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres²⁴⁴⁷.

En définitive, si le but final du contrat d'arbitre est de régler le litige qui oppose les litigants, ce contrat produit des effets qui se dessinent dans les rapports que l'arbitre entretient avec les parties. Par conséquent, l'arbitre a des obligations envers les parties et doit répondre civilement de ses fautes et de ses erreurs, pas au motif de ce qu'il aurait mal jugé, mais pour tout ce qui relève de sa personne et de ses diligences²⁴⁴⁸.

L'irrespect de ses obligations peut donc servir de fondement à la mise en œuvre de sa responsabilité pouvant se présenter sous divers aspects.

B : Les types de responsabilité encourue par l'arbitre

La responsabilité de l'arbitre peut être engagée tant sur le plan civil que sur le plan pénal.

1 : La responsabilité civile de l'arbitre

Le contrat d'arbitre fournissant le cadre général de l'activité de l'arbitre²⁴⁴⁹, c'est d'abord sa responsabilité civile contractuelle que nous envisagerons (a). Cependant, certaines obligations imposées à l'arbitre interviennent en dehors du contrat d'arbitre, la responsabilité ne pouvant être que délictuelle dans ces hypothèses (b).

²⁴⁴⁴ Paris, 22 déc. 1978, *Industrija Motora Rikovica, Rev. arb.* 1979. 266, note J. VIATTE ; et sur pourvoi rejeté, Cass. 2^e civ., 28 janv. 1981, *Bull. civ.* II, n° 17. Sous d'autres cieux, cette conséquence est envisagée par la loi (art. 30, al. 1^{er} de la loi suédoise sur l'arbitrage du 4 mars 1999) ou par le règlement d'un centre privé d'arbitrage (art. 26.2 du règlement LCIA) ; cités par T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n° 817, p. 627.

²⁴⁴⁵ Art. 19, al. 1 AUA.

²⁴⁴⁶ Art. 20 AUA.

²⁴⁴⁷ Art. 21 AUA.

²⁴⁴⁸ P.-Y. GAUTIER, « La responsabilité civile de l'arbitre, au regard du temps qui passe », note sous Cour de cassation, 1^{er} civ., 06 déc. 2005, n° 03-13.116, *Recueil Dalloz* 2006, n° 3.

²⁴⁴⁹ T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, n° 927, p. 704.

a : La responsabilité civile contractuelle

En principe, l'arbitre étant lié aux parties par un contrat, sa responsabilité devrait être engagée dans les conditions de l'article 1142 du code civil²⁴⁵⁰. Cette position avait été très tôt adoptée par la Cour de cassation dans les termes suivants : « *Les arbitres n'étant investis d'aucune fonction publique et ne pouvant, par suite, engager la responsabilité de l'État énoncée par l'article 505 du Code de procédure civile [...], l'action en dommages-intérêts dirigée contre eux à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun* »²⁴⁵¹.

Si le principe était déjà posé, ce n'est que plus tard que l'on retiendra effectivement la responsabilité contractuelle de l'arbitre. La première décision du genre est intervenue pour ce qui est de la France en 1993 où l'arbitre a été condamné à des dommages et intérêts pour inexécution du contrat d'arbitre²⁴⁵². Par la suite, en appel dans cette affaire, l'arbitre était assimilé à un contractant ordinaire²⁴⁵³. De là, on peut penser à l'existence d'une certaine égalité entre les parties au contrat d'arbitre. Pourtant, il n'y a pas d'égalité des parties dans le contrat d'arbitre, car l'un des contractants est le juge de l'autre. Le juge n'est pas l'égal de son justiciable puisqu'il décide du sort de sa prétention²⁴⁵⁴.

Bien que d'origine contractuelle, la dimension juridictionnelle de l'activité de l'arbitre empêche de suivre une interprétation exclusivement contractuelle de sa responsabilité. Par conséquent, l'on ne saurait tenir l'arbitre pour responsable du fait d'avoir rendu une mauvaise décision de justice, sinon ce serait l'empêcher d'accomplir sa mission juridictionnelle avec toute la sérénité qu'elle requiert. En effet, toute mission juridictionnelle, y compris celle de l'arbitre repose pour beaucoup sur des éléments d'appréciation subjective, sur la conviction de celui qui l'accomplit.

L'aspect juridictionnel de la mission de l'arbitre doit donc échapper à toute action en responsabilité de la part des litigants, car dans cette hypothèse, le procès doit être fait à l'acte juridictionnel et non dirigé à l'encontre de l'arbitre. Il a d'ailleurs été précisé qu'« *une telle action ne peut être substituée aux voies de recours ouverts contre la sentence ni conférer indirectement au juge étatique un pouvoir de révision de la décision arbitrale [...], qu'il n'entre donc pas, par principe, dans les attributions d'un tribunal de grande instance, saisi d'une action*

²⁴⁵⁰ Selon les dispositions de cet article, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

²⁴⁵¹ Cass. 2^e civ., 29 juin 1960, D., 1960.622 ; *RTD civ.*, 1960.348, obs. P. HEBRAUD. Décision rapportée par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, n° 1080, p. 607.

²⁴⁵² TGI Paris, 12 mai 1993, Raoul Duval, *Rev. arb.* 1996. 411(2^e esp.), obs. Ph. FOUCHARD, p. 325, spec. n° 19, 31, 73 et s. ; cité par T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 928, p. 705.

²⁴⁵³ Paris, 12 oct. 1995 où le juge affirme que : « *La responsabilité de l'arbitre à l'égard des parties peut être engagée pour tout manquement à ses obligations* » ; cité par T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 931, p. 707.

²⁴⁵⁴ T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 803, p. 618.

en justice de droit commun, d'apprécier le bien ou le mal jugé de la décision des arbitres [...] »²⁴⁵⁵.

Cette position n'est pas toujours retenue sous d'autres cieux, puisqu'il y est permis de retenir la responsabilité d'un juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. La cour de cassation belge a eu à admettre la responsabilité pour faute du juge dans l'aspect juridictionnel de son activité, à condition que la décision juridictionnelle fautive ait été au préalable reformée par l'exercice d'une voie de recours, que le magistrat ne se soit pas comporté suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, et que le plaideur démontre que le dommage dont il se plaint n'a pu être réparé par le seul exercice des voies de recours ayant abouti à l'anéantissement de la décision régulière²⁴⁵⁶.

Toujours est-il que nous sommes d'avis que ce qui ne relève pas de l'aspect juridictionnel de la mission de l'arbitre, car n'ayant rien à voir avec la manière dont il a tranché le litige, doit pouvoir être sanctionné par le biais d'une action en responsabilité civile contractuelle²⁴⁵⁷.

L'inquiétude provient de ce qu'il n'est pas évident de dissocier l'aspect contractuel de l'aspect juridictionnel dans la mission de l'arbitre. En résumé, c'est en accomplissant plusieurs obligations contractuelles que l'arbitre tranche le litige. Les deux aspects étant liés, nous pouvons affirmer que l'obligation principale de l'arbitre est de nature juridictionnelle. L'objectif ici cependant n'est pas d'adopter une approche purement juridictionnelle avec pour conséquence la consécration d'une immunité absolue pour l'arbitre. Par conséquent, « *le contrat d'arbitre se situant au confluent du juridictionnel et du contractuel, la responsabilité contractuelle de l'arbitre doit se chercher au même endroit, compte tenu de la coloration juridictionnelle de sa mission contractuelle* »²⁴⁵⁸.

Sur cette base, la jurisprudence majoritaire refuse que la responsabilité contractuelle puisse être engagée autrement que pour un manquement grave²⁴⁵⁹. La mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'arbitre ne peut donc être envisagée que pour des fautes qualifiées de personnelles, qui recouvrent des fautes équipollentes au dol ou constitutives d'une fraude, d'une concussion, d'une faute intentionnelle, d'une faute lourde ou d'un déni de justice²⁴⁶⁰. Il semble donc que l'assimilation puisse être faite entre la faute personnelle et la faute lourde.

²⁴⁵⁵ TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard C/ Consorts Carcassone et autres*, *Gaz. Pal.*, 1990.II, somm. p. 417 ; décision rapportée par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., n° 1083, p. 608.

²⁴⁵⁶ Cass. belge, 19 déc. 1991, *Rev. crit. jur. belge* 1993.285, note RIGAUX et V. COMPERNOLLE ; Cass. belge, 8 déc. 1994, *Journal de Liège, Mons et Bruxelles* 1995, n° 10, p. 387, note PHILIPPE, *Journal des tribunaux* 1995.497, obs. DALCQ ; décisions citées par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in Répertoire de procédure civile, *Dalloz*, mise à jour oct. 2013, n° 31.

²⁴⁵⁷ P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 269, p. 165.

²⁴⁵⁸ T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 931, p. 707.

²⁴⁵⁹ TGI Reims, 27 sept. 1978, *J. L. Florange C/ J. Brissart et R. Corgie*, inédit ; TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard*, *Rev. arb.*, 1996. 476 (1^{ère} esp.), obs. Ph. FOUCHARD, p. 325, spéc. n° 67 et s. et 75 et s. ; cités par T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 932, p. 708.

²⁴⁶⁰ TGI Reims, 27 sept. 1978, op. cit. et plus récemment TGI Paris, 1er mars 2011, RG n° 09/22701, *D.* 2011. Pan. 3023, obs. T. CLAY, cité par B. MOREAU avec la collaboration d'Andrian BEREGOI, Romy DESCOURS-FARMITZ et Adrien LELEU, *Arbitrage en droit interne*, in Répertoire de procédure civile,

La faute personnelle est considérée tant par la doctrine que la jurisprudence comme un cas particulier de la faute lourde²⁴⁶¹, or il faut comprendre par faute personnelle la faute intentionnelle de l'arbitre²⁴⁶².

La faute lourde a été tout d'abord conçue de manière extensive par la jurisprudence qui la rattachait à la notion d'erreur grossière du juge ou à son intention de nuire. C'est ainsi que la Cour de cassation française définissait la faute lourde comme celle « *qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat ou un fonctionnaire de justice, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné* »²⁴⁶³. Cette position a par la suite été infléchie en assemblée plénière où la Cour de cassation a décidé que : « *constitue une faute lourde toute défaillance caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »²⁴⁶⁴. Se ramenant aux arbitres, puisqu'ils ne sont pas tributaires d'un service public de justice, la conception de faute lourde devant être retenue est celle se ramenant à la faute grossière, le caractère intentionnel renvoyant plutôt à la faute personnelle. De plus, admettre la nouvelle conception assimilant la faute lourde à une simple faute serait facilement mettre en cause la responsabilité de l'arbitre, avec pour conséquence une absence de sérénité dans l'exercice de sa mission.

S'agissant du régime de cette responsabilité, il a été proposé une systématisation en opérant une distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat²⁴⁶⁵, mais la difficulté se situe au niveau du classement des différentes obligations de l'arbitre entre ces deux grands groupes. En effet, il peut arriver qu'une obligation jadis considérée comme de résultat, soit plus tard qualifiée d'obligation de moyens et inversement, la frontière n'étant pas toujours aisée à matérialiser entre les deux. Ce constat provient de deux décisions de la Cour de cassation française.

Dans la première espèce, suite à une annulation de la sentence arbitrale pour dépassement des délais d'arbitrage, l'une des parties au litige entreprit d'assigner les arbitres en responsabilité civile, parce que supposés responsables du dépassement desdits délais. Elle fut déboutée par les juges du fond, à cause de la nature juridictionnelle de l'obligation des arbitres qui empêchait que leur faute

Dalloz, mise à jour oct. 2013, n° 225. Voir également P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, op. cit., ibidem ; T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., ibidem.

²⁴⁶¹ DURRY, note sous Civ. 1^{re}, 5 mars 1980, *RTD civ.* 1980.772 ; ESTOUP, note sous Versailles, 27 juil. 1989, *JCP* 1990.II.21450 ; TGI Paris, 22 juil. 1998, *D.* 1999, IR 214 ; Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-13.862, *D.* 2000.576, note LEMAIRE ; cités par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in Répertoire de procédure civile, *Dalloz*, mise à jour oct. 2013, n° 64.

²⁴⁶² S. GUINCHARD la définit comme une faute intentionnelle du juge, celle qui ne sera pas absorbée par le service, même au titre d'une faute lourde (S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », op. cit., ibidem).

²⁴⁶³ Civ. 1^{re}, 13 oct. 1953, *Bull. civ.* I, n° 224 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, *JCP* 1996. I. 3938, n° 1, obs. CADIET ; décisions citées par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », op. cit., n° 21.

²⁴⁶⁴ Cass., ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16.165, *Bolle-Laroche, D.* 2001.1752, note DEBBASCH ; cité par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », op. cit., ibidem.

²⁴⁶⁵ T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 934 à 937, pp. 708-709.

simple, tel le défaut de diligence, suffise à engager leur responsabilité. La Cour de cassation dans cette affaire a par contre décidé qu' « *en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui [...] les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence* »²⁴⁶⁶. La Cour de cassation reviendra plus tard sur cette position, en considérant qu'en matière de respect des délais d'arbitrage, y comprise notamment l'obligation de demander la prorogation du délai d'arbitrage, ces obligations s'analysent en des obligations de moyens²⁴⁶⁷.

Si ce manquement est constaté en dehors du cadre contractuel liant l'arbitre aux parties, sa responsabilité civile ne pourra être que délictuelle.

b : La responsabilité civile délictuelle

Deux cas de figure peuvent permettre d'engager la responsabilité civile délictuelle de l'arbitre : soit il n'y a pas de lien contractuel entre les parties en cause, soit l'arbitre s'est rendu coupable d'une faute précontractuelle.

Dans la première hypothèse, la référence est faite tout d'abord aux tiers à l'instance arbitrale ayant subi un préjudice imputable à l'arbitre. Ensuite, elle concerne également les autres intervenants à l'instance arbitrale qui ne sont pas liés par le contrat violé par l'arbitre. Dans ce dernier cas, l'illustration est faite par la possibilité pour un arbitre d'être poursuivi par un autre membre du tribunal arbitral si ce dernier a subi un dommage du fait de son comportement, ou encore, les parties peuvent subir un dommage né de l'inexécution du contrat de collaboration liant l'arbitre au centre d'arbitrage, ou enfin la responsabilité de l'arbitre peut être engagée par le centre d'arbitrage pour inexécution du contrat de collaboration. Ce ne sont là que des hypothèses d'école qui ne devraient pas se rencontrer dans la pratique²⁴⁶⁸.

Le second cas de figure est plus patent, car il concerne la violation d'une obligation précontractuelle de l'arbitre, notamment celle d'information qui doit intervenir avant la signature du contrat d'arbitre²⁴⁶⁹. En effet, cette obligation existe alors que l'arbitre n'a pas encore endossé cette qualité, même si elle peut être étendue à l'instance arbitrale, en cas de survenance d'un fait nouveau qui mérite d'être révélé²⁴⁷⁰. La recherche d'une faute personnelle ou même simple de l'arbitre dans le cadre contractuel n'est pas nécessaire dans ce cas de figure, l'arbitre devant

²⁴⁶⁶ Cass., 1^{re} civ., 06 déc. 2005, n° 03-13.116, *Recueil Dalloz* 2006, p. 274 ; décision rapportée par P.-Y. GAUTIER, « La responsabilité civile de l'arbitre, au regard du temps qui passe », note sous Cour de cassation, 1^{re} civ., 06 déc. 2005, n° 03-13. 116, *Recueil Dalloz* 2006, n° 2.

²⁴⁶⁷ Civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, n° 09-12.352, *D.* 2010. Pan. 2933, obs. T. CLAY ; cité par B. MOREAU avec la collaboration d'Andrian BEREGOI, Romy DESCOURS-FARMITZ et Adrien LELEU, *Arbitrage en droit interne*, op. cit., n° 229.

²⁴⁶⁸ T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 940, p. 711.

²⁴⁶⁹ Art. 7, al. 2 AUA qui dispose 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* ».

²⁴⁷⁰ L'AUA n'est pas très explicite sur l'extension de cette obligation à l'instance arbitrale, contrairement à l'article 4.1, alinéa 5 RACCJA aux termes duquel, « *L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétaire Général de la Cour et aux parties, les faits et circonstances de même nature (qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties) qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la Cour et la notification de la sentence finale* ».

être condamné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²⁴⁷¹. L'on pourrait également envisager l'hypothèse où le contrat d'arbitre est nul dû à l'annulation de la convention d'arbitrage, qui a pour conséquence de priver le contrat d'arbitre de sa base juridique.

Que ce soit dans le cadre précontractuel ou contractuel, les manquements de l'arbitre peuvent être teintés d'une coloration pénale, susceptibles donc d'engager la responsabilité y afférente.

2 : La responsabilité pénale de l'arbitre

Le droit pénal a vocation à s'appliquer à l'arbitre, que ce soit par l'action en corruption, escroquerie, recel...

La responsabilité pénale de l'arbitre a été retenue dans l'affaire *B.E.L. Tronics* où l'arbitre a été condamné pour escroquerie, tentative d'escroquerie, faux en écriture privée et usage de ces faux²⁴⁷².

Plus récemment, l'on peut citer l'arbitrage intervenu entre l'État français (le Crédit Lyonnais) et Bernard TAPIE, à l'issue duquel un juge arbitre est mis en examen pour escroquerie en bande organisée, alors que les deux autres juges arbitres sont placés sous le statut de témoin assisté, statut intermédiaire entre celui de simple témoin et de mis en examen et leur permettant tout de même d'avoir accès au dossier²⁴⁷³. Il ne s'agit que d'une étape supplémentaire dans cette procédure où, l'arbitre Pierre ESTOUP avait déjà été mis en cause pour faux et usage de faux dans sa déclaration d'indépendance, déclaration dans laquelle il aurait menti par omission au sujet de ses liens avec les parties à l'arbitrage, notamment Bernard TAPIE et son conseil Maurice LANTOURNE²⁴⁷⁴. L'issue de cette affaire n'est pas encore connue.

Il peut également exister des hypothèses où l'arbitre, sans être coupable de délits, peut être confronté à des actes pénalement répréhensibles. Par conséquent, l'arbitre qui permettrait à une opération défectueuse de bénéficier d'un acte doté de l'autorité de chose jugée, serait complice de l'infraction. Sa responsabilité pénale pourrait alors être recherchée, car, il ne bénéficie naturellement pas des protections inhérentes à sa fonction juridictionnelle puisque l'infraction est sans rapport avec elle²⁴⁷⁵.

S'il est ainsi évident que la responsabilité de l'arbitre puisse être mise en cause et ce sur plusieurs plans, encore faudrait-il qu'il ne soit bénéficiaire d'une immunité quelconque.

²⁴⁷¹ TGI, Paris, 9 déc. 1992, *Sté L'Oréal*, *Rev. arb.* 1996. 483, 3^e esp., obs. Ph. FOUCHARD, p. 325, spéc. n° 11, 13, 35, 36 et 72 et s. ; cité par T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 941, p. 711.

²⁴⁷² TGI Strasbourg, 7^e ch. Correctionnelle, 6 mars 1990, *Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Int. C/ B. Ardouin, M. Viandier, M. Vignals et Sté Portex*, inédit ; cité par T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 944, p. 714.

²⁴⁷³ Article de presse publié dans *Le Monde* du 10 avril 2014, lettre d'information du 11 avril 2014 d'info@ohada.com.

²⁴⁷⁴ Article de presse publié dans le journal français *LE MONDE*, du 4 novembre 2013, « Les juges et le simulacre de l'arbitrage TAPIE » de Gérard DAVET et Fabrice LHOMME, in *Lettre d'information* du 15 nov. 2013, info@ohada.com.

²⁴⁷⁵ T. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n° 944, p. 714.

II : Le tempérament à la responsabilité des arbitres dans l'espace OHADA

La propension des parties à mettre en cause la responsabilité des arbitres est le pendant du caractère limité des cas d'ouverture des voies de recours contre la sentence arbitrale, et justifie d'ailleurs l'idée de rejet d'une immunité absolue de l'arbitre dans l'exercice de sa mission²⁴⁷⁶. Pourtant, l'absence de toute limitation de responsabilité personnelle de l'arbitre aura pour conséquence de limiter l'engouement des personnes privées à accepter la mission d'arbitre, à une époque où l'expansion continue du commerce international et celle des litiges qu'il suscite inévitablement, font grandir le besoin d'arbitres qualifiés²⁴⁷⁷. Pour une mesure équilibrée, l'on opérerait pour une disposition réglementaire qui limiterait, sans exclure totalement la responsabilité personnelle de l'arbitre, pouvant avoir dans une certaine mesure un effet psychologique protecteur, tout en décourageant la partie perdante. Par contre, une immunité absolue pourrait susciter dans l'esprit des usagers potentiels de l'arbitrage, des doutes sur la valeur du système, au lieu d'inspirer la confiance indispensable²⁴⁷⁸.

Pourtant, au-delà de l'immunité liée à la fonction de l'arbitre qui serait de principe, a été reconnue aux arbitres dans l'espace OHADA une immunité diplomatique, si bien que l'on se demande s'il n'existerait pas un chevauchement entre ces deux types d'immunité (A). Il faut toutefois souligner que relativement à ce dernier type d'immunité, elle n'est pas étendue à tous les arbitres pouvant exercer dans l'espace OHADA, ou du moins, elle n'est réservée qu'aux arbitres participant à un arbitrage organisé par la Cour commune de justice et d'arbitrage (B).

A : Le caractère dual de l'immunité des arbitres dans le droit OHADA.

La nécessité d'octroyer une quelconque immunité supplémentaire à l'arbitre est sujette à caution dans la mesure où ce dernier bénéficie déjà d'une certaine immunité relativement à la fonction juridictionnelle qu'il exerce. Il n'empêche tout de même que deux types d'immunités peuvent être envisagés dans l'espace OHADA relativement à la personne de l'arbitre. La première est potentielle et somme toute relative (A), tandis que la seconde est actuelle et présente un caractère très étendu (B).

1 : La reconnaissance potentielle de l'immunité relative de fonction

L'idée de la reconnaissance d'une immunité fonctionnelle à l'arbitre est diversement appréciée et la question de son opportunité s'est d'ailleurs souvent posée. C'est ainsi que dans le rapport du groupe de travail sur le statut de l'arbitre ayant précédé l'adoption du règlement CCI par son conseil du 27 avril 1997, en son assemblée de Shanghai, le Pr. FOUCHARD concluait en ce qui concerne son

²⁴⁷⁶ P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435, document sous format PDF, www.google.fr, p. 16.

²⁴⁷⁷ P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op. cit., p. 15.

²⁴⁷⁸ P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op. cit., p. 9.

article 34 que : « Dès lors, si la clause réserve la responsabilité de l'arbitre pour de telles fautes (fautes intentionnelles ou inexcusables), elle est inutile et si elle ne comporte pas une telle exception, elle est sans valeur »²⁴⁷⁹. L'analyse peut être faite de ce que l'immunité fonctionnelle liée à la mission de juger de l'arbitre relève d'un principe général qu'il n'est donc pas nécessaire de rappeler.

L'arbitre accède dès acceptation de sa mission au statut de juge par l'effet du contrat d'investiture, possédant ainsi les mêmes droits et devant respecter les mêmes devoirs qu'un juge²⁴⁸⁰. L'on ne peut donc faire le reproche à l'arbitre d'avoir mal jugé, sauf à restreindre la sécurité, l'indépendance et l'autorité de celui-ci dans les limites incompatibles avec la mission de trancher le litige. Sauf que le statut de l'arbitre, juge privé, ne repose pas sur l'autorité supérieure de l'État, il semble donc nécessaire que cette immunité fonctionnelle soit reconnue.

C'est dans les pays de Common Law que l'immunité absolue a été reconnue à l'arbitre, notamment aux États-Unis d'Amérique où plusieurs lois d'États fédérés et la jurisprudence écartent la responsabilité civile de l'arbitre pour tous les actes accomplis en cette qualité²⁴⁸¹. Il est également admis que le droit anglais accorde traditionnellement à l'arbitre une immunité de poursuite au civil²⁴⁸², justifiée par l'exercice d'une fonction judiciaire que toute personne se trouvant dans cette hypothèse devrait en jouir pour des raisons d'ordre public²⁴⁸³. On peut penser que dans ces pays où l'immunité reconnue à l'arbitre semble totale, elle est néanmoins réservée à l'aspect civil de sa responsabilité. En serait-il de même si c'est sa responsabilité pénale qui était engagée ?

Par contre dans d'autres pays²⁴⁸⁴, l'option est en faveur soit d'une immunité restreinte (Allemagne, Autriche, Norvège), soit de l'admission d'une action en responsabilité contre l'arbitre (Espagne, Suède, France)²⁴⁸⁵. Quant à ce dernier pays en particulier, il faut préciser que la responsabilité de l'arbitre ne peut être engagée comme celle d'un contractant ordinaire, mais relève d'un régime particulier, et qui plus est, sa construction est surtout l'œuvre de la jurisprudence²⁴⁸⁶.

En droit commun de l'arbitrage OHADA, c'est le silence législatif qui prévaut, ce qui présage d'une possibilité de choix entre la responsabilité ou l'irresponsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa mission. En attendant que la jurisprudence dans l'espace OHADA se prononce sur la matière, l'on peut avancer que l'immunité fonctionnelle étant de principe, l'arbitre ne devrait pas y voir sa

²⁴⁷⁹ P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op. cit., p. 5.

²⁴⁸⁰ Paris, 29 mai 1992, *Epoux Roumy C/ Sté Holding, RTD com.*, 1992.588, obs. DUBARRY et LOQUIN; cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., n° 1078, p. 606.

²⁴⁸¹ J.-Y. SORRENTE, La responsabilité de l'arbitre, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin de Lyon 3, 9 avril 2008. op. cit., p. 76, précisément la note 175.

²⁴⁸² Sections 29 et 74 de l'English Arbitration Act de 1998.

²⁴⁸³ A. REDFERN, « Le statut de l'arbitre en droit anglais », Annexe III au rapport de la commission de l'arbitrage international de la CCI, Bulletin de la Cour, mai 1996, p. 44 ; cité par P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op. cit., p. 10.

²⁴⁸⁴ En majorité les pays de tradition civiliste.

²⁴⁸⁵ J.-Y. SORRENTE, La responsabilité de l'arbitre, op. cit., ibidem.

²⁴⁸⁶ Le décret français de 2011 portant réforme de l'arbitrage n'a pas envisagé la responsabilité de l'arbitre ou du tribunal arbitral, ni son immunité d'ailleurs.

responsabilité engagée dans les conditions de droit commun de la responsabilité civile. Cette protection serait accordée par l'autorité publique dans un but d'intérêt général, à savoir la garantie de la sérénité de la justice arbitrale²⁴⁸⁷. Cela paraît justifié, car l'arbitre exerce la même mission que le juge, et devrait au moins bénéficier d'une certaine protection dans l'aspect juridictionnel de son office. Si l'immunité il y a, elle ne devrait être cependant que relative. Cela d'autant plus, qu'il faut aussi tenir compte du caractère contractuel de l'engagement de l'arbitre, qui permet de mettre en cause sa responsabilité civile.

D'ailleurs, il lui est reconnu la possibilité d'insérer lors de la conclusion du contrat d'arbitre des clauses exonératoires de responsabilité. Bien entendu, leur efficacité ne serait que partielle, dans la mesure où elles ne pourraient permettre d'éluder la responsabilité de l'arbitre en cas de faute personnelle ou de faute lourde.

La situation contraire se présente pourtant s'agissant de l'arbitrage institutionnel de la CCJA où il est reconnu aux arbitres une immunité totale, susceptible d'éluder même les fautes intentionnelles ou les fautes lourdes de l'arbitre.

2 : L'immunité diplomatique liée au statut particulier de l'arbitre

Unique en son genre, le traité OHADA accorde à l'arbitre qui exerce sa mission sous l'égide de la CCJA le bénéfice d'une immunité diplomatique. En effet, il ressort de l'article 49 dudit traité révisé le 17 octobre 2008 à Québec, que : *« Dans les conditions déterminées par un règlement, les fonctionnaires et employés de l'OHADA, les juges de la Cour commune de justice et d'arbitrage ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques. »*

Les immunités et privilèges mentionnés ci-dessus peuvent être, selon les circonstances, levés par le Conseil des Ministres.

En outre, les juges ne peuvent être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour ».

Il faut relever que cette disposition a fait l'objet de plusieurs modifications par rapport à sa rédaction antérieure²⁴⁸⁸. Parmi elles, soulignons l'extension du bénéfice des privilèges et immunités diplomatiques aux arbitres confirmés par la Cour, car jadis ils n'étaient réservés qu'aux arbitres désignés par cette dernière, créant de la sorte une discrimination entre les arbitres exerçant sous l'égide de la CCJA. Cette séparation de traitement pouvait s'expliquer, car la désignation des arbitres par la Cour est sujette à son évaluation préalable²⁴⁸⁹, alors qu'aucune disposition du genre n'est prévue pour les arbitres qu'elle confirme seulement.

²⁴⁸⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., n° 1077, p. 605. Ici l'autorité publique renvoie soit à la loi, soit à un tribunal étatique.

²⁴⁸⁸ Dans sa première version issue du traité de l'OHADA du 13 octobre 1993, l'article 49 disposait que : *« Les fonctionnaires et employés du Secrétariat Permanent de l'Ecole régionale supérieure de la Magistrature et de la Cour commune de justice et d'arbitrage, ainsi que les juges de la Cour et les arbitres désignés par cette dernière jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques. Les juges ne peuvent en outre être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour ».*

²⁴⁸⁹ Art. 3.3 du RACCJA.

Pour autant, cela relève de la logique que la confirmation des arbitres choisis par les parties passe nécessairement par l'évaluation de ce choix au niveau de la CCJA, autrement, la confirmation serait sans objet. Il s'avère donc nécessaire de compléter l'article 3.3 du règlement d'arbitrage de la CCJA en mentionnant les arbitres confirmés par elle. Cette disposition pourrait alors débiter de la sorte, « *Pour nommer ou confirmer les arbitres, ...* ».

L'octroi de cette immunité à l'arbitre exerçant sous l'égide de la CCJA est constamment remis en cause. Pour certains, cette immunité est qualifiée d'incompréhensible²⁴⁹⁰, de malencontreuse et choquante²⁴⁹¹, parce que limitée à une catégorie d'arbitres. Pour d'autres, elle n'est tout simplement pas justifiée parce que les arbitres ne font pas partie du personnel de l'OHADA²⁴⁹².

L'immunité diplomatique est traditionnellement conçue comme une protection offerte par tout État aux diplomates qui le représentent à l'étranger, ainsi qu'à leur famille. L'objectif de cette immunité n'est pas d'avantager des individus, mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États²⁴⁹³.

Se rapportant à une organisation internationale, son objectif serait de faciliter son fonctionnement en protégeant ses locaux et ses agents contre toute ingérence ou pression. Il existe une analogie entre les immunités reconnues aux organisations internationales et celles octroyées aux missions diplomatiques étrangères établies sur le territoire d'un État. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'assurer à leurs bénéficiaires l'indépendance nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Il en est de même de celles accordées aux agents de l'institution qui visent à garantir l'efficacité de leur action en pleine indépendance, afin de promouvoir les buts internationaux de l'institution²⁴⁹⁴.

C'est par référence aux dispositions de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques que l'on peut définir le contenu des privilèges et immunités reconnus aux diplomates. On peut les regrouper en trois points²⁴⁹⁵ :

- L'inviolabilité personnelle qui a pour effet d'interdire la soumission de l'agent diplomatique à toute forme d'arrestation ou de détention²⁴⁹⁶ ;
- L'immunité juridictionnelle qui sur le plan pénal est absolue, que l'agent diplomatique soit ou non dans l'exercice de ses fonctions. Elle s'étend également au plan civil et administratif, à moins que les actes en cause ne soient pas accomplis dans l'exercice de leurs fonctions au nom de l'institution qu'il représente²⁴⁹⁷ ;
- Les exemptions fiscales et douanières.

²⁴⁹⁰ J. LOHOUES-OBLE, in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 62.

²⁴⁹¹ Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999, p. 578 ; cité par P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 268, p. 164.

²⁴⁹² F. ANOUKAHA, « Les questions d'éthique et de responsabilité », op. cit., p. 10.

²⁴⁹³ Préambule de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

²⁴⁹⁴ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., n° 186 à 187, pp. 210-211.

²⁴⁹⁵ Sur l'ensemble de la question, voir N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 7^e éd. L.G.D.J., Paris, 2002, n° 461, pp. 751-752.

²⁴⁹⁶ Art. 29 de la convention de Vienne précitée.

²⁴⁹⁷ Art. 31. 1 de la convention de Vienne précitée.

De même, pour ce qui est de la durée de ces privilèges et immunités diplomatiques, il ressort de l'article 39. 2 de la convention de Vienne précitée qu'ils cessent à la fin de l'exercice des fonctions de la personne protégée, mais subsisteront pour les actes accomplis par cette personne dans l'exercice des fonctions en tant que représentant de l'institution.

Par rapport à la durée de cette immunité, il est évident que ce régime sera appliqué à l'arbitre exerçant sous l'égide de la CCJA, qui ne pourrait être poursuivi pour des actes accomplis lors de l'exécution de son contrat d'arbitre et même après la fin dudit contrat²⁴⁹⁸. Mais l'octroi des privilèges et immunités tels que prévu par la convention de Vienne à la personne de l'arbitre CCJA est discutable s'agissant de leur contenu. En effet, il ressort de l'article 49 nouveau du traité OHADA précité que les arbitres ne bénéficient des privilèges et immunités diplomatiques que dans l'exercice de leurs fonctions. Cela suppose que l'inviolabilité personnelle et même l'immunité de juridiction pénale ne concernent que les actes accomplis dans le cadre de sa mission d'arbitre. Elles n'ont donc pas de caractère absolu comparable à celui des diplomates. L'on peut même ajouter s'agissant des exemptions fiscales et douanières que l'arbitre n'est pas le représentant d'un État, le paiement d'un impôt ne pouvant dès lors être considéré comme un acte d'assujettissement ou pouvant remettre en cause son indépendance envers l'État du lieu où il percevra ses revenus. L'arbitre est un prestataire de service qui agit en son nom et pour son compte, et doit être considéré comme tel. Si privilèges et immunités il y a, ils doivent concourir à la facilitation de sa mission²⁴⁹⁹, or le fait d'imposer ses revenus se situe à la fin de sa mission. Telles sont les pistes de solution proposées en attendant que le règlement indiqué à l'article 49 nouveau du traité OHADA précité ne vienne fixer les conditions dans lesquelles les privilèges et immunités diplomatiques seront reconnus aux arbitres.

En somme, ces immunités et privilèges permettront à des arbitres nommés ou confirmés par la CCJA et ayant des comportements répréhensibles d'échapper à toute sanction judiciaire, sous réserve que ces comportements aient lieu dans l'exercice de leurs fonctions, excepté les cas où ces privilèges et immunités seront levés par le Conseil des Ministres²⁵⁰⁰. Par cette mesure, il n'existerait plus de discrimination entre les arbitres relevant de la CCJA et les autres arbitres exerçant dans l'espace OHADA.

B : Le caractère discriminant de la reconnaissance de l'immunité diplomatique

L'article 49 nouveau du traité OHADA est certes venu rétablir une égalité entre les arbitres désignés et ceux confirmés par la CCJA, qui tous officient sous son égide et bénéficient dès lors des privilèges et immunités diplomatiques. Toutefois, la disparité de traitement n'a pas disparu entre les arbitres, parce que

²⁴⁹⁸ F. ANOUKAHA, « Les questions d'éthique et de responsabilité », op. cit., ibidem.

²⁴⁹⁹ Il s'agit d'accorder toutes les facilités dans l'exercice de la fonction d'arbitre, comme l'octroi d'un passeport diplomatique ou la simplification de l'entrée dans le territoire d'un État membre pour ce qui est du visa, si le siège du tribunal arbitral s'y trouve...

²⁵⁰⁰ Art. 49, al. 2 du traité modifié de l'OHADA.

certains ne bénéficient pas d'une telle protection (1), si bien que l'on penche pour un rétablissement de l'égalité entre les arbitres en droit OHADA (2).

1 : L'exclusion des arbitres ne relevant pas de la CCJA

Contrairement aux arbitres de la CCJA, les autres ne bénéficient pas des privilèges et immunités diplomatiques.

Il s'agit tout d'abord des arbitres intervenant dans le cadre de l'arbitrage ad hoc. Ils sont réputés ne pas être dépendants d'un quelconque organisme d'arbitrage, et ne voient pas leur sentence faire l'objet d'un examen préalable avant d'être rendue. Ils ne représentent donc aucune institution, sinon leur propre personne. Étant des personnes privées, ils agissent pour leurs seuls intérêts privés et non pour un quelconque intérêt général. C'est donc à juste titre qu'ils ne sauraient bénéficier des privilèges et immunités diplomatiques.

S'ils doivent être protégés, c'est de leur propre initiative, en prévoyant dans leur contrat d'arbitre des clauses évasives de responsabilité ou en souscrivant une assurance contre leur responsabilité civile éventuelle. Dans cette hypothèse, en rappelant que la clause évasive de responsabilité serait inefficace en cas de dol ou de faute lourde, il faut aussi indiquer que les fautes intentionnelles ne sont généralement pas garanties par les assureurs²⁵⁰¹. Même s'il appartient à ces derniers d'établir la preuve du caractère intentionnel de la faute²⁵⁰², signalons que cela sera aisé s'agissant des arbitres, parce que faisant suite à une action en responsabilité des litigants à l'arbitrage fondée sur une faute personnelle de l'arbitre.

Ensuite, il s'agit des arbitres relevant des institutions privées d'arbitrage se trouvant dans l'espace OHADA. Cela peut s'expliquer par le fait qu'en tant qu'institutions privées d'arbitrage, elles ne bénéficient pas de la protection attribuée au centre d'arbitrage de la CCJA, institution publique faisant partie de l'OHADA. L'on ne saurait donc étendre aux arbitres une protection qui ne bénéficie pas aux institutions auxquelles ils sont rattachés. Même si le centre privé d'arbitrage avait reconnu dans son règlement une telle immunité, elle serait sans effet, car les centres d'arbitrage n'ont pas un pouvoir législatif analogue à celui des États, leur force obligatoire ne provenant que du fait de leur incorporation à la convention d'arbitrage des parties²⁵⁰³. Il a par ailleurs déjà été indiqué que seule l'autorité publique pouvait conférer l'immunité à des arbitres²⁵⁰⁴. D'où le constat de ce que la plupart des institutions privées d'arbitrage se trouvant dans l'espace OHADA n'aient pas envisagé l'immunité ou l'irresponsabilité de l'arbitre²⁵⁰⁵.

²⁵⁰¹ Art. 11, al. 2 du Code CIMA selon les termes duquel, « *Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ».

²⁵⁰² Art. 11, al. 3 du Code CIMA.

²⁵⁰³ T. CLAY, L'arbitre, op. cit., n° 723, p. 566.

²⁵⁰⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., ibidem. (note de bas de page précédente, n° 1354).

²⁵⁰⁵ Encore moins sa responsabilité d'ailleurs. On peut citer à ce propos le Règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM, le Règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar qui pourtant se prononce s'agissant de la

Le raisonnement selon lequel les arbitres doivent eux-mêmes œuvrer à leur protection, peut donc être étayé s'agissant des arbitres relevant des institutions privées.

La protection visant la fonction exercée par les arbitres et non leur personne, il ne devrait pas avoir de disparité dans leur traitement, quel que soit le statut duquel ils relèvent, qu'ils soient des arbitres relevant de l'arbitrage ad hoc, des institutions privées d'arbitrage ou du centre d'arbitrage de la CCJA.

2 : Le vœu d'un rétablissement de l'égalité entre les arbitres dans l'espace OHADA

Plusieurs arguments ont déjà été avancés pour restaurer l'égalité entre tous les arbitres dans le cadre de la réglementation OHADA. Il a été avancé qu'une révision du traité constitutif de l'OHADA était nécessaire afin de supprimer l'immunité et les privilèges diplomatiques conférés aux arbitres²⁵⁰⁶. Cette argumentation ne semble pas avoir été suivie, puisque le traité constitutif de l'OHADA a été modifié, notamment au niveau de l'article 49 conférant cette protection aux arbitres CCJA, laquelle d'ailleurs au lieu d'être supprimée, a plutôt été étendue aux arbitres confirmés par la CCJA, laissant toujours persister une discrimination entre les arbitres officiant sous l'égide de la CCJA et les autres arbitres.

Il est dès lors justifié que la doctrine persiste dans cette voie, en affirmant que tous les arbitres ont besoin d'être confortés dans l'exercice de leur fonction occasionnelle de juger. Mais au lieu d'étendre cette protection diplomatique à tous les arbitres²⁵⁰⁷, il aurait fallu conférer à ces derniers une immunité juridictionnelle en insérant dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage des dispositions conséquentes, qui auraient vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouverait dans l'un des États parties²⁵⁰⁸.

En somme, cet argumentaire doit être suivi, pas parce que les arbitres ne font pas partie du personnel de l'OHADA, mais pour les motifs suivants. L'immunité et les privilèges diplomatiques accordés aux représentants des États ou des organisations internationales, ne visent qu'à garantir l'indépendance nécessaire à l'exercice de leurs missions de représentation. Ramené aux arbitres désignés ou confirmés par la CCJA, la question se pose de savoir s'ils sont les représentants de ladite institution ? En effet, répondre par l'affirmative serait prétendre que ces arbitres exercent une mission que le centre d'arbitrage de la CCJA devrait en principe effectuer. Pourtant ils ne sont pas les mandataires de cette institution, car cette dernière est chargée de la mission d'organiser l'arbitrage et non de celle trancher le litige qui oppose les parties litigantes. Même s'ils pouvaient bénéficier

responsabilité du conciliateur (art. 5 du Règlement de conciliation dudit centre), le Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI)...

²⁵⁰⁶ Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. Arb.* 1999, p. 579 ; cité par P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, op. cit., ibidem.

²⁵⁰⁷ Ce qui serait incompréhensible, car les arbitres relevant de la CCJA ne bénéficient de cette immunité que par ricochet à celle déjà conférée à cette institution. Sur quel fondement devrait-on conférer une telle protection aux autres arbitres ?

²⁵⁰⁸ F. ANOUKAHA, « Les questions d'éthique et de responsabilité », op. cit., ibidem.

du statut de protection conférée à l'institution en tant qu'experts désignés par elle, il faudrait que ce soit dans le cadre de l'accomplissement d'une mission de ladite institution. Les missions étant différentes, l'on ne saurait donc parler de représentation entre les arbitres et le centre d'arbitrage de la CCJA.

En attendant qu'une réforme dans ce sens puisse intervenir, une solution transitoire a été proposée, celle pour la CCJA d'amener les arbitres désignés ou confirmés par elle, à renoncer à leurs immunités et privilèges diplomatiques²⁵⁰⁹. Cette solution serait sans doute possible si elle se présentait comme une condition préalable pour la signature du contrat de collaboration arbitrale. Cependant, l'arbitre pour y renoncer devrait déjà en être titulaire, or l'arbitre ne bénéficie de cette immunité qu'à partir du moment où il est désigné ou confirmé par la CCJA. La renonciation ne peut intervenir qu'après, au moment où le centre d'arbitrage n'a plus aucun moyen de pression sur la personne de l'arbitre. Il faut d'ailleurs préciser que l'arbitre doit demeurer indépendant autant des parties que du centre d'arbitrage. Étant à l'abri de pression de la part de l'institution, quel intérêt aurait-il à se priver d'une protection qui lui est destinée ?

Bien plus, il a été avancé la solution extrême d'une levée de l'immunité unilatéralement par la CCJA²⁵¹⁰, position somme toute difficilement acceptable²⁵¹¹, sauf pour la CCJA à démontrer que l'arbitre indexé a renoncé de manière au moins tacite à son immunité. En effet, dans l'article 49, alinéa 2 du traité OHADA, il ressort que le pouvoir de lever l'immunité des arbitres appartient au Conseil des ministres, organe législatif de l'OHADA. C'est le respect du parallélisme de forme que c'est celui qui a conféré l'immunité qui doit en principe la lever²⁵¹². Il appartient plutôt à la Cour aux termes de l'alinéa 3 de l'article 49 précité, de renforcer la protection conférée aux juges et non aux arbitres, qui se trouveraient dans une situation où ils ne bénéficieraient pas de l'immunité diplomatique. À cette occasion, la Cour dispose du pouvoir d'autoriser ou non l'exercice des poursuites à l'encontre des juges qui exercent en son sein.

Quant aux arbitres, la Cour pourrait de sa propre initiative renforcer leur protection et il serait plutôt préférable pour elle de reconnaître ou de confirmer l'existence d'une immunité juridictionnelle à tous les arbitres dont le siège du tribunal arbitral se trouverait dans l'espace OHADA.

²⁵⁰⁹ P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, op. cit., ibidem.

²⁵¹⁰ P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 268, p. 165.

²⁵¹¹ La Cour commune ne saurait entrer délibérément en contradiction avec une disposition du traité OHADA.

²⁵¹² En matière des privilèges et immunités des agents diplomatiques, il appartient également à l'État accréditant de lever l'immunité conférée aux diplomates.

*Un Etablissement de formation,
de spécialisation, de recyclage,
de perfectionnement et de recherche
en Droit des Affaires de l'OHADA*



**Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
des Etats Membres de l'OHADA
(E.R.SU.MA)**

E.R.SU.MA. 02 B.P 353 Porto-Novo - République du Bénin
Tél. : (229) 20 24 58 04 / 20 24 64 18 - Fax. : (229) 20 24 82 82
E-mail: ersuma@ohada.org / Site Web : <http://ersuma.ohada.org>